

Proceso No 29053

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 320

Bogotá, D.C., cinco de noviembre de dos mil ocho.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero Seccional de Fusagasugá (Cund.), contra la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 12 de septiembre de 2007, mediante la cual condenó al acusado ALFONSO PRIETO ALDANA a la pena principal de cincuenta y dos (52) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, al tiempo que lo absolvió por el de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, que también le había sido imputado en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos, ocurridos en Fusagasugá, fueron declarados por el juzgador a quo, de la manera siguiente:

“Se tiene que el día sábado 27 de enero de 2007, en horas de la tarde, las menores Y. P. G.

V1. - de ahora en adelante Y.- y F. J. P. -de ahora en adelante F.-, de 13 años de edad cada una, se dirigieron a la casa de habitación del señor ALFONSO PRIETO ALDANA, ubicada en el barrio Cedritos de esta ciudad, por insinuación que hiciera la segunda de esas niñas mencionadas, lugar en donde este señor se encontraba solo. Una vez allí, fueron y consumieron licor -específicamente uno llamado 'CHIN CHIN'-, en abundante cantidad y el dueño de casa, primero les ofreció, y luego les puso en el televisor un video X o pornográfico. El alcohol hizo que Y. perdiera el sentido y vomitara, situación en la cual Prieto Aldana hizo que F. saliera de la casa a llamar a su señora madre para sacar a la otra niña, lo cual efectivamente sucedió algún tiempo después, siendo llevada Y. al parque del barrio Pekín, en hombros del señor Jhon Jairo Melo, padrastro de F., lugar a donde fue llamado el abuelo de Y., luego llevada a su casa y posteriormente, hacia la media noche, al Hospital San Rafael de esta ciudad, por su crítico estado de alicoramiento. Allí se determinó, luego de examen sexológico del médico legista, que la menor presentaba huellas y señales de haber sido accedida en forma violenta², de manera reciente”.

2.- La Fiscalía Delegada ante la URI de Fusagasugá, solicitó al Juez Penal Municipal con funciones de control de garantías, la expedición de orden de captura en contra de ALFONSO PRIETO ALDANA, a lo que se accedió en audiencia preliminar llevada a cabo el 30 de enero de 2007. Lograda la aprehensión del requerido, la Fiscalía Seccional presentó el caso ante el Juzgado Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, en donde solicitó llevar a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en desarrollo de la cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal de 2004, le imputó la realización del concurso de delitos de acceso carnal abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir -agravado (Art. 207, Inc. 1º del C.P. y Art. 211.4 ejusdem-) y pornografía con menores (Art. 218 Ib.), cuyos cargos no fueron aceptados por el imputado, quien se encontraba asistido por un profesional del derecho. Por las

referidas conductas, el Juzgado le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 307, literal A, numeral 1; 308.2 y 310.1-4 del Código de Procedimiento Penal.

2.1.- En audiencia preliminar llevada a cabo el 19 de febrero de 2007, la Fiscalía procedió a la adición de imputación en contra del señor ALFONSO PRIETO ALDANA por el delito de pornografía con menores previsto en el artículo 218, inciso primero, del Código Penal, “en lo que tiene que ver con la otra menor FJP”, cuyos cargos tampoco fueron aceptados por el implicado.

4.- El 23 de febrero de 2007, la Fiscalía presentó escrito de acusación en el cual le imputó al inculcado ALFONSO PRIETO ALDANA la realización del concurso de delitos de “acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir” definido por el artículo 207 del Código Penal, en que habría incurrido el imputado respecto de la menor Y, en concurso material heterogéneo con el de pornografía con menores, de que trata en el artículo 218 de la Ley 599 de 2000, “éste en concurso material homogéneo, con relación a la exhibición del video pornográfico en el que participaron las dos menores de edad, Y y F, con los incrementos punitivos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y las previsiones del artículo 199 de la Ley 1098, Código de la Infancia y la Adolescencia, respecto de su numeral 7º, el cual entrara en vigencia de conformidad al Art. 216 Ibíd., a partir de la promulgación de la ley, año 2006”, y agregó que “para claridad de la imputación la Fiscalía sustrae o retira los cargos agravantes derivados al momento de la audiencia de imputación, las circunstancias descritas en el Art. 211 numeral 4, y las circunstancias agravantes con su correlativo aumento de penas que reglara el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006 en su artículo 200” (se destaca).

5.- Ante el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, el 5 de marzo de 2007,

se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación; el 28 siguiente la audiencia preparatoria y, finalmente, los días 5 y 7 de junio el juicio oral; en esta última fecha, en el curso de los alegatos finales, la Fiscalía varió la calificación jurídica de la conducta que en la acusación tipificó como pornografía con menores, por la de actos sexuales con menor de catorce años, de que trata el artículo 209 del Código Penal. Asimismo, en dicha diligencia el juez anunció el sentido condenatorio del fallo de la siguiente manera:

“- Se condenará al acusado por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, cometido en J. P. G., indicando los límites punitivos.

“- Se absolverá al acusado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, en la persona de J. P. G., argumentando unidad de acción.

“Se condenará al acusado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, sobre la persona de F.J.P., indicando los límites punitivos.

“Se condenará al acusado a pagar los daños morales que se determinarán en la sentencia a favor de las víctimas J.P.G. y F.J.P.”.

La sentencia fue dictada el 3 de julio de 2007 y en ella se resolvió condenar al señor ALFONSO PRIETO ALDANA a la pena principal de ciento sesenta y cuatro (164) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, entre otras determinaciones, como consecuencia de hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir -respecto de la menor Y-, en concurso heterogéneo con el de actos sexuales con menor de catorce años “cometido en la persona de la joven F, constituido por la exhibición del referido filme pornográfico, pues es éste un método o manera de inducirla a prácticas sexuales”, según indicó en las consideraciones del fallo.

En esa misma decisión, absolvió al acusado “del delito de actos sexuales con menor de catorce años, ejecutados sobre la persona de Y. P. G. V.”.

6.- El fallo fue apelado por la defensa, que expuso, entre otras, las siguientes consideraciones: a) se presentó una circunstancia violatoria del debido proceso, consistente en que el juzgador permitió que la fiscalía expusiera la teoría del caso delante de los testigos que habían sido convocados al juicio oral; b) existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acusado; c) su asistido no obligó a la menor a que tomara bebidas embriagantes, por lo cual no la puso en situación de indefensión sino que se aprovechó de la misma.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra el fallo de primer grado, mediante sentencia proferida el 12 de septiembre de 2007 decidió negar la nulidad invocada por la defensa, revocar parcialmente la providencia recurrida y “en su lugar absolver a ALFONSO PRIETO ALDANA por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir consagrado en el artículo 207 del C.P. y confirmar la condena por el delito de actos sexuales con menor de catorce años previsto en el artículo 209 del C.P. a la pena principal de cincuenta y dos (52) meses de prisión”, entre otras decisiones.

7.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad la Fiscalía Primera Seccional Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación del escrito de demanda, el cual fue admitido por la Corte (FL. 5 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en lo dispuesto por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el demandante formula un cargo contra la sentencia del Tribunal, en el que la acusa de ser violatoria, por vía indirecta, de disposiciones de derecho sustancial y en su desarrollo postula cuatro errores de hecho por falso raciocinio en la apreciación probatoria, porque el Tribunal “no aplicó las reglas de experiencia” y “no aplicó los principios de la ciencia”.

Estos desaciertos, dice, condujeron a la aplicación indebida del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, sobre el in dubio pro reo, y la consecuente falta de aplicación del artículo 381 ejusdem relativo al “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado” como presupuesto de la sentencia de condena, así como del artículo 207 del Código Penal, relacionado con el tipo penal de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

CAUSAL TERCERA. Desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la que se fundó el fallo.

ÚNICO CARGO. Violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial. (Aplicación indebida del artículo 7º de la ley 906 de 2004 y falta de aplicación del artículo 207 de la Ley 599 de 2000).

Primer reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las reglas de experiencia).

Sostiene que en la sentencia de segunda instancia, se indica que la joven Y no fue obligada o conminada a consumir licor, sino que ésta lo libó voluntariamente, por lo cual, en criterio del juzgador, no se estructura el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir previsto en el artículo 207 del Código Penal, lo que el demandante considera equivocado.

Manifiesta que “nada tendría que decir al respecto, si estuviésemos en presencia de una mujer mayor de edad, que voluntariamente, así haya sido invitada al consumo, opta por escanciar o tomar licor. Pero no sucede igual con persona menor de edad, pues por su inmadurez física y por sobre todo psicológica, es previsible, sin duda alguna, que pueda caer en estado de inconciencia o de incomprensión, y que así lo supiere y quisiera el adulto que interesado la invita a la ingestión”.

En este caso, el agente, con 64 años de edad, sabe por su propia experiencia, que una menor de 12 años, al ingerir licor en proporción “como diez copas llenas” sucumbe y pierde toda posibilidad de resistir a cualquier ataque que se produzca en su contra.

Anota que el procesado, conocedor de la condición humana, instrumentalizó a la joven y, en contra de sí misma, la influenció para que ingiriera varias copas de aguardiente y esperó que el licor surtiera efecto, con lo cual generó la incapacidad de resistir.

“La trascendencia de este error por falso raciocinio, dice, se traduce en que si el Tribunal hubiere optado por confirmar la condenación, no lo habría sido por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir previsto en el artículo 207 de la Ley 599 de 2000, sino por acceso carnal en persona en incapacidad de resistir contenido en el artículo 208 ibídem, norma esta última que comporta menos dosis de pena de prisión a imponer, y que no consulta con los hechos conocidos, generándose de esta manera una forma parcial de impunidad”.

Dice aspirar a que la Corte case la sentencia censurada y en su lugar disponga la confirmación de la de primera instancia, “para así garantizar efectivamente los principios y postulados constitucionales reglados en el artículo 44 de la Carta Política”.

Segundo reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las leyes de la ciencia).

Después de producir un aparte del fallo de segunda instancia, en el cual se alude a la conclusión del dictamen pericial y a la posibilidad de que con anterioridad a los hechos la menor hubiese tenido relaciones sexuales, sostiene que el Tribunal desconoció los postulados de la sana crítica toda vez que ignoró los principios de la ciencia, según la cual una desfloración himeneal de hasta doce días de antigüedad se denomina “reciente”, en tanto que la “desfloración antigua” es aquella que sobrepasa dicho lapso.

Anota que ni en Colombia, ni en ningún otro país, existe una manera científica de establecer que el tiempo de antigüedad de la desfloración sea de apenas unas pocas horas, o de unos pocos días de sucedido el hecho, como parece lo extraña la sentencia de segunda instancia.

Agrega que la duda que se exige como generadora del fallo absolutorio, no puede ser de cualquier tipo, sino que ha de ser razonable, de cierta entidad, sustentable y entendible por todos, y no como en este caso en que se desecha un dictamen pericial en lo relacionado con el momento en que pudo haber tenido lugar el desgarramiento himeneal.

Si se hubiere aceptado que la finalidad de la experticia era conocer si la menor presenta desfloración y si esta fue reciente o antigua, al conocerse que el desgarramiento fue reciente, se tendría otro hecho indicador de que el imputado fue el autor del delito investigado, pero no pretender, como lo hace el Tribunal, que el concepto médico sería suficiente para determinar la responsabilidad del acusado.

“Entonces, concluye, al no estimarse el dictamen, o darle menor precio, o pretenderse un imposible respecto de la ciencia y la experiencia, se hizo que el conjunto probatorio no adquiriese o mostrase ese convencimiento para condenar que exige el inciso final del artículo 7º, y en eso consiste la trascendencia del error denunciado”.

Tercer reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las reglas de experiencia).

El Tribunal desestimó la declaración de la menor, incurriendo con ello en el error que denuncia, pues, en su criterio, “no le es permitido al fallador desconocer la declaración de una niña de 12 años para el momento del testimonio, con el débil y huérfano argumento de que no se le cree. No se trata aquí, contrario sensu, de que deba creérsele porque sí. Tampoco. Pero la decisión de no darle crédito a una deposición (sic) judicial debe ampararse en fundamentos y razones que obren dentro del enjuiciamiento, que de manera coherente y convincente señalen los vicios y defectos de la declaración por los cuales pierde seriedad y credibilidad”.

En opinión del censor, del testimonio de la menor Y se evidencia sinceridad y franqueza en todo lo expuesto, y no afán de perjudicar al acusado. Simplemente relata lo que le consta hasta el momento en que quedó profundamente dormida, pero sin atacar o censurar al acusado o a su amiga.

“Luego si esta niña aseguró no haber tenido relaciones sexuales para antes del día de su arribo a la casa del señor Prieto, y el conjunto de su declaración está cruzado por la percepción de que dice la realidad de lo acontecido, que es sincera y franca en su atestación, y no se aducen argumentos que destronen la presunción de la buena fe en el comportamiento y declaraciones de las personas, en el sentido que dicen la verdad, no hay camino diferente, ni puede haberlo, dentro del concepto del juego limpio que es el proceso penal, que se opone a la arbitrariedad, que creerle a esta jovencita”, y agrega que “la misma experiencia judicial nos ha enseñado cómo los dictámenes médicos sexológicos como el cuestionado, han servido para mejor sustentar infinidad de sentencias condenatorias. Con el argumento expuesto por el H. Tribunal se generaría una

brecha importante de impunidad”.

Considera, por tanto, que el Tribunal incurrió en error de raciocinio al desconocer la regla de experiencia según la cual de los declarantes debe esperarse que digan la verdad, como lo impone la presunción de buena fe, pues, según sostiene, “igualmente la experiencia enseña que niñas de doce años cumplidos, en su inmensa mayoría aún no se han iniciado en la vida sexual”.

Cuarto reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las reglas de experiencia).

Manifiesta que el error del sentenciador consistió en considerar que el a quo afirmó que la menor F se demoró de treinta a cuarenta y cinco minutos recorriendo la distancia que existe entre su casa y la del acusado, y explicar después, según el recurrente “que la joven tenía mal cálculo del transcurso del tiempo, pues en verdad en la declaración de F se invirtieron cuarenta y cinco minutos, y de esa manera tratar de demostrar que no pudo ser cierto que F en su itinerario de búsqueda de su señora madre, sólo haya gastado diez segundos, como lo expresó en su declaración en la audiencia”.

El censor considera que el error del Tribunal consistió en no haber reconocido que de todas maneras transcurrió un tiempo entre los momentos en que la menor caminó tres cuerdas de ida, tres de regreso, otras hacia el centro de oración, otras de retorno, más el que invirtió contándole tanto a su progenitora como a John sobre lo acontecido; que durante dicho tiempo el acusado permaneció sólo con la menor y, además, “que fue durante dicho lapso que se verificó la agresión sexual que nos concita”.

