

Proceso n.º 30612

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 031

Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE en contra del fallo condenatorio del 6 de junio de 2008 emitido por el Tribunal Superior de Bogotá.

H E C H O S

Fueron sintetizados por el juzgador de primer grado, así:

“Refiere Liliana Gómez Montoya que el 4 de octubre de 2005, en horas de la noche, su hijo A.H.G. de tres años de edad le comentó que cuando iba a la casa de su padre LEOPOLDO ANDRADE, ubicada en la Calle 81 No. 7-36, éste jugaba con su colita colocándole un palito negro. Por ello, acudió ante una siquiatra que la remitió a la Fundación Creemos en Ti, donde evaluado por la sicóloga Mónica Patricia Vejarano el 7 de octubre de 2005, conceptuó que el caso debía ser puesto en conocimiento de las autoridades, porque evidenciaba la existencia del abuso sexual”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por razón de los hechos narrados, en audiencia preliminar que se realizó el 5 de abril de 2006 ante el Juez 10º Penal Municipal con Funciones de Garantía, la Fiscalía 38 Seccional de Bogotá formuló imputación en contra de LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE, por la conducta punible de acto sexual con menor de 14 años, agravado, de conformidad con los artículos 209 y 211-2-4 de la Ley 599 de 2000. En la misma diligencia, el juzgado se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra del imputado, decisión que fue apelada por la fiscalía y revocada el 11 de julio de 2006 por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Conocimiento, el cual profirió en contra de HERNÁNDEZ ANDRADE medida de aseguramiento privativa de la libertad.

2. El escrito de acusación fue radicado por la Fiscalía 38 Seccional de Bogotá el 28 de abril de 2006; en él se le imputó a LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE el comportamiento punible reseñado en precedencia. La actuación fue asignada al Juzgado 28 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, despacho que llevó a cabo audiencia de formulación de acusación en sesiones del 27 de junio y 12 de octubre de 2006¹, audiencia preparatoria el 2 de noviembre de 2006 y, finalmente, el juicio oral en sendas sesiones del 11, 12, 13 y 19 de diciembre de 2006; en esta última, anunció el sentido absolutorio de la sentencia.

3. Conforme con lo anterior, el juzgado de conocimiento, mediante sentencia del 28 de febrero de 2007, absolvió a LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE, decisión que fue apelada por la fiscalía y el representante de las víctimas.

4. El Tribunal Superior de Bogotá, tras agotar el trámite procesal correspondiente, en audiencia del 3 de agosto de 2007 anunció el sentido condenatorio del fallo de segunda instancia, motivo por el cual se surtió ante el a-quo el incidente de reparación integral; así, el Juzgado 28 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en auto del 25 de

enero de 2008, declaró probadas las pretensiones del representante de las víctimas.

Con los anteriores antecedentes, en sentencia del 6 de junio de 2008, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión del a-quo y, en su lugar, condenó a HERNÁNDEZ ANDRADE a la pena principal de 75 meses de prisión, a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por el mismo lapso, como autor de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, agravado (artículos 209 y 211-2-4 del Código Penal). Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como también la prisión domiciliaria.

En la misma decisión, el ad-quem modificó parcialmente la suma fijada en la audiencia de reparación integral por concepto de perjuicios materiales, revocó la condena al pago de perjuicios morales a favor de Graciela Concepción Montoya, y la confirmó en lo relativo al monto de los perjuicios morales, a favor de la víctima y su madre.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE, postula un cargo principal de nulidad, por razón de violación al debido proceso, y dos cargos subsidiarios por violación a la ley sustancial, así: el primero lo enfoca como error de derecho, en la modalidad de falso juicio de convicción, y el segundo como error de hecho, a través de sendos reproches por falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Primer cargo (principal): nulidad por violación al debido proceso.

El casacionista, al amparo de lo normado en el numeral 2º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa que la sentencia del ad-quem fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por violación al debido proceso.

En apoyo a su crítica, aduce que en la audiencia del juicio oral, el juez de conocimiento les permitió al apoderado de las víctimas y al Ministerio Público realizar interrogatorios y contrainterrogatorios, motivo por el cual se desconoció el principio de igualdad de armas.