Considera que si se acepta como corresponde que el acusado y la menor

estuvieron solos durante un rato, y se acude a las demás probanzas vistas en su conjunto, “la conclusión razonable y aceptable es que fue este señor el agresor, y que su conducta se ejecutó durante ese lapso de soledad con la menor”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, condenar al acusado ALFONSO PRIETO ALDANA por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, previsto en el artículo 207 del Código Penal.

Audiencia de sustentación.-

En la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario, que la Corte dispuso llevar a cabo de conformidad con lo previsto por el inciso último del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- Del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Es de advertir que mediante Resolución Número 0-1677 expedida el 3 de abril de 2008, el Fiscal General de la Nación designó especialmente a un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, para sustentar e intervenir como sujeto procesal en el presente asunto, en representación de la Fiscalía General de la Nación.

En uso de la palabra, manifestó que apoya íntegramente la demanda de casación presentada por el Fiscal Seccional de Fusagasugá, reiteró la solicitud de casar la sentencia recurrida y pidió, en consecuencia, condenar al acusado por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir previsto en el artículo 207 del Código Penal.

2.- Del Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en uso de la palabra,

comienza por manifestar que el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la sentencia que es objeto del recurso extraordinario, anuncia que va a realizar la valoración probatoria de conformidad con lo que establecen las reglas de la sana crítica, entre ellas, los dictados de la experiencia, los principios de la ciencia, y adoptando posiciones razonadas, fundadas y equilibradas. Es decir, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, y lógicamente de conformidad con lo previsto por el artículo 176 del citado estatuto, que lo faculta en segunda instancia para conocer de la apelación de una sentencia condenatoria.

Observa entonces que serían cuatro los aspectos puntuales que llevan al Tribunal a apartarse de la decisión condenatoria de primera instancia: i) el consentimiento de la víctima; ii) el dictamen pericial; iii) la posibilidad de que la menor con antelación a los hechos hubiera sostenido relaciones sexuales y; iv) el tiempo que la menor permaneció a solas con el acusado.

Advierte que las decisiones que ahora convocan la atención de la Sala, son diametralmente opuestas, es decir, pese a que tanto el Tribunal como el Juzgado se basan en el mismo acervo probatorio, cada cual realiza el análisis bajo una óptica distinta, y ello lleva a que dichas autoridades brinden una respuesta punitiva totalmente opuesta.

Considera que cuando en segunda instancia se invoca la existencia de falso raciocinio en la valoración probatoria, se debe reflexionar sobre lo que se conoce como principio de inmediación, toda vez que es uno de los puntos basales del sistema acusatorio introducido por la Ley 906 de 2004.

Sostiene que la Corte se ha ocupado del tema en varias oportunidades, entre ellas en la sentencia de casación del 28 de noviembre de 2007 dentro del proceso radicado con el número 28656, en la cual se hace una explicación de cada uno de los principios rectores

que en el juicio oral gobiernan la valoración probatoria.

Manifiesta que en dicho pronunciamiento, entre otras cosas se dice que el principio de inmediación comprende la percepción directa de las pruebas por parte del juez y que ello es fundamental para efectos de la valoración probatoria que debe realizar el funcionario en la decisión que adopta. Por razón de esto, considera que en segunda instancia la legitimidad de la decisión que el juzgador ad quem adopta, cuando esta gira en torno a una nueva valoración de la prueba, merece un tratamiento especial.

En ese sentido destaca que la inmediación no puede constituirse en un blindaje para que en segunda instancia no se pueda volver a valorar aquello que durante el juicio el juez a quo directamente ha percibido por sus sentidos, sino que, por el contrario, cuando se trata de una prueba testimonial, es deber del funcionario ad quem hacer un análisis mucho más razonado sobre los motivos que lo llevan a apartarse de la decisión de primer grado.

Menciona al efecto cómo el artículo 93 de la Carta Política, que introduce los instrumentos internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, lleva de la mano al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, en el artículo 14, numeral, 5, establece el derecho de toda persona que sea declarada culpable de un delito, a que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, de acuerdo con lo que se prescriba sobre el punto en la ley. Esto invita, dice, a que las sentencias tengan que ser motivadas, y con mayor razón cuando en segunda instancia se realiza una valoración probatoria disímil de la llevada a cabo por el juzgador de primer grado.

Por esto, anota que la argumentación que debe hacer el ad quem de la sentencia sobre la valoración de la prueba practicada con la inmediación debida, debe ser racional, razonable, lógica y razonada, para que pueda llegar a derribar la relación que se traba en el juicio entre el juez y la prueba, la cual hace que haya mediado ese conocimiento directo entre el juez y el elemento probatorio.

En relación con el primer error denunciado por el casacionista, advierte que se refiere al consentimiento de la víctima. Se indica en la sentencia que las menores de edad acudieron a la vivienda del señor ALFONSO PRIETO ALDANA y que allí éste les ofreció una bebida alcohólica, que una de ellas consumió profusamente en tanto que la otra no se la tomó y por lo mismo no llegó al estado de alicoramiento a que arribó su compañera.

El Tribunal consideró que con ese acto la menor asumió y aceptó la situación, y que por lo tanto dicha circunstancia merecía un análisis especial en el proceso. Advirtió que si bien el artículo 207 del Código Penal califica como delito la conducta de colocar a una persona en situación de imposibilidad de resistir, si se establece que medió consentimiento de la víctima, esto afecta la tipicidad de la conducta.

La Delegada es del criterio que cuando el juez se enfrenta a la existencia del consentimiento expresado por un menor de edad, esto lo obliga a realizar una valoración probatoria mucho más profunda, precisamente en aplicación de aquello que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado “interés superior del adolescente”.

Recuerda que la Corte Constitucional, en los eventos en que se ha ocupado de lo relativo al abuso sexual contra menores, ha considerado la posibilidad de que resulten aplicables al caso algunas reglas internacionales establecidas para regular los conflictos internos. Cita al efecto la sentencia C-1291 de 2001, en la cual, según dice, la Corte Constitucional se refiere al tema.

Advierte asimismo, que el Estatuto de Roma, o Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, indican las pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual.

Al efecto menciona la Regla 70 b, sobre los principios de la prueba en caso de violencia

sexual, específicamente en lo relacionado con el consentimiento de la víctima, el cual, según dicha disposición, no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

De igual forma, menciona que el literal c ejusdem, indica que el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

Es decir, anota que como en este caso se está en presencia de una niña de doce años de edad, que si bien aceptó el ofrecimiento de consumir bebidas alcohólicas, eso no significa que ese consentimiento pueda ser analizado como una forma en la cual ella asiente de manera voluntaria y libre, la circunstancia de quedar en la imposibilidad de resistirse a una agresión sexual.

Considera que ese análisis que realiza el Tribunal, después de haber anunciado que lo iba a hacer de manera razonable, lógica y equilibrada, se aleja en grado sumo del propósito advertido, porque este primer aspecto, relativo al consentimiento de la víctima, merecía un análisis especial, ya que se trataba de una niña de escasos doce años de edad.

Respecto del segundo reparo propuesto por el recurrente, relacionado con el error de hecho por falso raciocinio por no haber aplicado los principios de la ciencia, anuncia que el Tribunal también en este caso se apartó de los conceptos científicos que no solamente acompañaron el dictamen pericial, sino que fueron expuestos de manera oral en el juicio por parte del médico legista.

Advierte que el perito hizo un estudio sobre las condiciones de la menor abusada, no solamente con relación a la ingesta de alcohol, sino con aquellos hallazgos que estimó compatibles con una desfloración reciente. Este último aspecto fue precisamente el motivo por el cual el recurrente consideró que no existía claridad en el dictamen, que el término “desfloración reciente” permitía deducir que dentro de los diez días anteriores la

niña había sostenido relaciones sexuales y que era imposible establecer con exactitud si éstas habían tenido lugar el día anterior.

En opinión de la Delegada de la Procuraduría, el Tribunal no se ocupó de analizar a profundidad este aspecto tan importante del dictamen pericial, mucho menos el sustento científico de sus conclusiones, y por eso llegó a una decisión equivocada. En ese sentido destaca que los protocolos para el estudio de la valoración sexológica de una menor, como lo tiene determinado el Instituto de Medicina Legal, precisan que se denominan “recientes” aquellas desfloraciones que tienen una antigüedad menor de diez días, y se califican como “antiguas” aquellas que sobrepasan ese tiempo.

Considera entonces que en el fallo de segunda instancia se asumieron posiciones categóricas como si provinieran de un análisis de carácter científico sin ser ello cierto. Se dijo, por ejemplo, que no se había presentado sangrado y que no se habían hallado restos de semen en el examen de la niña. Realmente esto, en opinión de la Delegada, no tiene respaldo científico, careciendo por ende de importancia, pues lo cierto es que se está en presencia de un acceso carnal, en el cual la víctima fue puesta en una situación en la cual no pudo resistir.

Es decir, de acuerdo con tales hallazgos, la violencia resulta siendo menor, pero de todas maneras, según el dictamen, como lo expuso el perito en el juicio oral, en el examen se observaron genitales externos eritematosos y desgarros de bordes edematosos, términos que indican que efectivamente hubo enrojecimiento e inflamación, situaciones compatibles con una desfloración reciente.

Refiere que en el juicio oral el doctor Hans Lozano, médico forense, explicó ampliamente el estudio que realizó, respondió a las preguntas de la defensa, fue enfático en establecer el carácter de la desfloración de la menor y como ésta efectivamente había ocurrido, pero no podía establecer si el acusado fue el autor de la conducta y en qué

momento se realizó, pues nunca a través de un peritaje, como lo dijo él en la audiencia, podrán establecerse criterios determinantes para deducir la responsabilidad penal.

En cuanto tiene que ver con el tercer error a que se alude en la demanda, el cual se refiere a violación de las reglas de la experiencia en la apreciación de la declaración de la menor, la Delegada recuerda que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido elaborando una jurisprudencia sólida e importante en torno al respaldo que debe dársele al testimonio de la víctima de abuso sexual, cuando se trata de un menor de edad.

En este caso, dice, para valorar la credibilidad que la testigo merece, existe un plus sobre este tema como es el dictamen médico psiquiátrico que practicó la doctora Heidi Luz Chica Urzola, en el cual dio cuenta de las situaciones particulares que observó en la niña, tales como la tristeza que la acompañaba en el momento del examen, el lenguaje que mantenía y la actitud asumida.

Esto debe unirse al testimonio rendido durante el juicio con el acompañamiento de un funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde la menor refirió la manera como ocurrieron los hechos, lógicamente hasta donde tuvo memoria, porque después de perder la consciencia vino a recuperarse en el Hospital de Fusagasugá, es decir, cuando ya todo había ocurrido.

En cuanto hace al último de los errores que el casacionista denuncia haber cometido el Tribunal, esto es, el relacionado con el tiempo en que supuestamente el procesado estuvo a solas con la víctima, la Delegada advierte que se trata de un tema que surgió de la relación directa entre los sentidos y la prueba, y ello llevó al juez a hacer una valoración de carácter personal.

En la diligencia de declaración de la menor F, el juez le solicita que manifieste efectivamente cuanto tiempo medió entre el momento en que salió de la casa de

habitación del señor ALFONSO PRIETO hasta cuando regresó nuevamente a recoger a la menor, para entregársela a su abuelito. La niña refiere que transcurrió muy poco tiempo, al punto de mencionar apenas unos escasos segundos.

La Procuradora Delegada estima que este tema es muy difícil para un adulto y con mayor razón para un niño. Es por esto que el juez, con el fin de clarificar el sentido de la respuesta, le pregunta a la menor sobre el tiempo que transcurrió desde el momento en que inició su testimonio hasta aquél en que lo termina. Ahí la menor evidencia tener confusión y por ello el juez deja constancia sobre lo sucedido, como efectivamente lo plasma en la sentencia.

El sentenciador destaca que la menor tenía confusión en cuanto al aspecto temporal, y que por lo tanto su dicho no podía analizarse sino a través de otros medios probatorios. Debido a esto, el Juez hace una reconstrucción sobre la manera como ocurrieron los hechos, es decir aquellas situaciones desde el momento en que la menor F sale de la casa del señor Alfonso Prieto, va en busca de su madre, la encuentra y regresa, y a partir de allí considera el tiempo que lógicamente debió haber mediado entre un episodio y otro.

La Procuradora Delegada considera que el análisis que hace el juez en ese momento, es serio, razonable, ponderado y con fundamentos fácticos para ello, que se contrapone con el estudio que el Tribunal realiza, en el cual incluso se confunde, pero además carece de sustento fáctico.

En resumen, dice, el señor ALFONSO PRIETO ALDANA, fue condenado en primera instancia por el concurso heterogéneo de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y por acto sexual con menor de catorce años en relación con los actos realizados sobre la menor F. J. P. Luego en segunda instancia, fue absuelto por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y en este momento está privado de la libertad en la población de Fusagasugá solamente por el de acto sexual

con menor de catorce años.

Culmina diciendo que el estudio llevado a cabo, después de haber revisado todos los videos, el desarrollo del juicio, las valoraciones a las que llega el Juez Penal del Circuito de Fusagasugá, así como la normatividad internacional que invita a un análisis especial cuando los menores de edad son víctimas de delitos sexuales, le permite al Ministerio Público solicitarle a la Corte, casar la sentencia de segunda instancia y proferir el fallo de reemplazo en el cual también se condene al acusado en relación con el delito definido por el artículo 207 del Código Penal.

3.- De la representante de la víctima.

La defensora de familia vinculada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su condición de representante de la víctima, en uso de la palabra manifiesta que coadyuva la demanda de casación presentada por el Fiscal Seccional Delegado de Fusagasugá.

Solicita a la Corte casar la respectiva sentencia, y condenar al señor ALFONSO PRIETO ALDANA por la conducta de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, de la cual fue víctima la niña Y. P. G.

4.- Del defensor del señor ALFONSO PRIETO ALDANA

Como sujeto procesal no recurrente, el defensor del acusado se opone a las pretensiones contenidas en la demanda, y por el contrario solicita mantener la decisión adoptada por el ad quem.

Considera al efecto que los cargos contenidos en la demanda no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

El recurrente argumenta que se debe casar la sentencia demandada por cuanto el Tribunal Superior de Cundinamarca incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, básicamente señalando que no valoró la prueba en conjunto, ni tuvo en cuenta los indicios graves de responsabilidad que militaban en contra del acusado.

En opinión de la defensa, al Tribunal le asiste la razón cuando afirma que el señor PRIETO ALDANA nunca obligó a las menores a consumir licor, toda vez que la bebida fue sacada del sitio en donde se encontraba por la propia voluntad de las menores, y fue una de ellas quien quiso consumirla.

Sostiene que así lo señala la niña F. J. cuando dice que J. tomaba por su propia voluntad, que una de las menores fue hasta la nevera y sacó la botella, mas no que el licor le hubiese sido proporcionado por el acusado. Anota, asimismo que el implicado ha aceptado su responsabilidad frente al hecho de haber permitido la proyección de un video pornográfico, y que esto no fue tema de discusión de la defensa en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Considera que por ello no se puede pregonar que el señor Prieto Aldana hubiese puesto a la menor en incapacidad de resistir o que su voluntad estuviera encaminada a producir tal situación para después aprovecharse de la misma, como erradamente ha sido manifestado por la Fiscalía. Mucho menos que el Tribunal, al hacer tales apreciaciones con las cuales acoge los planteamientos del defensor, haya incurrido en un error de hecho por falso raciocinio, como en sentido contrario se sostiene por el demandante en casación.

Observa que la decisión del Tribunal obedece justamente a que la aplicación del derecho penal no se puede basar en suposiciones, sino en hechos reales y concretos, es decir, debidamente soportados con la prueba necesaria que aleje al juzgador de toda

duda respecto de la responsabilidad de quien juzga.

Sostiene que efectivamente el Tribunal Superior de Cundinamarca apreció la prueba conforme a los postulados del ordenamiento procesal penal, y por razón de ello no podía imponer una sanción mayor como lo pretende la Fiscalía.

Advierte sobre la existencia de otras situaciones, las cuales en su opinión, si se las analiza en conjunto, llevan indiscutiblemente a que aflore la duda respecto de la responsabilidad de su asistido en los delitos que fueron materia de estudio, y por razón de los cuales el Tribunal tomó la decisión de absolver.

Respecto del segundo error de que se ocupa la demanda de casación, sostiene que el Tribunal Superior, acogiendo igualmente los planteamientos que hizo la defensa y haciendo un estudio pormenorizado de la prueba, señala que efectivamente el dictamen pericial no es claro, no brinda la certeza de que el procesado haya sido el causante de la lesión himeneal o el acceso carnal a la menor.

Considera que en tal aspecto se debe tener en cuenta que efectivamente esa membrana es por naturaleza congestiva, con una gran afluencia de vasos sanguíneos, y por razón de ello, al desgarrarse necesariamente debe producir un sangrado. Anota que de haber ello sucedido en este caso, fácilmente habría podido ser detectado por el galeno al examinar a la menor, máxime si ésta fue valorada poco después de los hechos y se considera que en su ropa interior tampoco se encontraron vestigios de sangre que llevaran al médico legista a hacer una afirmación al respecto.

Anota que aún si se acude a suposiciones, como lo ha hecho el recurrente, de que la desfloración se produjo la noche de los hechos, en tal evento también surgiría la duda de la responsabilidad del acusado, por cuanto la menor estuvo en manos de varios sujetos quienes pudieron haberle causado el daño.

Advierte también, tal como su asistido lo ha manifestado y ha sido reiterado por la misma F, que ella no se demoró en el momento en que salió a buscar ayuda de su madre y que el señor PRIETO ALDANA permaneció muy poco tiempo con la menor, como para suponer que contó con el tiempo necesario para haberla accedido carnalmente, según es considerado por la Fiscalía. Además resalta que la menor F dijo haber encontrado a su amiga en las mismas condiciones en que la dejó cuando ella abandonó la casa.

Indica que efectivamente el dictamen del médico legista es muy pobre, porque no brinda, como lo señala el Tribunal, esa certeza de que el desgarró himeneal se haya presentado de manera inmediata, pues a pesar de que la menor fue revisada por los médicos al poco tiempo después de haber sido sacada de la casa de Alfonso, no se consignó en el informe que el perito hubiera observado huellas de sangre al examinar a la niña, como tampoco en su ropa interior que para el citado efecto le fue llevada al despacho del galeno, justamente por la familia de la menor.

Sostiene que si bien es cierto en Colombia no hay posibilidades de determinar el tiempo exacto de haber sucedido el desgarró himeneal, en este caso se habría podido determinar con el sangrado si ello aconteció la misma noche de los hechos. Pero como hubo ausencia del fluido sanguíneo, esto constituye una señal indiscutible de que su asistido no fue la persona que realizó la maniobra reprochable, razón por la cual no puede condenársele como lo solicita la Fiscalía.

Respecto del tercer error que la Fiscalía señala en la demanda, la defensa manifiesta que la menor Y afirma que no ha iniciado su vida sexual, es decir, que no ha sostenido relaciones sexuales, pero como el médico legista señaló que la desfloración tenía una antigüedad inferior a 10 días, en opinión del defensor, este resultado no necesariamente pudo haberse producido por la realización de maniobras sexuales.

Estima que si bien es cierto que la menor relata todos los hechos de manera coherente

hasta cuando pierde su sentido, también lo es que no podía actuar de otra manera pues, de haber faltado a la verdad, habría entrado en contradicción con lo relatado por Alfonso y F. No obstante, esto mismo no puede pregonarse de su relato en relación con lo que haya sido su vida íntima en época anterior a los hechos, respecto de lo cual guarda silencio para protegerse ella y proteger a otra persona.

En opinión de la defensa lo cierto es que no existe prueba de la que se establezca que su asistido hubiere realizado conducta alguna considerada como acto sexual o acceso carnal con la menor, distinta a la de haberle permitido a las menores ver la proyección de una película pornográfica.

En este punto el defensor considera que se debe tomar en cuenta que dentro de la investigación consta la referencia a que la menor mantenía una relación de noviazgo con un menor de nombre D. También, según Y le manifestó a su amiga F, que tenía afán por consumir licor rápidamente toda vez que quería emborracharse porque tenía un problema, como así consta en uno de los apartes del testimonio rendido en el juicio.

Respecto del cuarto error noticiado en la demanda, el defensor señala que dicho reparo constituye apenas una apreciación personal del funcionario judicial recurrente, la cual no está respaldada probatoriamente, pues la menor indica que en realidad fue muy poco el tiempo que ella se demoró en regresar con su madre. Por lo tanto dicha conjetura no puede soportar una acusación o una sentencia.

Aunado a lo anterior, manifiesta que durante el proceso se allegó prueba de que el señor Prieto Aldana no permaneció en el mismo sitio, sino que salió a la terraza y que no estuvo a solas con la menor todo el tiempo que se ha pregonado en la demanda de casación.

Reitera que asiste razón al Tribunal al proceder a absolver a su defendido por la conducta de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir porque aflora el

fenómeno de la duda que necesariamente debe resolverse a favor del procesado. Esta duda, dice, se encuentra debidamente respaldada con las probanzas que dice haber señalado y que dejan ver que su defendido no cometió el hecho endilgado y por el cual fue absuelto en segunda instancia.

Estima que la demanda no está llamada a prosperar ya que la decisión del Tribunal se ajusta a derecho, por lo cual solicita a la Corte confirmar el fallo de segunda instancia.

SE CONSIDERA:

- 1.- La Corte aprehenderá el estudio de los reproches formulados por el casacionista contra el fallo del Tribunal, en el mismo orden observado en el resumen que se hizo del libelo impugnatorio.
- 2.- De acuerdo con los términos de la demanda y las intervenciones de las partes en la audiencia de sustentación, la controversia gira en derredor de la apreciación que el sentenciador de segunda instancia hizo de algunos medios de convicción, específicamente relacionados con la prueba del supuesto fáctico típicamente definido como acceso carnal abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir, y de la responsabilidad penal del acusado, señor ALFONSO PRIETO ALDANA, razón por la cual a dicho aspecto se circunscribirá el pronunciamiento de la Corte, dado que ningún reparo ha sido formulado respecto de conducta de acto sexual con menor de catorce años, relacionada con la exhibición de vídeo pornográfico, por la cual se produjo la decisión de condena en ambas instancias.
- 3.- Como quiera que la demanda se orienta a denunciar que el Tribunal incurrió en “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, la Corte no puede menos que reiterar que dicho

tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación a las disposiciones de derecho sustancial, y se configura cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios³ o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho⁴.

En tal sentido tiene indicado que los primeros se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente, presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es vista en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo se aparta de los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

De este modo, cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro mediante la indicación correspondiente del fallo en donde se alude a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral, es su deber concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y los criterios de valoración normativamente

previstos para cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto a modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

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

Si la denuncia se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al

ameritado.

Los errores de derecho, entrañan, por su parte, la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad).

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

Cada una de estas especies de error, obedecen a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponden a una secuencia de carácter progresivo, así encuentren concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley, y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el

mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

Además, de acogerse a la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera insular sino conjunta, esto es, en confrontación con lo acreditado por las pruebas debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal

tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige⁵.

4.- La Corte asimismo ha señalado las diferencias que se presentan entre la violación del debido proceso -constitutiva de nulidad denunciante al amparo de la causal segunda de casación-, de las violaciones al debido proceso probatorio -propias del motivo tercero-. Al efecto tiene precisado⁶ lo siguiente:

“Desde esta perspectiva y en tratándose del sistema acusatorio regulado en la Ley 906 de 2004, el debido proceso se afecta cuando, por ejemplo, el fiscal formula la imputación sin acatar los requisitos sustanciales de ese acto, o cuando se celebra la respectiva audiencia careciendo el imputado de defensor; o si se lleva a cabo la formulación de la acusación pretermitiendo la audiencia de imputación; o cuando se inicia el juicio oral sin la antecedente audiencia preparatoria, o se dicta sentencia sin realizar el juicio oral —excepto, claro, cuando el fallo es fruto de un preacuerdo o la aceptación de cargos—, pues en todos esos eventos se estaría pretermitiendo un acto procesal que la ley establece como antecedente determinante del que le sigue en forma inmediata.

“A diferencia de lo anterior, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, dado que ésta, en el nuevo sistema puesto en marcha con la Ley 906 de 2004, debe sujetarse a principios basilares, como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio,

ocasionando la nulidad del mismo cuando efectivamente el desacato de aquellos se traduce en irrespeto de las garantías de alguna de las partes.

“El principio de legalidad tiene relación con la previsión de que únicamente se consideran “medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”⁷, esto es, que respecto de los medios de prueba se observe lo prescrito en la [Constitución Política](#), en los tratados internacionales vigentes en Colombia y en la ley acerca de derechos humanos.

“En tanto que el principio de publicidad, tiene arraigo en nuestra Carta Fundamental e implica que en un Estado social y democrático quien sea sindicado de una conducta punible tiene derecho a un proceso público, lo que impide que en desarrollo del mismo pueda concebirse la aducción de pruebas ocultas o secretas; es decir, que todo medio de conocimiento, salvo precisas excepciones legales, debe introducirse en el juicio ante la presencia de las partes e intervinientes y del público en general⁸.

“El de oralidad, como los anteriores, es también norma rectora del ordenamiento procesal⁹ y en materia probatoria constituye una regla, prácticamente sin excepción, ya que aún tratándose de reproducir prueba documental, los escritos deben ser leídos en el debate en presencia del juez, las partes, los intervinientes y el público asistente, y los demás documentos deben ser exhibidos o proyectados por cualquier medio posibilitando así su pleno conocimiento¹⁰; el mismo principio impone que sólo puede sustentarse la sentencia en pruebas que hayan sido regularmente incorporadas en forma oral¹¹.

“El principio de contradicción, halla asiento en la Constitución Política y como norma rectora que es del ordenamiento penal adjetivo¹², irradia todo el proceso judicial imponiendo la igualdad de oportunidades para las partes e intervinientes

de ejercer la defensa de sus derechos; en materia probatoria¹³ comprende el derecho a ofrecer y producir pruebas cuando corresponda, el de controlar plenamente la producción de las pruebas ofrecidas por las otras partes, el de alegar acerca del mérito de las mismas y el de realizar todas las observaciones que sean pertinentes durante el curso del debate¹⁴.

“El principio de inmediación¹⁵ comprende la percepción directa de las pruebas por el juez, las partes, intervinientes y el público en general, pero fundamentalmente hace referencia es a la relación que debe obrar entre el juzgador y la prueba, implicando que el funcionario que va emitir sentencia debe ver y oír por sí mismo, en forma directa, la prueba respecto de los hechos, las pruebas deben llegar a su ánimo sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, sin que se interpongan otras personas que consciente o inconcientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de los elementos de convicción tergiversando su aptitud probatoria¹⁶.

“Por último el principio de concentración¹⁷ es norma basilar rectora, en particular, del juicio oral, pues impone que éste se desarrolle de forma unitaria, en un solo acto, el mismo día, y si ello no fuere posible en días consecutivos. Sólo si se presentan circunstancias excepcionales el funcionario está facultado para suspender el juicio hasta por treinta días velando porque no surjan otras audiencias concurrentes que distraigan su atención. La finalidad de que el juicio se lleve a cabo como unidad de acto se refleja también en la práctica de pruebas que deben realizarse de manera concentrada, para que lo percibido en el debate no se disperse en la mente del juzgador, las partes e intervinientes¹⁸.

“Adicionalmente a los anteriores principios, cada medio de prueba tiene dispuesto en la ley su propio debido proceso¹⁹, pero la conculcación de aquéllos o de éste frente a determinado elemento de convicción, eventualmente generará su desestimación o falta de consideración como fundamento de la decisión judicial; esa es la consecuencia a la

sanción impuesta en el artículo 29 de la Carta Fundamental y 23 de la Ley 906 de 2004, pues la “nulidad de pleno derecho”, de acuerdo con arraigada doctrina, significa inexistencia jurídica del medio probatorio, lo cual da lugar a la exclusión de la prueba del acervo probatorio en el que ha de fundarse una decisión judicial.

“Es por ello por lo que en sede de casación, la pretensión frente a un medio de prueba deformado debe ser la de su desestimación, no la de nulidad de todo o parte alguna del proceso, es decir, sin necesidad de invalidar la actuación, se ha de reclamar que la prueba irregular, en orden a fundar la manifestación de justicia, deje de ser apreciada, de suerte tal que el sentido del fallo quedará expuesto a la solvencia del material probatorio restante, bien para condenar o absolver” (se destaca).

Esta postura que la Corte reitera, atendiendo las particularidades del caso que ahora se somete a su consideración, le implica el deber de precisar, con la Delegada de la Procuraduría, que el principio de inmediación no excluye, en manera alguna, la posibilidad de que el Tribunal de segunda instancia, o el de casación, tengan una percepción probatoria distinta de la expresada por el a quo en la sentencia, pues precisamente para efectos de resolver los recursos, la parte recurrente debe solicitar los apartes pertinentes de los registros magnetofónicos o videográficos correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación.