Por otra parte, reprocha que el Tribunal, tras advertir la irregularidad pregonada, hubiese afirmado que ésta fue intrascendente porque la estructura del proceso fue respetada y, además, por cuanto el fallo no se fundó en las atestaciones irregularmente introducidas. También critica que el ad-quem tratara de corregir el yerro aludido, excluyendo de valoración probatoria la evidencia así introducida, pues, según asegura, el remedio procesal para tal irregularidad era el mecanismo de la nulidad, según las sentencias de constitucionalidad C-209 y C-343 de 2007, las cuales coinciden en que la participación directa de la víctima en el juicio oral viola el principio de igualdad de armas y, por lo tanto, una actuación en ese sentido modifica los rasgos estructurales del sistema acusatorio y desconoce las bases legales del juicio.

Según el censor, el apoderado de las víctimas interrogó a 8 testigos, objetó preguntas y se opuso a la admisión de pruebas documentales; por su parte, el Ministerio Público desbordó sus facultades de intervención, pues interrogó al mismo número de testigos y les formuló preguntas encaminadas a reafirmar o desvirtuar la validez de las pruebas, lo cual significa que su intervención no tuvo nada de excepcional.

El impugnante pide que se declare la nulidad del juicio, toda vez que la irregularidad no podía ser subsanada por la convalidación del perjudicado, y porque “es evidente que (el juicio) es nulo, pues independientemente de a cuál de las partes favorecieron las intervenciones ilegales del apoderado de la víctima, y las participaciones excedidas del Ministerio Público, lo importante es tener presente que, de acuerdo con la Constitución Política, esas no son las formalidades propias del juicio”.

Por lo anterior, el recurrente solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y declare la nulidad desde la audiencia del juicio oral, “para que se rehaga el trámite invalidado”.

Segundo cargo (subsidiario): falso juicio de convicción.

Con apoyo en el numeral 3º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el impugnante denuncia que el sentenciador incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por vía del error de derecho, en la modalidad de falso juicio de convicción, el cual condujo a la indebida aplicación de los artículos 209 y 211-2-4 de la Ley 599 de 2000.

Señala que el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, en asocio con el 438 y 440 del mismo estatuto, establece una tarifa legal negativa para la apreciación de la prueba de referencia, pues dispone que ese medio de convicción no puede ser el único soporte de la decisión condenatoria.

En relación con la ocurrencia del abuso -agrega-, solamente existe una prueba directa, cual es el testimonio del menor, del cual se infiere claramente que el hecho no ocurrió. Así mismo, censura al Tribunal por advertir que si se tomara solamente ese elemento de juicio, la decisión habría de ser absolutoria, pero, como obraban otros medios de convicción diferentes, la decisión habría de ser distinta. De esta manera -dice el casacionista-, el Tribunal se sirvió del testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTOYA y de la prueba pericial para sustentar la condena, pruebas éstas que son de referencia.

La primera tiene dicha calidad, porque a la testigo no le consta que LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE hubiese sido el autor del acto sexual, es decir, “no se trata de la narración de un acontecimiento que aquella haya apreciado directamente, sino de la afirmación de que el menor le contó”.

También -agrega- es prueba de referencia la segunda, toda vez que “si, al rendir el dictamen, el perito afirma que alguien le dijo que el autor del hecho fue una determinada

persona, eso constituye un testimonio de referencia, pues no proviene de su intervención como perito, sino de la aseveración de un tercero, sobre lo cual al perito nada le consta". Esto último -asegura el demandante- fue lo que ocurrió respecto de los testimonios de las sicólogas Mónica Bejarano y Claudia Patricia Farfán y del siquiatra Miguel Enrique Cárdenas, los cuales no estaban encaminados a señalar quién fue el autor del abuso, sino a dictaminar la probabilidad de que el abuso hubiese ocurrido.

Por último, señala que el Tribunal afirmó la existencia del indicio de oportunidad, pero éste no fue relevante para la decisión de condena.

En consecuencia, el recurrente solicita a la Corte que case el fallo demandado y profiera el absolutorio de reemplazo.

Tercer cargo (subsidiario de los anteriores): falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Al amparo de la causal de casación que describe el artículo 181-3 de la Ley 906 de 2004, el impugnante reprocha que el sentenciador violó de manera indirecta la ley sustancial por vía del error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad y falso raciocinio, los cuales lo condujeron a no advertir la duda probatoria y, de allí, a predicar la responsabilidad del procesado LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE.

Respecto del falso raciocinio, el censor afirma que el juzgador calificó de veraz el testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTROYA, como consecuencia de pasar por alto las reglas de la lógica.