Si esto es así, y si de lo que eventualmente tratan los recursos ordinarios o el extraordinario de casación es de introducir cuestionamientos a la validez o mérito de la prueba en que se fundó el fallo recurrido, resulta obvio entender que tanto el Tribunal de segunda instancia como la Corte, cada cual dentro de la respectiva órbita de su competencia, se encuentran facultados para revisar los registros, y por este medio, de primera mano la prueba, tal y como fue practicada, exhibida o aducida en el juicio oral, a efectos de confrontarla con las declaraciones fácticas que a partir de ella hicieron los juzgadores, y establecer de este modo si le asiste o no razón al recurrente en la formulación

del reparo.

Así queda claro que el principio de inmediación que rige la actividad probatoria, opera para su práctica en el juicio oral, y facilita su ponderación por el juzgador que la presencia, pero no impide ni limita al juzgador de segunda instancia, ni por su puesto a la Corte, para que, habiendo establecido la validez de su recaudo, pueda asignarle el mérito persuasivo correspondiente.

5.- Con fundamento en los presupuestos que vienen de ser anotados, procede la Sala a dar respuesta a las censuras formuladas, de la manera que sigue:

5.1.- CAUSAL TERCERA. Desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la que se fundó el fallo.

ÚNICO CARGO. Violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial. (Aplicación indebida del artículo 7º de la ley 906 de 2004 y falta de aplicación del artículo 207 de la Ley 599 de 2000).

Como se recuerda, en el resumen que se hizo de la demanda, el casacionista sostiene que el Tribunal “incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica por no aplicar las enseñanzas de la ciencia, de la lógica y de las reglas de la experiencia”, lo que determinó la aplicación indebida del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, en lo referente al principio de in dubio pro reo, y la consecuente falta de aplicación del artículo 207 del Código penal, que define el delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir que, en criterio del recurrente, encontró realización y fue acreditada procesalmente.

Previamente a cualquier otra consideración, debe la Sala destacar aquellos aspectos de la facticidad que, por corresponder fielmente a lo que revelan los medios de convicción practicados durante el juicio, no ofrecen discusión alguna entre los juzgadores de instancia, ni entre estos y el recurrente. Al efecto, pertinente se ofrece traer a colación los apartes correspondientes del fallo de segunda instancia en los cuales se alude a ellos:

“Al igual que el Juzgado de Primera Instancia y la defensa, la Sala vislumbra que se encuentra probado que el día 27 de enero del 2007 las menores Y PG V y F J P acudieron a la casa del señor Alfonso Prieto Aldana entre las cinco y media y seis de la tarde, al igual se estableció, con el testimonio de los menores, que una vez se encontraban reunidas una de ellas F le pidió un cigarrillo al señor Prieto y éste les dio uno a cada una quienes lo prendieron y fumaron, también consta que el dueño de casa les ofreció aguardiente y ellas recibieron la oferta y lo sirvieron, se encuentra probado que en esos momentos, el señor Alfonso les invitó a las menores a observar una película de contenido pornográfico, y que consecuentemente relatan las espectadoras, al unísono, que la menor Y P tomó hasta el punto de quedar inconsciente.

“Enseguida se da cuenta de los hechos que Alfonso Prieto Aldana envía a la menor F a llamar a su señora madre, con el fin de que lleven a Y a casa de sus abuelos debido al estado en el que se encontraba, narrando F en su declaración que cumpliendo lo requerido acudió a la casa de Prieto Aldana junto con su padrastro, su mamá y una amiga de ellos, segundos después”²⁰.

Tampoco se discute la consideración del Tribunal en el sentido que, según el relato del abuelo materno de la menor Y, “aproximadamente de 9 a 10 de la noche golpeó la señora Marisela y le dijo que habían encontrado a Y P en el parque borracha, y cuando llegó la tenía el esposo de la señora Marisela en la esquina de Pekín, afirma que la levantó y le pegó dos palmadas y no reaccionó y se la llevó en el hombro acostándola en

la cama y al momento llegó la abuela y se dio cuenta que estaba echando babaza, y por consiguiente la llevaron a donde la abuela materna, que estaban durmiendo y charlaron hasta las 12 y llegando nuevamente a la casa, en donde estaba la hermana que se llama Andrea vistiéndolo a P porque estaba vomitada, llevándola finalmente al hospital”²¹.

Asimismo resulta preciso mencionar que de conformidad con el dictamen médico legal sexológico²² practicado a iniciativa de la médica del servicio de urgencias, suscrito e introducido al juicio oral por el médico forense Hans Cristian Dworschak Lozano, se concluye que la niña fue encontrada en la vía pública con diagnóstico de embriaguez alcohólica y evidencia de presentar desfloración reciente, menor de diez días.

Los exámenes de laboratorio de biología y toxicología, arrojaron resultados negativos para espermatozoides, barbitúricos, benzodiazepinas y cannabinoides, aunque en la muestra de sangre se encontró etanol en una concentración de 35 mg%. Al analizar la ropa interior que la menor portaba la noche de los hechos no se encontraron espermatozoides, ni en el informe consta que se hubieran observado manchas de sangre.

Asimismo, en el informe pericial psiquiátrico Forense²³, suscrito e introducido al juicio por la Médica Psiquiatra Heidy Luz Chica Urzola, al resumir los hechos se afirma también que la menor fue encontrada en la vía pública en estado de embriaguez, “y al parecer víctima de delito sexual en hechos que son objeto de investigación”.

La Corte no puede dejar de precisar que las partes suscribieron un acuerdo de estipulaciones probatorias²⁴ sobre los resultados de los exámenes médicos, sexológicos, psiquiátricos y de laboratorio, practicados a la víctima, por lo cual consienten la validez y contenido de los anotados medios. Advertido lo anterior, se

pasa entonces a estudiar los reproches formulados por el censor.

5.1.1.- Primer reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las reglas de experiencia).

Según el demandante, el Tribunal no aplicó las reglas de la experiencia, al sostener que fue voluntaria la decisión de las menores de consumir licor con el resultado de que una de ellas hubiere quedado en estado de inconsciencia, sin que el acusado las hubiere obligado o engañado, por lo cual no se estructura el tipo penal de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

Ciertamente, como lo anota el recurrente, el Tribunal en la sentencia de segunda instancia, sostuvo que para la configuración del supuesto fáctico de que trata el artículo 207 del Código Penal relativo al acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, es necesario que las causas que originan la incapacidad de la víctima o el estado de inconsciencia, o las condiciones de inferioridad que le impiden comprender la relación sexual o dar su consentimiento, “sean originadas por el propio actuar doloso del autor, siendo indiferentes los medios predispuestos de que éste se vale para lograr el acceso, a condición de que sean idóneos, acogiendo por tanto la Sala la postura de la defensa en cuanto al hecho que el señor Alfonso Prieto Aldana le hubiese brindado, ofrecido, dado, a las menores YPGV y FJP aguardiente éstas hubiesen aceptado y una de ellas quedara en estado de inconciencia debido a su determinación de tomar licor, sin que en ningún momento las haya obligado, engañado, no se encuadra en el tipo penal descrito, porque es claro que el sujeto debe haber puesto, con actos propios y deliberados, las condiciones necesarias para conseguir un acceso carnal, más cuando ellas sabían que el consumir licor las podía llevar a un estado de embriaguez, tan cierto es esto que F se abstenía de consumirlo, arrojándolo a una matera y su compañera lo aplaudía congraciándose con la situación”²⁵.

Si se toma en consideración que las dos jóvenes que concurrieron a la casa del señor PRIETO ALDANA contaban con escasos trece años de edad, y que se hallaban bajo el ámbito de vigilancia y cuidado por parte del acusado, resulta evidente que el anfitrión se encontraba en la posición de garante de los bienes jurídicos de aquellas, conforme lo dispone el artículo 25 del Código Penal, no solamente por haberles permitido ingresar a su residencia, con lo cual voluntariamente asumió la protección real de ellas dentro del propio ámbito de dominio (Art. 25.1 del C.P.), sino por haber creado precedentemente una situación jurídica de riesgo próximo para la salud de las impúberes bajo su cuidado voluntariamente asumido (Art. 25. 4), al haberles ofrecido y facilitado el consumo de licor y cigarrillo, pese a la prohibición legal de hacerlo (Art. 1º de la Ley 124 de 1994).

En tales condiciones no cabe duda que la posición del Tribunal resulta deleznable, pues independientemente de los resultados ulteriores en el curso de la causalidad, así sea hipotética, con su conducta antijurídica el acusado no sólo dio lugar a que se causara un daño en la salud de la menor Y quien fumó cigarrillo, consumió licor y se embriagó hasta perder la consciencia, sino que puso en riesgo la integridad personal de F quien igualmente fumó cigarrillo, así ésta hubiere optado por arrojar el licor a una matera cercana en lugar de beberlo.

Al efecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Civil, atendiendo la redacción que queda después de la expedición de la Ley 27 de 1977 -que estableció la mayoría de edad a los 18 años-, y de la sentencia C-534 de 2005, se tiene que la ley considera infante a todo aquél que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos; niño o niña, las personas entre los 0 y los 12 años; por adolescente las personas entre 12 y 18 años.

Entonces, si las dos adolescentes Y y F contaban con apenas trece años de edad, es claro que a términos de lo dispuesto por el artículo 1504 del Código Civil, al momento de ocurrencia de los hechos eran impúberes, es decir, absolutamente incapaces, no solamente para comprometerse sino para determinarse y actuar libremente frente a situaciones de riesgo que pudieran generarles perjuicio para los bienes jurídicos de la cual son titulares, más aún aquellos bienes altamente personalísimos como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la autonomía o la libertad, integridad y formación sexuales, pues, al contrario del criterio del Tribunal, la ley presume que las personas menores de 14 años, no se encuentran en condiciones de asumir, sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad, la realización de conductas que puedan lesionarlas debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva, como en tal sentido ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Corte²⁶.

Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto, de derecho, es decir “iuris et de iure”, pues la edad a la que se refiere la ley es la edad cronológica, y no puede ser desconocida por una prueba de la que pueda llegar a inferirse la existencia de capacidad de autodeterminación, pues la ley determina que hasta los catorce años el menor debe estar totalmente libre y protegido en todos los ámbitos.

Antes de esa edad, tampoco es posible admitir que los adolescentes se enfrentan voluntariamente a situaciones de riesgo para sus bienes jurídicos, por eso la ley prohíbe las relaciones sexuales con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarles el desarrollo de su sexualidad, le niega todo efecto jurídico a aquellos actos en los que exterioricen una manifestación de voluntad que en otras condiciones sería vinculante, y sanciona aquellos comportamientos de terceros que no sólo desconozcan las claras previsiones legales sino que los lesionen o pongan en peligro.

Esto significa, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad absoluta para decidir y actuar libremente, que la ley establece a favor de los menores de 14 años, con el propósito de protegerlos frente a toda situación de riesgo que pueda acarrearles consecuencias desfavorables frente a los bienes jurídicos de los cuales son titulares, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores o de la existencia de una prueba que evidencia capacidad de conocimiento o de autodeterminación, o con el inadmisibles argumento de no haber sido obligados a proceder contra su voluntad, como en este caso, en que el Tribunal adujo que no se obligó, constriñó o engañó a las menores para que procedieran a consumir licor y fumar cigarrillo, sino que lo hicieron libre y voluntariamente, “más cuando ellas sabían que el consumir licor las podía llevar a un estado de embriaguez”.

Este tipo de argumentaciones resultan contrarias al deber judicial de acatar la ley y declarar el derecho cuando corresponde hacerlo, pues al juzgador no le es dable entrar en consideraciones contrarias a la ley para deducir la existencia de un consentimiento de la víctima, que la ley expresamente prohíbe tomar en consideración atendiendo su inmadurez en las esferas intelectual, volitiva y afectiva, al punto de prever que sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales, a términos del artículo 1504 Inc. 2do. del Código Civil.

Asiste por tanto razón al recurrente y al Ministerio Público cuando sostienen que la víctima se encontraba en incapacidad de consentir de manera voluntaria y libre la ingesta de licor, y que por tanto el Tribunal se equivocó al afirmar que la menor YP aceptó el consumo de dichas sustancias y sabía que al hacerlo la podía llevar a la situación de embriaguez en que se encontraba al momento de ser auxiliada.

No obstante, debe decirse que los efectos de dicha equivocación, no pueden ser

valorados con prescindencia de los otros errores que el casacionista denuncia, a efectos de analizar su trascendencia en la parte resolutive del fallo que combate.

5.1.2.- Segundo reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las leyes de la ciencia).

El casacionista afirma que el Tribunal no aplicó los principios de la ciencia al apreciar el dictamen médico legal sexológico, toda vez que lo desestimó tras considerar que carece de una mayor información y por ende no brinda la certeza de que la víctima hubiese sido accedida carnalmente en momentos en que se encontraba en la residencia del acusado.

Antes de abordar en concreto el estudio del tema propuesto por el recurrente, debe advertirse que en relación con “la ausencia de violencia para concluir en la ausencia del delito y el supuesto consentimiento de la víctima”, la jurisprudencia²⁷ del Tribunal Constitucional tiene precisado que:

“La providencia objeto de tutela entendió en varios apartes lo siguiente:

‘... si hubiere sido abusada sexualmente en contra de su voluntad existiría en su cuerpo señales de lesiones personales que nos hicieran notar una lucha, pero lo que se le detectó fueron heridas en los labios mayores de los genitales, que han podido ser el resultado de la clase de relación sexual que consintieron los menores.....’

‘ ...

‘... el Instituto de Medicina Legal sólo determinó que hubo una relación sexual reciente en la que aparecen abrasiones que normalmente aparecen en una relación sexual que se repitió por cuatro veces como lo mencionó el joven XXX, pero de ahí a que se diga que hay huellas de violencia que haga entender una agresión sexual no las relaciona

medicina legal, por cuanto no se informan lesiones personales en ninguna parte del cuerpo’.

“En el tipo penal²⁸ que se endilga al joven XXX no hay violencia que se exteriorice en el despliegue de fuerzas encontradas como sí lo exigen otros tipos penales como el acceso carnal violento, ni en marcas ni rastros en el cuerpo, sino en la violencia que resulta de ir contra la voluntad de la víctima que no está en condiciones de consentir. Exigir huellas de violencia en el cuerpo de la menor XXX para derivar de allí la ausencia del supuesto penal enjuiciado es un yerro del fallo que igualmente repercute en la valoración probatoria.

“La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha examinado el contexto en que ocurren los hechos de un delito sexual para determinar si existió consentimiento, restándole valor incluso a la declaración de la víctima que negaba la ocurrencia de los hechos, porque los demás elementos probatorios que obraban en el expediente permitían concluir la responsabilidad del procesado.²⁹

“La Sala Penal en cita, también ha rechazado que la ausencia de secuelas físicas pueda ser considerada como evidencia de aceptación de la relación sexual. En efecto, esa Corporación³⁰ rechazó que el daño psicológico permanente de la víctima hiciera parte de la violencia natural que resulta del acceso carnal y concluyó que en ese evento sí era posible el concurso entre acceso carnal violento y lesiones personales por daño psicológico permanente. En esa misma sentencia, la Corte rechaza que la ausencia de huellas físicas de violencia permita inferir el consentimiento de la víctima.

“El anterior recuento evidencia una tendencia creciente a la protección de la dignidad e intimidad de las víctimas de delitos sexuales dentro del proceso penal, estableciendo los siguientes derechos a su favor:

1. El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;

1. El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos;

1. El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.;

1. El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;

1. El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;

1. El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima.

1. El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad;

1. El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen;

1. El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.

“En consonancia con lo anterior, el Código de Procedimiento Penal³¹ establece principios y garantías que orientan la labor de los funcionarios judiciales hacia el cumplimiento de esas finalidades y a la garantía de esos derechos, entre las cuales, se mencionan los siguientes deberes:

1. Tratar a todos los intervinientes en el proceso penal con el “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” (Art. 1, Ley 600 de 2000);

1. “Hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (Art.

5, Ley 600 de 2000).

1. Adelantar todas las actuaciones procesales “teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia” (Art. 9, Ley 600 de 2000).³²

1. Garantizar “a todas las personas el acceso efectivo a la administración de justicia en los términos del debido proceso” (Art. 10, Ley 600 de 2000).

1. Garantizar a todos los sujetos procesales el derecho a presentar y controvertir las pruebas (Art. 13, Inc. 1, Ley 600 de 2000).

1. Motivar todas las decisiones y medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, incluso las que provea por medio de autos de sustanciación (Art. 13, Inc. 2, Ley 600 de 2000).

1. Hacer prevalecer el derecho sustancial y asegurar su efectividad (Art. 16, Ley 600 de 2000).

1. Actuar con imparcialidad en la búsqueda de la verdad, para lo cual “debe averiguar,

con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia” (Art. 234, Ley 600 de 2000).

1. Inadmitir “las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal,” y rechazar “la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas” (Art. 235, Ley 600 de 2000).

1. Apreciar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Art. 238, Ley 600 de 2000).

“Ahora bien, la Corte Constitucional en casos en donde ha estudiado delitos de abuso sexual, ha considerado que si bien los hechos no ocurren en escenarios de conflictos armados, es pertinente la alusión a las normas de derecho penal internacional en la medida en que ellas ilustran la trascendencia del tema.³³

“En efecto, algunos instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte, han abordado el tema de la protección de las víctimas de violencia sexual dentro del proceso penal han reconocido la obligación de las autoridades de darles un trato digno y respetuoso y de adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que pueda ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales o en el manejo de la información, sobre los hechos del proceso y la identidad de las víctimas.

“Así, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁴ se establecen

expresamente los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses. Igualmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002, indican pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual:

‘Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.’

“Inferir, como lo hace la providencia cuestionada, que la menor XXX, que se encontraba en el estado extremo de alicoramiento que dictaminó medicina legal, cercano al estupor, pudo determinarse a sí misma y consentir una relación sexual, es ignorar el contenido de la prueba pericial y por ende afectar el debido proceso de la accionante, puesto que en el informe médico legal se consignó claramente que en las condiciones en las que se encontraba la niña, era improbable que la relación sexual estuviere precedida por el consenso y que su consentimiento tuviese alguna fuerza para admitir la relación.

“La Sala considera que si bien, en principio, el juez goza de un margen de discrecionalidad para valorar las pruebas, en tanto que supremo director del proceso, no obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial no interprete a su arbitrio una prueba que termine afectando los derechos de una menor, como en este caso”.

En la formulación de este reparo, y como se advertirá más adelante en los demás que presenta, no le asiste la razón al casacionista. Según se anotó cuando la Corte trajo a colación el contenido del dictamen cuya ponderación reprocha el recurrente, el galeno del Instituto de Medicina Legal expresó en el informe pericial que la menor YP, “al examen genital presenta genitales externos femeninos de características adolescentes normales, eritematosos, con rastros de materia fecal en vulva, se observa un himen anular que presenta desgarró de bordes edematosos localizado en el meridiano de las cinco según las manecillas del reloj (sugestivo de presentar desfloración reciente, menor a diez días) y ano con tono y forma normal. Los hallazgos antes descritos son compatibles con maniobras sexuales recientes (menores a diez días) a nivel genital e indican desfloración”.

Después de afirmar el ad quem que las pruebas practicadas en el juicio

patentizaban la imposibilidad de concluir categóricamente que el acusado es la única persona que pudo haber causado el desgarró observado por el galeno, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“Además las declaraciones de quienes acudieron al llamado de F para llevar a la menor Y a la casa de su abuelo, son coincidentes en afirmar que ésta se encontraba en el mismo lugar en donde la había dejado F, es decir, tirada en el piso entre la alcoba y el comedor, con la ropa en su lugar y sin ningún vestigio que les hiciera pensar que en ese momento había ocurrido algún delito, aunado a que el examen médico legal, pudo haber ocurrido en un lapso de probabilidad de diez días antes, en el cual, como lo afirma la defensa, pudo haber sido ocasionado por otra persona, situación que no se desvirtúa con el simple dicho de Y, entendiendo que si bien es cierto señala un desgarró reciente, llama la atención de la Sala, que siendo producto de una (sic) supuesto acceso carnal, causado a una menor que nunca ha tenido relaciones, al dictaminarse a escasas horas de los supuestos hechos, como lo afirmara la defensa, es de esperarse un dictamen pericial más claro, en cuanto a que el himen es una membrana congestiva con gran presencia de vasos sanguíneos los cuales son sensibles al romperse de forma violenta, esperando no un sangrado en grandes cantidades pero sí una situación que es perceptible por parte del médico forense, quien rindió un experticio, el cual no brinda certeza de que el acceso haya sido causado en forma inmediata, lo que brinda la posibilidad de que este halla (sic) ocurrido en cualquier momento de los diez días anteriores. Además debe anotarse que no se encontró semen ni ninguna otra sustancia o huella que demuestre que el acceso carnal que presentaba la menor Y hubiera sido ocasionado por el sentenciado”³⁵.

Se nota pues, sin mayor esfuerzo, que el sentenciador de alzada en ningún momento dejó de considerar que en dicha materia la ciencia médica sólo admite dos posibilidades de conclusión, teniendo en cuenta que es de diez días el tiempo que de

ordinario tarda en cicatrizar la membrana himeneal después de haber sido sometida a desgarró, pues, según fue expuesto por el perito en la audiencia, “ni en este ni en ningún dictamen médico legal sexológico es posible determinar con exactitud y certeza el tiempo exacto de cicatrización de un himen, salvo en ese lapso en esos diez días, si no encontramos un desgarró cicatrizado podemos decir que no es mayor a 10 días”.

Lo que sucede es que el juzgador, en cumplimiento de la función constitucional que le asiste de apreciar las pruebas y asignarle el mérito persuasivo, llegó a una conclusión distinta de la que arriba el recurrente quien lo que pretende, es que el juzgador admita sin más el concepto científico con prescindencia de los demás aspectos fácticos considerados en el fallo y que también cuentan con el debido soporte probatorio, lo cual resulta inadmisibile en sede extraordinaria, toda vez que repugna al deber judicial de valorar los medios tanto individualmente como en conjunto y siguiendo los criterios establecidos para cada medio en particular, según lo dispone el artículo 380 de la Ley 906 de 2004.

Al efecto el Juzgador tomó en consideración las circunstancias en que fue encontrada la menor, es decir, en el mismo lugar en que había sido dejada por F cuando salió a buscar ayuda, según el relato de ésta. La manera como la niña se hallaba vestida, esto es, con jean y camiseta en su lugar “y sin ningún vestigio que les hiciera pensar que en ese momento había ocurrido algún delito”, pues nadie informó que existieran huellas de violencia, ropas rasgadas o algo similar. La ausencia de semen, sangre o alguna otra sustancia o huella en el cuerpo y prendas, que pudieran vincular al acusado con la lesión que la víctima presentaba, también resultaron definitivos para arribar al decisión que el casacionista censura.

Estos aspectos, considerados en el marco de la persuasión racional y de los criterios

técnicos científicos establecidos para la apreciación pericial, a que se alude en los artículos 380 y 420 de la Ley 906 de 2004, resultan racionalmente aceptables y no por el hecho de que el recurrente no los comparta o presente una opinión diversa, puede afirmarse válidamente que tal apreciación resulta suficiente para desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que preside la sentencia de segunda instancia.

Y es que, si bien es cierto, existen algunas circunstancias –no desconocidas por el Tribunal en la sentencia– de las que podría llegar a inferirse, como lo hace el recurrente, que el acusado tuvo la oportunidad de haber accedido carnalmente a la menor cuando ésta se hallaba en estado de inconsciencia, también es claro que otros hechos, debidamente acreditados, impiden conferirle al dictamen el mérito de verdad apodíctica que el casacionista reclama.

No desconoció el juzgador de alzada los antecedentes de que da cuenta la prueba practicada en el juicio, que repercuten negativamente en contra del acusado, como el haber mostrado gusto por la joven al punto expresar que quería ser su novio; haberles exhibido a las dos menores una película de contenido pornográfico, haberse quedado solo con Y por algún espacio de tiempo antes de ser auxiliada por la madre y padrastro de F.

No obstante, observó que “si bien es cierto los anteriores son indicios de preparación de los hechos y oportunidad para cometer el delito ejecutados por Alfonso Prieto Aldana, también lo es que no crean el grado de certeza de la comisión del hecho punible por parte del mencionado”.

Asimismo, a partir de lo consignado en el dictamen pericial, según el cual la menor presentaba signos y huellas compatibles con maniobras sexuales recientes (menores a diez días) a nivel genital e indican desfloración, el Tribunal consideró, “la posibilidad que la menor hubiera tenido relaciones sexuales”, y que “el único que pudo haber

causado esa lesión fue Alfonso Prieto Aldana quien estuviera momentos antes a solas con ella”.

No obstante, al analizar estos y otros aspectos que integran la facticidad del caso, con la totalidad del arsenal probatorio, observó que “si bien es cierto se realizaron actos reprochables por los cuales se le está acusando por actos sexuales con menor de catorce años, no podemos concluir forzosamente que quien causó la lesión que certificara por parte del Instituto de Medicina Legal fuera quien la acompañara momentos antes, es decir, el sentenciado”.

Para denotar que las conclusiones del Tribunal no se ofrecen carentes de racionalidad, debe destacarse que los tres profesionales de la medicina que tuvieron un primer contacto con la paciente, partieron del supuesto falso que la menor había sido hallada abandonada, tirada en el piso de un lugar en la calle.

Al efecto nótese cómo la médica del servicio de urgencias pediátricas del Hospital San Rafael, con respecto al examen físico de ingreso, lo que tuvo lugar a las 23:45 de la noche del 27 de enero de 2007, consignó en la historia clínica³⁶ lo siguiente:

“Paciente femenina de 12 años de edad traída por hermana, quien refiere que la encontró en parqueadero botada en el piso, somnolienta, con múltiples episodios eméticos y sialorrea. Al examen físico, paciente somnolienta, irritante, mucosa oral húmeda, con aliento alcohólico, inyección conjuntival, se decide dejar en observación. Rehidratación oral. Vigilar patrón respiratorio. Posteriormente paciente refiere dolor en el epigastrio por lo cual se ordena ranitidina 50 mg im. Paciente valorada por medicina legal con respectiva toma de muestras por sospecha de abuso sexual, se decide dar salida con recomendaciones generales a signos de alarma”.

Más adelante indicó:

“28.01.07. Hora 8+45. Paciente actualmente en buen estado general, se reinterroga: paciente refiere que se fue con una amiga para donde el señor Alfonso a cobrar una plata, llegaron y la amiga le pidió un cigarrillo, y él se lo dio, luego sacó una caja de aguardiente y se pusieron a tomar, él dijo que la programación de la televisión estaba muy mala y que él tenía una película pero era grosera, la amiga dijo no importa, y se la pusieron a ver y siguieron tomando y de ahí no se acuerda. El día de hoy llegó la abuela al servicio se le contó el caso y se le sugirió colocar la denuncia por sospecha de abuso sexual”.

De igual modo, en el dictamen médico legal ^{sexológico}³⁷, suscrito e introducido al juicio oral por el médico forense Hans Cristian Dworschak Lozano, se llega a la siguiente conclusión:

“Menor con edad clínica de entre 11 y 13 años la cual es encontrada en vía pública inconsciente por los padres de una amiga quienes le avisan a los abuelos de la menor en cuestión los cuales la recogen y la llevan a la casa, donde presenta sintomatología al parecer de sialorrea con persistencia de la alteración de estado de conciencia ante lo cual deciden trasladarla al Hospital de Fusagasugá a donde ingresa a urgencias pediátricas, realizan evaluación clínica y dan diagnóstico de embriaguez alcohólica y la dejan en observación, durante dicho lapso la menor al parecer confiesa que fue por iniciativa de una amiga a quien identifica como ‘F’ a la casa de un sujeto a quien identifica como ‘Don Alfonso’ donde consume ‘cigarrillo’ y toma ‘aguardiente’, cita que el sujeto antes mencionado las invita a ver una película y que ésta era de ‘sexo’, refiere que comienzan a ver la película y no se acuerda de nada, solo cita que se despierta en el hospital. Al Examen físico presenta lesiones en área extragenital por mecanismo contundente (ver acápite específico de lesiones personales). Al examen genital presenta genitales externos femeninos de características adolescentes normales, eritematosos, con rastros de materia fecal en vulva, se observa un himen anular que presenta desgarró de bordes edematosos localizado en el meridiano de las cinco según las manecillas del reloj (sugestivo de presentar desfloración reciente, menor a

diez días) y ano con tono y forma normal. Los hallazgos antes descritos son compatibles con maniobras sexuales recientes (menores a diez días) a nivel genital e indican desfloración, se realiza toma de muestras para estudios complementarios consistentes en: 1- Frotis de introito vaginal, fondo de saco vaginal y rectal para búsqueda y determinación de espermatozoides. 2.- Muestras de sangre en tubo tapa gris y muestra de orina en frasco de polipropileno para análisis de toxicología. 3.- Muestra de sangre en tubo tapa lila para eventual cotejo con probables muestras del presunto agresor. 4- Acudiente de la menor aporta ropa interior que la menor portaba al momento de ser encontrada la cual consiste en una tanga en algodón color azul con restos de materia fecal la cual se remite también para estudios complementarios, se recuerda a la autoridad que para un adecuado análisis del caso se deben correlacionar los hallazgos del presente dictamen con las versiones aportadas por la menor y complementarlas con los resultados de valoración por psiquiatría forense”.