Explica -en desarrollo de lo anterior- que la testigo dijo haber notado que el niño se rascaba intensamente la nalga, y de allí infirió, sin elemento de juicio alguno y sin que existiera antecedente en tal sentido, que había sido víctima de abuso sexual, motivo por el cual le preguntó "si el papá jugaba con la colita de él" o si "alguien jugó con

tu colita”.

A partir de lo anterior –asegura el recurrente-, el Tribunal no advirtió que el relato de la madre del menor contiene una falacia conocida como “causa falsa”, la cual consiste en “querer justificar un efecto atribuyéndoselo a una causa que no corresponde”.

Por lo tanto, asegura el impugnante, la atestación de GÓMEZ MONTOYA tuvo por objeto sindicar a HERNÁNDEZ ANDRADE de un supuesto abuso sexual, lo cual se corrobora al considerar que el hecho narrado tuvo lugar en la época en que el debate judicial entre la pareja pasaba por el momento más crítico. De allí que la denuncia por abuso sexual estuvo encaminada a que se le negaran al padre las visitas al menor, pues las denuncias por inasistencia alimentaria y lesiones personales no habían tenido éxito.

Aduce que el Tribunal incurrió una vez más en la misma falacia, al apreciar que el testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTOYA era creíble por el hecho de que no negaba las desavenencias surgidas entre la pareja. La justificación que en tal sentido ofrece la sentencia, asegura el recurrente, no tiene asidero, en la medida en que era innegable el enfrentamiento entre la denunciante y el procesado HERNÁNDEZ ANDRADE. También se opone a la credibilidad concedida al dicho de la víctima, pues ésta aseguró que el abuso no ocurrió.

El impugnante sostiene que el fallador incurrió en otro yerro de falso raciocinio al apreciar la entrevista realizada por la psicóloga Mónica Bejarano al menor, pues omitió reglas de la ciencia que se aplican en la práctica de ese tipo de diligencias. En especial, asegura el recurrente, el juzgador no advirtió lo inadecuado que resulta una entrevista prolongada a un menor, así como la inducción de sus respuestas, tal como lo confirmó el perito siquiatria José Gregorio Mesa Azuero, así como los psicólogos Mary Luz Cadena

Torres y Miguel Enrique Cárdenas Gutiérrez, los dos primeros por parte de la defensa y el último de la fiscalía.

Señala, además, que el Tribunal admitió que el menor había sido preguntado insistentemente sobre el tema del palito, pero, en contradicción a las reglas de la ciencia, apreció que ello no afectaba el valor de la prueba. Además, critica que el juzgador hubiese advertido la prolongada duración de la entrevista y su propósito de inducción, y optara por ignorar dichas situaciones. Con ello, señala, el juzgador desconoció los límites de la sana crítica.

Por último, el casacionista denuncia que el sentenciador incurrió en falso juicio de identidad al apreciar el testimonio del menor, pues a pesar de que advirtió que la entrevista en verdad se prolongó por más de una hora y que la sicóloga le insistió sobre el tema del “palito”, no le dio ninguna trascendencia a esas circunstancias que afectaron la práctica de la prueba.

Agrega que no es cierto, al contrario de lo que afirmó el sentenciador, que el niño hubiera descrito de manera espontánea el juego del palito, como también que aquél dijera que alguien le tocó sus partes íntimas o que hubiese mostrado alguna reacción emocional.

Como consecuencia de lo anterior, el recurrente solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y profiera la decisión absolutoria de reemplazo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del demandante.

El apoderado judicial del procesado LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE, tras precisar las condiciones personales y sociales de este último, las circunstancias que rodearon el

inicio de su relación con la denunciante y los pormenores de su convivencia, reitera, en líneas generales los argumentos ofrecidos en la demanda de casación.

Es así como precisa que el interrogatorio por parte del representante de la víctima, conforme jurisprudencia de la Corte Constitucional desconoce los fundamentos constitucionales del proceso acusatorio e insiste en que, por tal motivo, una tal irregularidad no puede ser subsanada con la exclusión probatoria, tal como lo dispuso el Tribunal.

Por lo tanto, solicita a la Sala que case el fallo, declare la nulidad del juicio y ordenar el reenvío a efecto de que éste se repita sin la violación denunciada.

En lo referente al segundo cargo, el libelista señala que el fallador incurrió en un falso juicio de convicción, toda vez que, en contradicción con el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, fundó la decisión condenatoria en prueba de referencia, particularmente en la declaración de LILIANA GÓMEZ MONTOYA y la prueba pericial -declaración de la sicóloga-, mientras que la única prueba directa fue la declaración del menor, quien negó el abuso, prueba esta última que además hacía improcedente la prueba de referencia.

Con apoyo en los anteriores razonamientos, el censor solicita a la Corporación que case la sentencia y absuelva al procesado.

Enseguida, a través del tercer cargo, critica que el juzgador incurrió en falso raciocinio y falso juicio de identidad, los cuales condujeron al juicio de condena. El primero de los yerros mencionados recayó en la apreciación del testimonio de LILIANA GÓMEZ, madre del menor. Precisa que ella denunció al procesado con el fin de evitar que éste visitara a su hijo, al tiempo que denuncia que la explicación de la declarante sobre las razones que la llevaron a pensar que el niño había sido abusado por el padre constituyen una causa falsa.

Avanza, entonces, hacia el reproche de falso juicio de identidad para afirmar que el sentenciador no advirtió que el menor entrevistado negó reiteradamente el abuso por parte de su padre, como tampoco que la sicóloga entrevistadora insistió en las preguntas y orientó las respuestas; fue así entonces como el Tribunal tergiversó su contenido.

Señala el recurrente un nuevo falso raciocinio por desconocimiento de las reglas de la ciencia, al pasar por alto el Tribunal las falencias en la práctica de la entrevista al menor.

2. Intervención de los sujetos procesales no recurrentes.

Fiscal Delegado.

En lo que tiene que ver el cargo principal, el Fiscal 8 Delegado ante la Corte invoca el principio de igualdad de armas y admite que en este caso aquél se vio comprometido, tal como lo admitió el Tribunal, pero recordó también que, en su momento, la defensa no consideró que la intervención del Ministerio Público o del representante de las víctimas en la práctica de la prueba comportara un vicio de tal naturaleza que invalidara lo actuado. Explica, entonces, que la irregularidad detectada no es de la entidad necesaria para anular la actuación, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala; comparte la solución que a la irritualidad le impartió el ad-quem, esto es la exclusión probatoria, y precisa que las decisiones de constitucionalidad sobre las que el casacionista apoya su razonamiento (C-209 de 2007 y C-343 del mismo año) fueron emitidas meses después de la realización del juicio oral, por lo que no tienen efecto erga omnes frente al caso presente.

Respecto de los cargos subsidiarios, el Fiscal Delegado sostiene que las pruebas a tener en cuenta no pueden ser solamente, de manera aislada o fragmentada, el dicho del menor, de su progenitora o la pericial, las cuales no son indirectas sino directas, e insiste en las particulares situaciones en que tienen lugar los delitos sexuales contra

menores, motivo por el cual el testimonio del menor debe ser apreciado tomando en consideración esas especiales circunstancias de inferioridad, al tiempo que recava en el inconveniente e inutilidad que supondría -de acceder a la nulidad que pide el recurrente- someter nuevamente al menor ofendido a futuros interrogatorios sobre los mismos hechos. Señala, además, que la actitud y respuestas del niño en la entrevista permiten corroborar la incriminación y agrega que la manera didáctica en que se realizó la diligencia en la Cámara de Gesel justificó su extensión.

Así, tras repasar el contenido de las pruebas, el interviniente concluye solicitando a la Sala se abstenga de declarar la nulidad reclamada por el demandante.

Representante del Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal acude a las precisiones que ha formulado la jurisprudencia constitucional sobre el principio de la igualdad de armas en la diligencia de juicio (C-209 y C- 343 de 2007) y señala que debe mantenerse la postura de la Corte Suprema en cuanto que los vicios que recaen en la práctica probatoria se resuelven con su exclusión, razón por la cual estima que no procede la nulidad que requiere el impugnante, y subraya que semejante solución conduce a la revictimización del menor ofendido.

En lo referente al primer cargo subsidiario, la Procuradora recuerda que el conjunto probatorio estuvo integrado por el dicho del menor, el de su madre y los peritos, y su apreciación estuvo ajustada a la legalidad; precisa que el testimonio de la madre no es de referencia en lo que tiene que ver con las circunstancias en que el relato del niño fue recibido y estima que, en conjunto con las demás pruebas, conduce al juicio de condena. Indica que tampoco es prueba de referencia la prueba pericial, pues su fundamento está en el conocimiento técnico que involucra, y recava en que respecto de ella se cumplió el descubrimiento, decreto y debida introducción en el juicio y controversia, por

parte de los intervinientes.