Asimismo, en el informe pericial psiquiátrico Forense³⁸, suscrito e introducido al juicio por la Médica Psiquiatra Heidy Luz Chica Urzola, al resumir los hechos se indica lo siguiente:

“Según se desprende del contexto sumarial, la menor Y P G V, es encontrada en vía pública, en estado de embriaguez y al parecer víctima de delito sexual en hechos que son objeto de investigación. La menor recuerda haber ingerido consumido cigarrillo y licor previamente. Le es practicado primer reconocimiento médico legal sexológico forense que informa hallazgos ‘...compatibles con maniobras sexuales recientes (menores a diez días) a nivel genital e indican desfloración...”

En el análisis del caso, por parte de la perito en mención, se señala:

“Se trata de una mujer, menor de edad adolescente, estudiante de secundaria,

huérfana, quien se encuentra bajo el cuidado de abuelos paternos, con antecedentes médicos poco claros. De acuerdo con los datos suministrados por la hermana, la examinada y lo arrimado al expediente, la menor examinada no presentaba previo a los hechos alteraciones mentales ni conductuales ni tendencia a la mitomanía ni son referidas en las pruebas arrimadas al proceso. Al examen mental en la fecha se encuentran signos y síntomas depresivos moderados, que surgen con ocasión de los hechos investigados y que corresponden con un Trastorno Adaptativo con estado de ánimo Depresivo. Por la presencia de ideación depresiva sobrevalorada, se sugiere que la menor reciba acompañamiento psicoterapéutico. Por el relato de la menor, las circunstancias en las cuales fue encontrada y las pruebas arrimadas al proceso se encuentra que Y P G V, fue puesta en incapacidad de resistir por medio de la administración de sustancias embriagantes, que le impidieron ejercer control sobre la situación a la cual estaba siendo expuesta. Someter a un menor a tales circunstancias constituye una situación de estrés, en la menor examinada, la experiencia sufrida implica una condición de mayor vulnerabilidad a situaciones estresantes futuras”.

De modo que la primera impresión dada a conocer a los galenos que examinaron a la menor, respecto del lugar en donde supuestamente había sido encontrada, resultó determinante no solamente para que llegaran a suponer, incluso concluir, que la niña había sido objeto de abuso sexual, sino para demandar la intervención la autoridad en orden al adelantamiento de la averiguación penal correspondiente.

Pero es claro que la investigación permitió establecer que la menor no fue encontrada en el sitio donde se supuso erradamente por los galenos, esto es, abandonada en la vía pública, sino en la casa del acusado y no sólo eso, sino en el mismo sitio y condiciones en que había sido dejada por la menor F cuando salió en busca de su madre.

Si a ello se agrega, que según los estudios de laboratorio, en el cuerpo ni en la ropa

interior de la menor se encontraron espermatozoides o manchas de sangre, no resulta irracional la conclusión del juzgador de alzada, en el sentido de que, si bien la desfloración tuvo lugar dentro de los diez días anteriores, ello pudo haber sucedido en cualquier momento de esos diez días, sin que necesariamente hubiera tenido ocurrencia mientras la niña se encontraba sola y en estado de inconsciencia en la casa del acusado. Por esto resulta comprensible la queja del Tribunal, en cuanto considera que, atendiendo la gravedad de los hechos, era “de esperarse un dictamen más claro, en cuanto a que el himen es una membrana congestiva con gran presencia de vasos sanguíneos los cuales son sensibles al romperse de forma violenta, esperando no un sangrado en grandes cantidades pero sí una situación que es perceptible por parte del médico forense”, en apreciación que en manera alguna resulta contraria a la lógica, la ciencia o la experiencia.

Nótese que por petición del galeno, los familiares de la menor hicieron llegar, para efectos de los análisis correspondientes, la ropa interior que la niña usaba al momento en que fue auxiliada por la señora Ruth Marisela y John Jairo Melo, y sólo se encontró que presentaba restos de materia fecal, lo que resulta compatible con las muestras de la misma naturaleza halladas en la vulva de la menor, y con la diarrea que presentó antes de ser llevada al servicio de urgencias, según fue informado por su hermana y consta en la historia clínica³⁹.

A este respecto, la Corte considera pertinente señalar que algún sector de la literatura científica⁴⁰, patentiza que la razón está de lado del Tribunal y no del recurrente:

“La violación traumatiza la membrana vaginal que se desgarrar en uno o varios puntos situados generalmente en cuadrante posterior.

“La producción de estas pequeñas heridas se acompaña habitualmente, pero no

siempre, de dolores y una hemorragia poco abundante; las pequeñas incisuras, más o menos profundas, se prolongan a veces más allá del borde adherente, en la mucosa vaginal o vestibular.

“El número y emplazamiento de los desgarros himeneales están supeditados a la configuración, espesor y resistencia de la membrana, reforzada por los pilares vaginales. El himen anular se desgarrar por tres o cuatro sitios distintos; en el himen semilunar se observan casi siempre dos desgarros laterales; el himen labiado se hiende ordinariamente en su comisura posterior.

“Cuando los desgarros son recientes, es decir, datan de menos de cuatro días (de 15 a 20 días si hay inflamación), sus bordes son rojos, sangrantes, tumefactos, cruentos, a veces supurantes. Después de la cicatrización son ligeramente sinuosos y un poco engrosados, pero libres porque el himen desgarrado no se reconstituye; la soldadura de los fragmentos es excepcional; la desfloración es una herida que no se cierra más.

(..)

“2º. Las huellas hemorrágicas proceden del desgarrar del himen. Tales huellas hay que investigarlas e identificarlas en la ropa interior (camisa, pantalón) en el suelo, en la cama, etc., pueden no existir (himen dilatable) o haber desaparecido en el momento de la investigación” (se destaca).

Así entonces, la ponderación que el juzgador de alzada hizo del referido dictamen pericial, no resulta contraria a las leyes de la ciencia según es considerado por el recurrente, como para llegar a concluir de manera inequívoca, que la noche de los hechos la menor YPGV fue objeto de acceso carnal en estado de inconsciencia, y que este acceso fue llevado a cabo por el acusado.

Una tal afirmación, sólo podría ser el resultado de la conjetura atendiendo la primera

idea que se viene a la mente cuando se informa, sin decir toda la verdad, que la niña fue encontrada en estado de inconciencia a causa de su alto grado de embriaguez, abandonada en la vía pública y con evidencia de haber sido manipulada sexualmente con desgarró himeneal reciente, pero no cuando se analizan integralmente y con el debido detalle, todas y cada una de las pruebas y evidencias sobre las específicas circunstancias del caso que la investigación arroja.

Por esto, con razón en el dictamen sexológico el perito dijo “se recuerda a la autoridad que para un adecuado análisis del caso se deben correlacionar los hallazgos del presente dictamen con las versiones aportadas por la menor y complementarlas con los resultados de valoración por psiquiatría forense” y, agregaría la Corte, obviamente con los resultados de los exámenes de laboratorio y las demás pruebas practicadas en el juicio.

Esto precisamente fue lo realizado por el Tribunal quien además advirtió que la investigación fue defectuosa, pues “se dejó de lado una inspección corporal del imputado, una inspección al lugar de los hechos, una verificación entre el dicho de los testigos y la situación fáctica, en cuanto a las distancias, lugares, entre otros”.

Lo que se observa es que a partir de los primeros hallazgos y de la información erradamente suministrada a los galenos, posiblemente se dio lugar a considerar con criterio de verdad sin realmente serlo, que la menor había sido objeto de abuso sexual en los momentos en que permaneció a solas con el acusado, y ello generó, como era apenas obvio, una situación de alarma en el entorno social en que se desenvuelve la niña y dio lugar a que la Fiscalía se apresurara a formular una hipótesis criminal que para el momento de realización del juicio no estaba suficientemente consolidada y respaldada con elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, y por lo mismo dio al traste con sus pretensiones

punitivas.

Como quiera entonces que el Tribunal no se apartó de las pautas de la sana crítica en la apreciación de la prueba pericial, es claro que no le asiste razón al casacionista en la formulación del reparo.

5.1.3.- Tercer reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las reglas de experiencia).

El demandante considera que el Tribunal no aplicó las reglas de la experiencia, en cuanto no le confirió mérito persuasivo a la manifestación de la niña YPGV cuando en el juicio oral declaró que no ha sostenido relaciones sexuales.

Antes de dar respuesta al reparo, debe decirse que en cuanto tiene que ver con el testimonio de menores víctimas de abuso sexual, la Corte⁴¹, en consideraciones que ahora se reiteran, se ha ocupado del tema en los siguientes términos:

“En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.

“La primera premisa que conduce a esa conclusión tiene que ver con que la ley penal no impone restricción en ese sentido. En el caso específico del testimonio de los menores de

12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 -que rige este asunto- (artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos - en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

“De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

“En sentencia del 19 de julio de 1991, la Sala señaló que “si por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso, no se ve por qué un menor esté incapacitado para testimoniar”. Credibilidad en el plano jurídico que, además, es el reflejo de las relaciones interpersonales con los infantes, pues resultaría inaudito llegar al extremo de que, únicamente porque aun no han desarrollado a plenitud sus facultades mentales, físicas y éticas, sus relatos merezcan el repudio absoluto de la colectividad, si se evidencia que tienen la capacidad de ilustrar objetivamente sobre unos hechos.

“Posteriormente, la Sala también se refirió al punto cuando se pretendió descalificar su confiabilidad por razón de que legalmente no se exigiera que el testimonio fuera rendido bajo juramento; no obstante, se concluyó que tal situación tampoco era suficiente para ello, previo el siguiente raciocinio:

‘2.-La ley procedimental de 1971 (Decreto 409) en su artículo 237, contiene una orientación igual a la del artículo 282 del Decreto 2700 de 1991. En el interregno (Decreto 050/87), nada se especificó sobre testimonios de menores de edad⁴². De ahí que con antecedente tal y con el silencio subsiguiente se continuó, como costumbre, prescindiéndose del juramento (el niño no comprende la trascendencia de esa conminación, no es objeto de sanción penal de falso testimonio, una y otra pueden incidir en la espontaneidad de su dicho, etc.) buscándose ambientar adecuadamente esa intervención y evitar abusos o suspicacias, lo cual se propiciaba con el concurso de su representante legal o, en su defecto, de un pariente cercano. La jurisprudencia ha estimado esa práctica como ajena a incorrecciones y encuentra el tema como aspecto de mermada entidad, insuficiente para perder por una supuesta formalidad legal, la eficacia de una versión así producida, apreciándose así su imprescindible substancialidad. No falta quien anote que el texto del artículo 282 viene a mantener una continuidad legislativa necesaria y conveniente. En situación tal, no es dable pensar ni en un vacío que deba apreciarse como que la persona de reducida edad debe prestar juramento so pena de resultar ilegal su declaración y perder ésta, por tanto, todo mérito’ ⁴³ (subrayas fuera de texto).

“Esta misma línea jurisprudencial se reiteró en decisión ulterior, con sustento en lo siguiente:

‘El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (Art. 285 C. P. P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la

verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal.

‘Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del C. de P. P. y no por voluntad judicial.

‘Igualmente, como la exoneración que la ley hace del juramento al menor de 12 años tiene que ver con el riesgo asumido para que el testigo diga espontáneamente la verdad, si lo quiere, también con toda relatividad se prevé que aquél pueda estar asistido para garantía de un trato libre y no compulsivo, en lo posible, por el representante legal o un pariente cercano.’⁴⁴.

“Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuán objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe

ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

“Por esa razón, en la última decisión referida, con relación a dicha probanza se precisó que:

‘...si la legislación procesal penal autoriza la convocatoria del menor de 12 años como testigo dentro del proceso, no son posibles de lege ferenda aquellos juicios anticipados que sugiere el demandante y expone también el Procurador Delegado, en el sentido de que una persona de esa edad no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y también es limitada su comprensión de lo que ocurre en el mundo exterior. Si esto fuera tan fatal y categórico como se insinúa, de una vez el legislador hubiera descartado como testigos a los menores de 12 años, pero, por el contrario, la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien.

‘Por ello, cualquier persona, sin importar su condición, de la cual se pueda pregonar que de alguna manera estuvo en contacto con los hechos pasados, debe ser admitida como testigo dentro del proceso, obviamente sin perjuicio del valor probatorio que los funcionarios judiciales en su oportunidad le puedan adjudicar al testimonio, en relación con las características personales de aquellos de quienes proviene y otros criterios legalmente dispuestos (C. P. P., Arts. 254 y 294)’⁴⁵.

“Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la sicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que

no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales⁴⁶.

“De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

‘Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través

de largos períodos de tiempo.

‘Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso.

También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por Ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

‘Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por Ej. los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

‘El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio

a hablar de la situación abusiva...’47.

“A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

“Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente.

“Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.

“Precisamente, en cuanto al denominado interés superior que ha adquirido el menor en la sociedad, oportuno se ofrece destacar lo que la Corte Constitucional puntualizó en la sentencia T-408/95, de cuyo texto se puede dimensionar la evolución de su rol en el devenir histórico:

‘El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

‘Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión –, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la [Constitución Política](#) elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)’⁴⁸

(subrayas fuera de texto).

“Los conceptos a los que se ha hecho referencia no pueden ser vacíos y abstractos; por el contrario, tienen manifestaciones concretas en el mundo jurídico y de ello no está alejado el ámbito penal. De esa forma, se ha sostenido que en las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial que impida su discriminación. Precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional, en que:

‘Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha

sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

‘En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor.

‘De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.

‘En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria’⁴⁹ (subrayas fuera de texto).

Asimismo, en cuanto tiene que ver con “el testimonio de la víctima, menor de edad, en los delitos de violencia sexual”, en asunto similar a este⁵⁰, aunque, necesario resulta aclararlo, no idéntico⁵¹, la Corte Constitucional⁵² indicó:

“Al lado de la defectuosa valoración pericial, se advierte también en este caso, que el testimonio de la víctima no se tuvo en cuenta en la providencia atacada, pese a que a lo largo de todo el proceso, la menor XXX insistió en que por el grado de embriaguez que tenía no se acuerda de lo sucedido y que jamás prestó su consentimiento para tener relación

sexual con el implicado.