La Procuradora interviniente se abstiene de hacer pronunciamiento alguno frente al tercer cargo, pues indica que el razonamiento del demandante no es más que su particular visión frente a la apreciación del juzgador.

Apoderado de la víctimas.

El interviniente, en representación del perjudicado, aduce, en relación con el cargo principal, que las sentencias de constitucionalidad reseñadas en acápites anteriores no son aplicables al caso actual, en la medida que se refieren a la estructura del proceso acusatorio, mas no a las irregularidades en la práctica de la prueba, pues la jurisdicción constitucional estima que las simples irregularidades en la práctica de pruebas, las cuales -dice- fueron auspiciadas por los defensores del procesado, no constituyen violación al debido proceso, motivo por el cual se justificó la exclusión.

En cuanto al segundo cargo, el apoderado del ofendido, tras formular algunas precisiones sobre lo que se entiende por prueba directa, señala que la prueba de referencia es válida en casos como el presente, cuando no es posible la prueba directa: así mismo, indica que la decisión de condena no se fundó exclusivamente en prueba de referencia, sino que acudió a la prueba pericial, la cual apreció en conjunto con el dicho del menor, el de su madre y la prueba indiciaria, todo lo cual excluyó la duda razonable y permitió la condena.

Respecto del último cargo, que el casacionista se limitó a criticar, de manera aislada y no conjunta, el testimonio de LILIANA GÓMEZ, con lo cual solamente obtuvo una apreciación subjetiva. Por el contrario, el Tribunal fundó su decisión en el estudio conjunto de los medios de convicción, con ayuda en las máximas de la experiencia y de la ciencia.

Es por lo anterior, que el representante de las víctimas solicita a la Sala que se abstenga de casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sea lo primero precisar que a la Sala le asiste competencia para emitir la presente decisión, en atención a la competencia que le fija el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en asocio con el artículo 185 del mismo Estatuto.

Primer cargo: nulidad por violación al debido proceso

2. A través del cargo principal, el censor formula su pretensión para que en esta sede extraordinaria se invalide lo actuado desde la audiencia de juicio oral, con fundamento en que al representante de la víctima y al Ministerio Público se les permitió interrogar a los testigos, lo cual –según afirma– desconoce los fundamentos del debido proceso acusatorio.

2.1. La vía de censura seleccionada le permite a la Sala recordar su postura referente a los presupuestos para orientar en esta sede extraordinaria el reproche por nulidad:

“La postulación de vicios de nulidad en sede de casación no escapa al cumplimiento de unas exigencias básicas que permitan a la Corte abordar el estudio técnico y jurídico de un fallo o de una actuación, según el caso, con un margen de movilidad relativo, de manera que la rigidez formal no haga nugatoria la posibilidad de reajustar la estructura del proceso o la actividad de los jueces a la legalidad sin que este medio extraordinario de impugnación pierda sus características esenciales y principalmente su finalidad.”

“Dentro de ese contexto, la proposición de nulidades en esta sede no escapa al cumplimiento de los requisitos que orientan no sólo la impugnación extraordinaria,

sino el instituto mismo, de modo que en relación con la causal tercera el casacionista no está relevado de su observancia como quiera que este recurso no es en modo alguno de libre postulación ni permite una amplitud como para que la Sala entre a suplir las deficiencias argumentativas o a corregir los desatinos del libelo.”

“Es así como el demandante en una propuesta de nulidad debe identificar la actuación que contiene la vulneración de las garantías fundamentales de los sujetos procesales o aquella que transgreda las bases de la instrucción o el juzgamiento, precisando el momento a partir del cual se hace necesario retrotraer lo actuado para que sea posible restablecer la legalidad del proceso. Además, le corresponde determinar cuál es la trascendencia directa que el yerro de actividad refleja en el fallo y por qué, de no haber mediado el mismo el desarrollo de la actuación sería otro y por consiguiente otra la decisión final, pues sólo así es factible demostrar que la irregularidad denunciada solo puede remediarse por el remedio extremo de la nulidad.”²

2.2. De regreso a la inconformidad planteada en el primer cargo de la demanda, de cara a la realidad que registra la actuación procesal, la Sala advierte que, si bien es cierto los aludidos intervinientes –Ministerio Público y representante de la víctima- interrogaron a los testigos, también lo es que ello por sí mismo no tuvo ninguna incidencia en el sentido de la sentencia. Por otra parte, no se advierte de qué manera, por haber tenido lugar los interrogatorios aludidos, tal práctica fue determinante para el sentido de la decisión de fondo. Véanse más a espacio estas afirmaciones:

El tema que propone el casacionista le permite a la Corte insistir en que cuando la nulidad constituye motivo de casación, es imprescindible que el razonamiento que sustenta el cargo acredite que la irritualidad detectada le generó al procesado un perjuicio evidente y trascendente que deba ser corregido en esta sede extraordinaria, con un efecto benéfico para el procesado. Así lo ha expresado la jurisprudencia:

“...imperla señalar que, aún cuando tiene dicho la Sala que la postulación de vicios de nulidad en sede de casación flexibiliza el rigor técnico que se espera de cualquier escrito que sustente el recurso extraordinario, ello por sí sólo no exime al demandante de deber de (...) demostrar la trascendencia directa que el yerro de actividad refleja en el fallo y por qué, de no haber mediado el mismo, el desarrollo de la actuación sería otro y, por consiguiente, otra la decisión final, pues sólo así es factible demostrar que la irregularidad denunciada solo puede remediarse por medio de la declaración de nulidad”³.

La postura reseñada deja en claro, entonces, que de la actuación procesal debe surgir con nitidez que la corrección de la irregularidad denunciada es idónea para conseguir un efecto benéfico cierto, no apenas hipotético, en el sentido del fallo, o al menos representar una mejora sustancial a la situación del procesado.

Vistos los derroteros anteriores, la Corporación encuentra que el argumento que sustenta no logra enseñar a la Sala los presupuestos necesarios para acceder a la petición que formula el demandante, pues si bien es cierto éste denuncia la irregularidad y atina a enseñar a la Sala los hechos en que se funda, también lo es que, de igual manera, admite que el Tribunal, no solamente no la pasó por alto, sino que la subsanó -sin necesidad de declarar la nulidad- y, además, profirió el fallo de segunda instancia con fundamento en las pruebas y consideraciones no contaminados por el vicio detectado. En otras palabras dicho, el libelista acredita el hecho, mas no su incidencia en el sentido del fallo, como tampoco un yerro relevante.

Para la Corte, lo dicho en precedencia significa que la anomalía referida no fue idónea para determinar el sentido de la decisión impugnada. O, visto de otra manera, el fallo recurrido encontró sustento por fuera del vicio pregonado, es decir que mantiene su validez aún al lado del hecho que el censor estima violatorio del debido proceso. Por lo tanto -insiste la Sala- el reproche formulado a través del cargo de

nulidad, si bien muestra un yerro de actividad, no demuestra -ni la Corte lo encuentra- cómo se reflejó en la parte dispositiva del fallo, como tampoco de qué manera la corrección de la irregularidad habría necesariamente de mutar la decisión de fondo.

Véase, en sustento de la conclusión anterior, que en verdad el ad-quem recriminó “el desacertado manejo de las partes e intervinientes de la técnica del interrogatorio”, al igual la permisividad de la funcionaria judicial (pág. 18, fallo de segundo grado); no obstante, precisó que ello no alcanzaba a invalidar lo actuado (pág. 17).

La anterior conclusión del fallador no significó en manera alguna el desconocimiento de la existencia de la irritualidad. Por el contrario, el juzgador se percató de aquella y, en consecuencia, impartió una solución razonable, cual fue la de preservar el principio de la igualdad de armas, a través del mecanismo de excluir de apreciación las pruebas y evidencias indebidamente practicadas. En tal virtud, entró a desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y el apoderado de las víctimas, con sustento en pruebas cuya práctica no afectó el principio de igualdad de armas, en otras palabras, acudió al mecanismo de la exclusión que tiene lugar ante la irregularidad en la práctica probatoria.

La Corte encuentra acertada la decisión del ad-quem, pues aunque es cierto que la intervención directa del apoderado de las víctimas en los interrogatorios que tienen lugar en desarrollo del juicio oral no hace parte del esquema acusatorio, también lo es que durante el propio curso del proceso, el Tribunal adoptó un mecanismo válido e idóneo para corregirlo, lo cual resulta acorde con los principios que rigen la declaratoria de las nulidades en la sistemática de la Ley 906 de 2004, en particular el de residualidad; de allí que la invalidación procesal no resulte aplicable al presente asunto, pues el director del proceso logró reponer el equilibrio desconocido -antes de que produjera un efecto perjudicial en la situación del enjuiciado- a través del mecanismo de

dejar sin efecto las pruebas irregularmente introducidas, al tiempo que apoyó sus razonamientos probatorios en medios de convicción legalmente aducidos en el juicio.