“La sentencia T-554 de 2003⁵³ señaló que en los procesos penales donde las víctimas sean menores de edad el decreto, la valoración de las pruebas periciales y la construcción de los indicios, deben estar siempre orientados por la salvaguarda del interés superior del niño, recogido en el artículo 20 del Código del Menor y en varios tratados y declaraciones internacionales. Este principio regulador de la normativa de los derechos del menor se funda en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

“La sentencia T-554 de 2003 expuso, igualmente, que cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, la prueba indiciaria adquiere gran relevancia. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima. Comenta la sentencia citando la doctrina española, que en España “existe una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual puede bastar el testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuya vulneración frecuentemente se alega por las defensas en este tipo de delitos”. En tal sentido, ese Tribunal se pronunció en sentencia del 2 de enero de 1996 sosteniendo que “es doctrina de esta Sala que el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia”⁵⁴.

“Reitera entonces la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y

como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente”.

En el presente caso, y sin perder de vista los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, ciertamente, después de revisar los registros de audio de lo acontecido durante el juicio oral, encuentra la Corte que la citada menor dijo no haber tenido novio, ni haber sostenido relaciones sexuales en persona alguna. El Tribunal, sin llegar a restarle crédito a la afirmación de la menor, como lo estima el recurrente, al ponderar su dicho frente a las conclusiones del dictamen pericial que denotó la presencia de desgarró himeneal compatible con maniobras sexuales recientes, es decir, menores a diez días, encontró que el informe científico “no brinda la certeza de que el desgarró haya sido causado en una forma inmediata, lo que brinda la posibilidad de que este halla (sic) ocurrido en cualquier momento de los diez días anteriores. Además debe anotarse que no se encontró semen ni ninguna otra sustancia o huella que demuestre que el acceso carnal que presentaba la menor Y hubiera sido ocasionado por el sentenciado”.

Y es que en criterio de la Corte la consideración del Tribunal sopesa los dos intereses en conflicto, el superior del adolescente a que se refiere la Delegada del Ministerio Público en la diligencia de sustentación del recurso de casación, con la garantía fundamental del in dubio pro reo según la cual toda duda, cuando sea insalvable, debe resolverse a favor del acusado.

Lo cierto del caso es que la pregunta que la Fiscalía formuló a la menor sobre si había tenido relaciones sexuales o si alguna persona le había propuesto tenerlas, no solamente resultaba impertinente sino manifiestamente ilegal, dada la prohibición de averiguar por la vida sexual de la víctima. Esto mismo aconteció con el interrogatorio formulado al joven Diego Velásquez Latorre a quien también se indagó sobre dicho particular.

No tuvo en cuenta el interrogador de la Fiscalía, tampoco el juzgador de primera instancia, que la respuesta del joven en relación con ese aspecto de su sexualidad, en las circunstancias en que era interrogado - esto es, por la Fiscalía, ante un juez y en el marco de un proceso penal-, no podía ser sino negativa, ya que de haberla dado en sentido contrario, un tal tipo de respuesta afirmativa no correspondía a nada distinto de la admisión de responsabilidad penal por haber incurrido en la conducta definida por el artículo 208 del Código Penal como acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Entonces, por el lado que se observe el panorama, ninguna de las respuestas de los dos menores sobre su vida o actividad sexual anterior a los hechos materia de investigación, podía constituir prueba idónea en el presente caso, menos para aducirla en contra del procesado sin el riesgo de caer en la absurda consideración, según la cual, como la niña dijo no haber tenido relaciones sexuales y presenta desfloración reciente, entonces el acusado es la única persona que pudo haber causado dicho resultado, con prescindencia de los demás elementos de convicción practicados durante el juicio y a los cuales ampliamente se ha hecho referencia párrafos arriba.

No se trata, como al parecer es entendido por el recurrente y la Delegada del Ministerio Público, de negar sin ningún fundamento válido toda credibilidad al dicho de la menor, sino todo lo contrario; de atender su relato de los hechos hasta el último momento en que perdió la consciencia, pero respetando siempre su dignidad como ser humano, más aún en aquellos aspectos que resultan inescrutables por mandato constitucional y legal, según ha sido entendido por la jurisprudencia⁵⁵ en términos que a continuación se recuerdan:

“[...] como la actividad probatoria tiene que estar circunscrita durante el transcurso de la actuación procesal a la verificación o refutación de los hechos jurídicamente

relevantes del caso contenidos en la acusación, o a la demostración de un enunciado fáctico del cual se pueda extraer de manera lógica una conclusión acerca de la verdad o falsedad de los mismos⁵⁶, refulge como evidente que no puede ser objeto de prueba la vida íntima o sexual de la víctima.

“Así lo ha entendido la Sala:

‘[...] con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, como así lo indicó la Corte Constitucional en reciente fallo, que bien está traer a colación en lo pertinente:

‘ “Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación.

Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

‘ “De lo anterior se concluye que las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el

legislador ordenan su exclusión' [Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002 y SU-1159 de 2003].

[...]

'Instrumentos internacionales ratificados por Colombia abogan por el respeto hacia la integridad y dignidad de las víctimas. En primer lugar, la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", adoptada mediante la Ley 248 de 1995, estableció que los Estados firmantes adquirirían los siguientes deberes:

“Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...)

“b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

“(...

“d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

“e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

“f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; (...)”⁵⁷.

Pero es que además resulta contrario a la lógica y las reglas probatorias, tomar una negación indefinida proveniente de la presunta víctima de un delito sexual, expresada en el sentido de “no haber tenido relaciones sexuales”, como prueba de un supuesto fáctico definido como delito, y más aún, en contra del acusado para fundar en ella una decisión de tan graves implicaciones, como lo sería una declaración de responsabilidad penal.

Posturas radicales en materia tan delicada como la que ahora es objeto de estudio, podrían llevar al riesgo de convertir en víctima de una agresión sexual a quien eventualmente no lo ha sido, y en victimario a quien, también eventualmente, pudo no haber llevado cabo dicho comportamiento. Si la prueba practicada no es lo suficientemente sólida para demostrar, como en este caso, no solamente el supuesto típico sino la responsabilidad penal del acusado, una cabal comprensión de la facticidad, de los fines del proceso y de las garantías constitucionales de las partes, impone al funcionario el deber de preservar la dignidad de las presuntas víctimas y la presunción de inocencia de quienes han sido imputados o acusados, resolviendo la duda a favor de éstos.

5.1.4.- Cuarto reproche. (Error de hecho por falso raciocinio. Desconocimiento de las reglas de experiencia).

El casacionista censura, finalmente, que el Tribunal no aplicó las reglas de la experiencia, al dejar de reconocer que de todas maneras la menor F se demoró en retornar a la residencia del acusado cuando salió a buscar ayuda para auxiliar a Y, que

durante dicho tiempo el acusado permaneció solo y, además, que fue durante dicho lapso que se verificó la agresión sexual.

En torno a las reglas de experiencia, como uno de los componentes del método de apreciación racional de la prueba, la Corte⁵⁸ igualmente tiene establecido lo siguiente:

“Ahora bien, la experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que 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 a las que se reducen todas las ideas o pensamientos 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 como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas 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, porque lo 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 conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, 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 que se da A, entonces sucede B”.

Asimismo, sobre el aludido tema, la jurisprudencia tiene señalado que⁵⁹:

“...proposiciones formuladas a partir del conocimiento obtenido por vivencias, para que puedan erigirse como reglas de la experiencia, y por ende tenidas en cuenta como pautas de la sana crítica, es necesario que puedan ser sometidas a contraste y trasciendan su confrontación, ya que de lo contrario, a pesar de ostentar una conformación lógica, sólo constituirán situaciones hipotéticas e inciertas⁶⁰; además es indispensable que sean aceptadas en forma general con pretensiones de universalidad por la colectividad, más no que obedezcan a lo que el individuo haya aprehendido en su particular cotidianeidad, pues, esto si bien puede ser importante frente a procesos racionales internos, no es fundamento serio para estructurar axiomas empíricos de aceptación dentro de un conglomerado, en determinado contexto social y cultural, con la aspiración de ser esgrimidos para desvirtuar el reproche de responsabilidad que se hace en materia penal”⁶¹.

La Corte observa que en este caso las únicas personas que pudieran dar fe sobre el tiempo que transcurrió entre el momento en que la menor F salió de la residencia del acusado y retornó con la ayuda que éste le solicitó, son la propia menor, la madre de ésta, señora Ruth Marisela Prieto, su compañero John Jairo Melo y una vecina del lugar que percibió el hecho, señora, Elizabeth Uribe Pulido.

La menor F dijo que cuando salió a buscar a su madre, la encontró a las dos cuadras, “estaba en la esquina buscándome”, y agregó que tardó “como 10 segundos” en regresar al lugar.

La señora Ruth Marisela, mencionó que del lugar en donde se encontró con su hija y la casa de Alfonso, hay una distancia de tres cuadras, y tardó como 10 minutos en llegar a dicho sitio. Aclaró que quien llegó primero fue su hija porque ella no podía correr dado su estado de embarazo.

El señor John Jairo Melo, compañero de la anterior, dijo haber tardado como 10 minutos en llegar a la casa de don Alfonso desde cuando le avisaron que fuera a recoger a la menor Y.

Y la señora Elizabeth Uribe Pulido, por su parte, dijo que la noche de los hechos observó que una niña salió corriendo de la casa del acusado y pudo percibir que dejó la puerta abierta al salir, regresando como a los cinco o seis minutos. Aclaró que se quedó parada en la puerta de su apartamento durante ese tiempo porque le dio temor, toda vez que la niña había dejado la puerta abierta y cualquier persona podía entrarse.

A partir de dichos medios de convicción, el Tribunal expresó lo siguiente:

“Al igual que el Juzgado de Primera Instancia y la defensa, la Sala vislumbra que se encuentra probado que el día 27 de enero del 2007 las menores YPGV y FJP acudieron a la casa del señor Alfonso Prieto Aldana entre las cinco y media y seis de la tarde, al igual se estableció, con el testimonio de los menores, que una vez se encontraban reunidas una de ellas F le pidió un cigarrillo al señor Prieto y éste les dio uno a cada una quienes lo prendieron y fumaron, también consta que el dueño de casa les ofreció aguardiente y ellas recibieron la oferta y lo sirvieron, se encuentra probado que en esos momentos, el señor Alfonso les invitó a las menores a observar una película de contenido pornográfico, y que consecuentemente relatan las espectadoras, al unísono, que la menor Y P tomó hasta el punto de quedar inconsciente.

“Enseguida se da cuenta de los hechos que Alfonso Prieto Aldana envía a la menor F a llamar a su señora madre, con el fin de que lleven a Y a casa de sus abuelos debido al estado en el que se encontraba, narrando F en su declaración que cumpliendo lo requerido acudió a la casa de Prieto Aldana junto con su padrastro, su mamá y una amiga de ellos, segundos después”.

“Si bien es cierto los anteriores son indicios de preparación de los hechos y oportunidad para cometer el delito ejecutados por Alfonso Prieto Aldana, también lo es que no crean el grado de certeza de la comisión del hecho punible por parte del mencionado.

“De esta circunstancia, se alude, como el momento en que ocurrió el acceso carnal por parte del acusado, aquél que transcurrió desde que F salió a buscar a su progenitora, hasta cuando regresó en compañía de ésta. Se cuestiona que la menor F trata de encubrir a Prieto Aldana declarando que se demoró unos segundos en llamar o pedir auxilio para que la recogieran. La Sala observa de esta situación, que tanto F como la señora Ruth Marisela Prieta y Jhon Jairo Melo, son contestes en afirmar que la distancia que existe entre la casa de la menor y la casa del acusado es de tres cuadras, de lo que se deduce que F no pudo haberse demorado de treinta a cuarenta y cinco minutos, como lo afirma en algún momento el A-quo. Teniendo en cuenta el apuro que llevaba F por el estado en que se encontraba su amiga que era evidente como la afirmara su mamá en la declaración al encontrarle llorando en el momento en que solicitó ayuda”

62.

Para la Corte, si bien es cierto el Juzgado de primera instancia en ningún momento mencionó que fue de 45 minutos el tiempo transcurrido entre el momento en que la menor salió de la casa de Alfonso Prieto a buscar ayuda y aquél en que regresó a ese sitio, sino que aludió a que tal tiempo fue el transcurrido entre el inicio de la declaración de la

menor y el momento en que se le formula la pregunta sobre cuánto tiempo había pasado desde cuando comenzó a declarar, a lo que la menor respondió que más o menos diez minutos, destacando con ello que “la menor no tiene un adecuado sentido de las proporciones de tiempo”, también lo es que las demás consideraciones que el ad quem realiza, no se ofrecen distantes de las reglas de la sana crítica.

En efecto, el Tribunal alude es a la distancia existente entre la casa de la menor F y la del acusado, para denotar que al hacer tal recorrido no pudo haberse demorado tanto como para que el acusado hubiera tenido el tiempo suficiente para accederla carnalmente, menos aún si se toma en cuenta que la menor Y fue encontrada en el mismo sitio en donde fue dejada por F cuando salió del lugar dejando la puerta abierta, obviamente para poder entrar rápidamente cuando llegara, con la ropa en su lugar y sin ningún vestigio de haberse cometido un delito.

Lo que pretende el recurrente, es que la Corte -por encima incluso de lo declarado por la señora Elizabeth Uribe Pulido, quien sostiene que la menor tardó aproximadamente seis minutos en salir de la casa y regresar luego-, le dé la razón cuando manifiesta, sin respaldo probatorio alguno, que “pudo haber sido mínimo de 20 minutos, pero nunca de 10 segundos como lo declaró la jovencita F”, lo cual, por constituir apenas una opinión personal, repugna a la objetividad con que deben formularse los reparos en sede extraordinaria.

Debe decirse, no obstante que así la menor F hubiera tardado 45 minutos en ir y regresar como a criterio del Tribunal lo consideró el a quo, incluso un tiempo mayor acogiendo, en gracia de discusión, la percepción que sobre dicho aspecto de la facticidad tiene el recurrente, ello no lograría desvirtuar la existencia de la duda probatoria en que se edificó el fallo, no solamente con respecto a la existencia del hecho, sino a la

responsabilidad del acusado.