Ahora bien, el demandante lamenta que el sentenciador se hubiese abstenido de declarar la nulidad y, en su lugar, se hubiera limitado a dejar sin efecto la prueba ilegalmente practicada. En sustento de lo anterior, explica que el interrogatorio a los testigos por el apoderado de las víctimas y del Ministerio Público, no hace parte del sistema acusatorio, en otras palabras -dice- “esas no son las formalidades propias del juicio”, motivo por el cual solamente es procedente la nulidad, a efecto de solucionar el vicio.

Respecto del razonamiento del libelista, la Corte insiste en que la irregularidad, esto es la participación del apoderado de las víctimas y del representante de la Procuraduría en la práctica probatoria, no incidió en el resultado de la decisión. Y lo que es más relevante, admitido que los hechos que denuncia el impugnante en realidad tuvieron lugar, de todos modos, la solución implementada por el juez de conocimiento fue suficiente para eliminar los efectos nocivos del vicio y, por lo tanto, éste no generó mayores consecuencias.

Sobre el preciso asunto que aquí se debate, la Corporación se pronunció en decisión del 6 de marzo de 2008 (Rad. 28788), la cual -al contrario de lo que sostiene el recurrente- es aplicable al caso que aquí ocupa la atención de la Corte. En efecto, véase que en aquella oportunidad la Sala resolvió los siguientes cuestionamientos planteados por el recurrente:

“Señala [el demandante] que el juicio fue irregular porque se permitió a la apoderada de la víctima interrogar sin límites, porque los interrogatorios y contrainterrogatorios pueden ser realizados exclusivamente por el fiscal y la defensa.

Además de petitionar que se anule el juicio por violación del debido proceso al haberse autorizado a la apoderada de la víctima a interrogar, reclama que se le absuelva y,

subsidiariamente, en cuanto a la pena de prisión impuesta la califica como muy alta y la multa la considera impuesta sin motivación alguna.

Ante la intervención de la representante judicial de la víctima en los interrogatorios y contrainterrogatorios, (el defensor) reclama que por violación del principio de igualdad de armas, que se integra con el debido proceso y el derecho de defensa, se declare la nulidad del juicio porque se presentó un evidente desequilibrio de un defensor contra tres acusadores.”

Como se observa del anterior resumen de lo planteado en la demanda formulada en aquella pasada oportunidad, el fondo de la controversia es similar al que hoy se resuelve en esta providencia. Allí, la Corte expuso los siguientes razonamientos que aquí reitera por encontrar que la identidad en el supuesto de hecho al cual se aplica, así lo permite:

“Empece, de lo ocurrido, la Sala destaca que la irregularidad advertida por la defensa al momento de sustentar el recurso de apelación, no tiene la fuerza suficiente como para generar la nulidad del proceso por las siguientes razones:

En primer lugar se destaca que la estructura del proceso fue respetada. El juicio oral y su desarrollo adversarial se cumplió en términos generales porque tanto la acusación como la defensa cumplieron colmadamente su roles e hicieron pleno ejercicio de sus facultades.

En segundo término, el vicio no fue trascendente en tanto que el fallo no se fundamentó en el conocimiento que de los hechos se derivara de las preguntas presentadas por el Ministerio Público y la apoderada de la víctima y las respuestas dadas a las mismas por los deponentes. En términos generales y específicos se puede destacar que en el presente juicio todo el conocimiento de los hechos y la motivación del fallo de primera instancia, provinieron de lo preguntado por la Fiscalía y la defensa en las oportunidades que les fueron concedidas para interrogar y contrainterrogar a los deponentes.

Además, y en tercer lugar, en los momentos del juicio en que se presentaron las anormales intervenciones del Ministerio Público y la apoderada de la víctima, la defensa no encontró motivos para tachar las mismas y asintió permanentemente al señalar a viva voz que no tenía objeciones.”

El libelista aduce que el aludido pronunciamiento jurisprudencial no es aplicable ahora, pues en todo caso, existió “la violación del debido proceso por modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio”. Al respecto, dígase que el razonamiento así presentado olvida que –tanto en el caso presente, como en aquel que la Corte resolvió en la decisión en cita – de ninguna manera se ha desconocido que la anomalía denunciada haya tenido existencia.