En tal sentido no puede olvidarse que la menor F, único testigo presencial de los hechos, en ningún momento manifiesta que en el desarrollo de los acontecimientos el acusado hubiere asumido comportamientos indicativos de pretender la realización de actos de índole sexual con la menor Y; los vecinos siempre lo vieron como una persona respetuosa con las menores, incluso la madre de F no tuvo ninguna queja sobre su comportamiento. Tampoco puede pasarse por alto, que cuando la menor F salió de la casa del acusado, a buscar a su madre, dejó la puerta abierta. Una vez la encontró a tres cuerdas del lugar, regresó corriendo, y observó a Y en el mismo sitio en que la había dejado antes de salir, y con la ropa que vestía en su lugar. Menos puede resultar desconocido que ni en el cuerpo ni en las prendas íntimas de la niña Y, los científicos forenses encontraron espermatozoides o manchas de sangre que permitieran afirmar, en grado de certeza, que en momentos inmediatamente anteriores al examen, la menor había sido objeto de abuso sexual.

Estos aspectos, aunados a los defectos de la investigación, y a los cuales se hizo alusión por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia, fueron precisamente los que le permitieron legítimamente afirmar “que en el caso que nos ocupa, no reúne a cabalidad las exigencias probatorias precisadas en el artículo 381 del C. de P.P., para el proferimiento de una sentencia condenatoria” por la conducta de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, dada la presencia de insalvables dudas probatorias, las cuales deben ser resueltas a favor del acusado en acatamiento del principio in dubio pro reo de que trata el artículo 7º del Código de procedimiento Penal, pues además se cumplen a cabalidad los presupuestos que para su reconocimiento exige la jurisprudencia de esta Corte.

En cuanto tiene que ver con la aplicación del imperativo constitucional y legal del in

dubio pro reo como resultado de apreciar las pruebas practicadas en la actuación penal, la Corte⁶³ tiene dicho lo siguiente:

“5. Fue así, entonces, la duda probatoria, la que según los acusados, y en el cual se ha insistido dentro de este proceso, con énfasis en la audiencia pública, la razón jurídica por la que procedieron a revocar la condena objeto de su revisión en segunda instancia, la cual, afirman, por primar ante cualquier otra clase de decisión en el proceso penal, se imponía reconocer, pues si el juzgador llega a esa conclusión, es su obligación legal declararla. Y claro está, que desde un punto de vista teórico-abstracto, les asiste toda la razón legal y jurídica a los Magistrados, en cuanto se refiere a la validez de este postulado, pues un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.

“Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la

sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

“6. Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

“7. En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapen a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo”.

De manera que, en este caso, atendiendo lo términos en que se formula la demanda, los reparos propuestos por el recurrente no denotan nada diverso de la simple y llana oposición al sentido del fallo tan sólo porque no se le dio la razón a la Fiscalía sino a la defensa cuando ésta recurrió en apelación, pero no la seria demostración de que el juzgador de alzada hubiere incurrido en un concreto error de apreciación probatoria que diera lugar variar los supuestos fácticos en que se sustentó la sentencia de segunda instancia.

No escapa a la Corte que la decisión absolutoria no se fundó en aparecer acreditado que el hecho no hubiera existido o que éste no hubiera sido realizado por el acusado, sino en que la Fiscalía, a través de las pruebas aportadas al juicio, no logró desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste a todo ciudadano cuando se enfrenta al ejercicio de la acción penal en su contra.

Entonces, no habiendo demostrado el recurrente que el Tribunal hubiere incurrido en los errores de apreciación probatoria que pretendió denunciar, el cargo no puede prosperar, y ello impone a la Sala no casar el fallo impugnado.

6.- Cuestión final.

En la sentencia de primera instancia, el juzgador señaló: “Por expresa disposición legal, contenida en el numeral 4º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia-, no procede la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que los delitos aquí juzgados y por los cuales se condena al señor Prieto Aldana, fueron cometidos en contra de niñas menores de edad”.

Frente a esta consideración, y sin perjuicio de la competencia que le asiste a la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de las leyes, la Corte no podría culminar sin dejar de expresar al Alto Gobierno y particularmente al Congreso de la República, su

creciente preocupación por la manifiesta inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política, en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos.

Lo anterior, sin perjuicio de advertir cómo de manera paulatina últimamente el principio acusatorio se ha venido a menos, a través de la introducción de múltiples excepciones a la que, en un comienzo, no solamente se consideró como regla general sino también columna vertebral del nuevo sistema de procesamiento penal, esto es, la posibilidad de lograr el proferimiento de fallos de conformidad con el acusado, el allanamiento a cargos o la celebración de acuerdos y preacuerdos con la Fiscalía, cuyos fines, a términos del artículo 348 de la Ley 904 de 2004, no eran otros que los de “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso” y sobre los cuales se desarrolló y se puso en funcionamiento el modelo, bajo la idea de alcanzar mayores grados de una justicia material, restaurativa, pronta y eficaz.

La Corte hace saber que de continuar esta tendencia, los procesos penales que en condiciones de normalidad deberían terminar a la mayor brevedad posible a través de sentencias anticipadas proferidas de conformidad con el imputado, por fuerza de una normativa expedida sin contar con estudios criminológicos, sociológicos o estadísticos previos que le sirvan de fundamento, deben continuar su curso en etapa de juicio, surtir

todas las fases ordinarias del trámite, y llegar incluso a casación, con el resultado de generar mayores grados de congestión en los despachos judiciales, incluyendo por su puesto a la Corte, con evidente perjuicio para los derechos de las víctimas, los acusados y el conglomerado en general, pues mientras la sentencia no se encuentre en firme, no resulta de obligatorio cumplimiento.

Esta postura, debe decirse, no es en manera alguna novedosa. La misma ya ha sido expuesta por varios sectores de la academia y la doctrina nacionales. Incluso publicaciones institucionales se han ocupado de ella. Al efecto baste con traer a colación el siguiente texto⁶⁴:

“Por su parte, la misma Ley 1098 de 2006 adopta dos medidas en particular, respecto de la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos: de una parte el aumento de penas para algunos delitos (artículo 200) y, de otra, la prohibición de beneficios, subrogados y cualquier trato benigno para los procesados y condenados por este tipo de conductas (artículos 192 y siguientes).

“En relación la agravación de penas, la cual se complementa con la expedición de la Ley 1142 de 28 de junio de 2007, creemos que por sí sola no reporta ningún beneficio a la situación de la parte de la sociedad a la que se pretende proteger, y solo representa mayor violencia, innecesaria e inútil del Estado.

“En relación con la prohibición de cualquier trato benigno a todos los procesados por delitos de los cuales se identifica como víctimas a menores de edad, creemos que el efecto que se logra es contrario al fin buscado con la normativa:

“Si lo que se busca es proteger al menor con la sanción estricta de delitos como la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, lo que se va a lograr es, por el contrario, acelerar la destrucción de las familias que padecen estos males. Identificar el origen de la violencia intrafamiliar y de la inasistencia alimentaria con la falta de prisión

efectiva para estas conductas, no deja de ser un error de incalculables proporciones.

“Y de otra parte, si lo que se busca con la prohibición de beneficios punitivos vinculados con la aceptación de imputación o con negociaciones de pena, es la eliminación de penas blandas, lo que se va a lograr es, en cambio, la congestión y la consiguiente dificultad judicial para juzgar estas conductas, que en todo caso presionarán a la rama judicial haciendo que se reduzcan dramáticamente las condenas contra estos delitos; ya ni penas blandas, ni penas altas, ni penas de ninguna forma, porque todo delito tendría inexorablemente que llegar a juicio, con sus riesgos y avatares, en relación con la dinámica probatoria, frente a lo cual no faltará el sádico que, no viendo más alternativa para su defensa, termine intimidando a sus víctimas o a sus testigos para alejar al máximo la posibilidad de ser condenado.

“Además de lo anterior, estaríamos abocados a una nueva frustración, dado que si la sola violencia intrafamiliar se calcula en 300.000 casos al año, sería necesario desarrollar una infraestructura carcelaria seis veces más grande de la que ya se encuentra en funcionamiento, lo cual tampoco se ve posible a corto o mediano plazo, sin contar, por supuesto, los efectos contrarios que se logran para la unidad familiar, de 300.000 familias que esperarían con ansia los días de visita carcelaria”.

A lo expuesto, limita por ahora el tratamiento del tema, sin perjuicio de que en un futuro no muy lejano la Sala vuelva sobre el mismo, seguramente con una mayor extensión y profundidad, ahora limitadas por la naturaleza del pronunciamiento que emite, o lo trate en un escenario distinto al de dejar simplemente constancia escrita de haber advertido la posible incursión por parte del órgano legislativo, en lo que en principio podría ser catalogado como un desatino histórico, posiblemente de incalculables consecuencias políticas, sociales, económicas y jurídicas.

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,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Comisión de servicio

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Se omiten los nombres de las menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.8 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 “Debe entenderse como forma abusiva”. Nota aclaratoria del Tribunal.

3 Los Elementos materiales sólo se tienen en cuenta en tratándose de sentencia anticipada.

4 Cfr. Por todas. Cas. de 29 de agosto de 2007. Rad. 26276.

5 Cfr. Por todas Cas. de 26 de septiembre de 2007. Rad. 28213

6 Cfr. Auto cas. de 28 de noviembre de 2007. Rad. 28656

7 Ley 906 de 2004, artículo 6, en armonía con los artículos 275, 276, 277, y 382.

8 Ídem, artículo 18 y 377.

9 Ídem, artículo 9, en armonía con el 145.

10 Ídem, artículo 431

11 Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la prueba en materia penal”, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 544; López Barja Quiroga, Jacobo. “Tratado de derecho Procesal Penal”, Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 353.

12 Ley 906 de 2004, artículo 15.

13 Ídem, artículo 378.

14 Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 545; López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 346.

15 Ley 906 de 2004, artículos 16 y 379.

16 Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 546; López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 349.

17 Ley 906 de 2004, artículo 17.

18 Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 544; López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 348.

19 Ley 906 de 2004, artículos 372 a 441.

20 Fl. 41. cno. Trib.

21 Fl. 36 cno. Trib.

22 Fl. 144 carpeta

23 Fl. 141 carpeta

24 Fl. 137 carpeta.

25 Fl. 40 cno. Trib.

26 Cfr. Sentencia de casación de 26 de septiembre de 2000. Rad. 13466

27 Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 7 de junio de 2007

28 “Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir: El que realice acceso carnal en persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años. Si se ejecuta acto diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años”.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 21762, 2 de marzo de 2005, MP: Mauro Solarte Portilla, en donde la Corte Suprema decide no casar la sentencia, debido a que la solicitud se fundaba en la declaración de la víctima, una mujer

de 85 años de edad, que negaba la ocurrencia de los hechos. Para la Corte, tal declaración debía ser examinada a la luz del contexto y teniendo en cuenta los demás elementos probatorios, que mostraban sin lugar a dudas la ocurrencia del acceso carnal violento.

30 Proceso No. 9401, 8 de mayo de 1996, MP: Fernando Arboleda Ripoll.

31 Por tratarse de un proceso penal iniciado bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000, las normas procesales aplicables al caso, son las contenidas en dicha normatividad.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-1291 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 T-554-03 M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

34 Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)” Revisado mediante sentencia C-228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

35 Fl. 43 Cno. Trib.

36 Fl. 111 carpeta anexa.

37 Fl. 144 carpeta

38 Fl. 141 carpeta

39 Fl. 109 carpeta anexa

40 C. SIMONIN. Medicina Legal Judicial. Editorial Jims. Barcelona. 1980. Págs. 401-402.

41 Cfr. Sentencia de casación de 26 de enero de 2006. Rad. 23706

42 Hoy, artículos 266 de la Ley 600 de 2000 y 383, inciso segundo, de la 906 de 2004.

43 Sentencia de fecha 3 de octubre de 1994; Rad. 8700.

44 Sentencia de fecha 29 de julio de 1999; Rad. 10615.

45 Ibídem.

46 “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales”, tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004.

47 “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”.
Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

48 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005.

49 Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.

50 La discusión giró en torno al consentimiento de la víctima para tener relación sexual con el menor de edad implicado en los hechos, según lo aducido por éste: “...la menor XXX insistió en que por el grado de embriaguez que tenía no se acuerda de lo sucedido y que jamás prestó su consentimiento para tener relación sexual con el implicado”. Anotó el pronunciamiento, además, que “inferir, como lo hace la providencia cuestionada, que la menor XXX, que se encontraba en el estado extremo de alicoramiento que dictaminó medicina legal, cercano al estupor, pudo determinarse a sí misma y consentir una relación sexual, es ignorar el contenido de la prueba pericial y por ende afectar el debido proceso de la accionante, puesto que en el informe médico legal se consignó claramente que en las condiciones en las que se encontraba la niña, era improbable

que la relación sexual estuviere precedida por el consenso y que su consentimiento tuviese alguna fuerza para admitir la relación”.

51 Sobre los hechos de que se ocupó el proceso penal, indicó el Tribunal Constitucional:

“Relata la demandante, que de conformidad con el informe policial del 24 de abril de 2005, a las dos de la madrugada, agentes de policía que se encontraban patrullando por la avenida S, fueron requeridos por un ciudadano a fin de que se desplazaran al conjunto residencial C, donde al parecer, había ocurrido un caso de violación.

“Una vez en el lugar, un grupo de personas en forma desesperada solicitaron a los agentes que ingresaran a la residencia, donde encontraron a la menor XXX tendida en el piso, en estado inconsciente y desnuda, ante lo cual procedieron a trasladarla de manera inmediata a la Clínica S.

“En la residencia se encontraba también otra amiga, quien acusaba al joven XXX de haber cometido una violación. Las autoridades trasladaron a la madre de la menor ante las correspondientes autoridades para que formulara la denuncia penal a que hubiere lugar”.

52 Corte Constitucional, sentencia T-458 del 7 de junio de 2007.

53 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

54 Cancio Meliá, M., “los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado”, Derecho Penal y Criminología, Edit. Universidad Externado de Colombia, Diciembre de 2000, p. 75.

55 Cfr. cas. enero 23 de 2008. Rad. 20413.

56 Cf. Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Editorial Trotta, Madrid, 2002, Págs. 120 y ss.

57 Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706

58 Cfr. Sentencia de casación de noviembre 21 de 2002. Rad. 16472

59 Cfr. Sentencia de Casación de 9 de abril de 2008. Rad. 22548

60 Sentencia de 6 de agosto de 2003, Rad. Nº 18626.

61 Auto de 14 de julio de 2004, Rad. Nº 21210.

62 Fl. 41. cno. Trib.

63 Cfr. Sentencia de única instancia de 4 de septiembre de 2002. Rad. 15884.

64 Tomado de “El Código de la Infancia y la Adolescencia como expresión de las políticas social y criminal del Estado Colombiano”, en REVISTA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DE COLOMBIA No. 9. Agosto de 2007. Imprenta Nacional. Bogotá. Páginas 74-75.