No obstante, la Corporación insiste, una vez más, en que la solución implementada por el sentenciador, cual fue la de excluir de valoración la prueba irregularmente aducida, fue idónea para corregir el desequilibrio denunciado y, más aún, para evitar que aquel tuviera efecto alguno en la decisión de fondo; es así que puede decirse que, en principio, la activa intervención del representante de la víctima está vedada en el proceso acusatorio que regula la Ley 906 de 2004; no obstante, es necesario precisar que en este caso, la irregularidad pregonada recae específicamente sobre la práctica probatoria, motivo por el cual no tiene el alcance que sugiere el recurrente, y es por ello que la solución al yerro no es otra que la exclusión de lo indebidamente introducido en la etapa probatoria del juicio, conservando en todo caso su carácter adversarial, como así lo exige la estructura del sistema acusatorio, y tal como en este caso particular lo hizo el sentenciador.

Por lo tanto, al subrayar el recurrente la irritualidad pregonada y decir que “esas no son las formas propias del juicio”, no logra más que compartir la premisa de la Corte, pero no demuestra –y la Corporación no lo avizora– cómo el mecanismo de corrección de la irregularidad no fue suficiente para corregir la falta y mantener intactas

las garantías de los intervinientes, en otras palabras que la corrección adoptada condujo al resultado adverso a los intereses del procesado.

Por otra parte, la Sala estima necesario insistir, respecto de la petición del recurrente en el sentido de anular parte de lo actuado, que, como ya lo ha fijado, si en el origen del vicio que tiene efectos en el debido proceso existe una ilegal aducción probatoria, el remedio no es la invalidación de parte de lo actuado, sino la exclusión de la prueba ilegalmente introducida, con el fin de detener sus efectos perjudiciales. Así lo expresó la Corte en el caso que se viene de citar:

“Adicionalmente, la Corte tiene dicho desde antaño que la ocurrencia de una irregularidad respecto de una prueba eventualmente afecta el medio en cuanto tal pero no tiene el efecto de generar la nulidad del proceso “[L]os vicios predicables de la aducción probatoria no implican, de suyo, la invalidación de todo lo actuado en un determinado proceso, por más que se invoque como infringido el artículo 29 de la Carta Política, pues cuando en esta disposición superior se prescribe que es nula de pleno derecho la prueba practicada con violación al debido proceso, es claro que se está refiriendo al fenómeno de la inexistencia de los actos procesales, cuyos efectos invalidantes se surten sobre la prueba en sí misma, sin que fatalmente deban trascender al resto de la actuación, pues la solución político-jurídica a este tipo de irregularidades es su no apreciación como medio de convicción, es decir, que sin que se requiera pronunciamiento judicial no puede producir efecto jurídico alguno, careciendo de poder vinculante en la actuación, siendo, por tanto, la causal primera⁵ la correcta para sustentar esta clase de ataques, debiéndose demostrar que en la producción de la prueba se desconocieron los requisitos legales para su validez y además, que de descartarse para su valoración el fallo sería distinto” (Sentencia del 20 de abril de 1999, radicado 14143. En el mismo sentido sentencia de casación de 2 de noviembre de 1993, radicación 7423), más cuando en el presente asunto no se observa que las pruebas admitidas y los testimonios recepcionados puedan ser calificados como prueba ilícita o ilegal La Sala considera que

las únicas pruebas que generan la nulidad de la actuación procesal son aquellas obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial”⁶(subraya la Sala en esta oportunidad).

Lo anterior significa que la solución a la inconformidad planteada por el recurrente no es otra que la negación de todo efecto a la prueba ilegalmente practicada, remedio que –insiste la Corporación– el Tribunal adoptó oportunamente, motivo por el cual –una vez más– la naturaleza adversarial del juicio no se vio afectada.

En conclusión, la irritualidad pregonada no genera un vicio relevante en el debido proceso o en el derecho de defensa.

En consecuencia, el cargo principal no prospera.

Primer cargo subsidiario.

3. En sustento de éste el libelista sostiene que, en contra de expresa prohibición legal, el sentenciador fundó la decisión condenatoria exclusivamente en prueba de referencia, en particular en el dicho de la madre del menor y en la prueba pericial.

3.1. El planteamiento del reproche por vía del error de derecho, en la antes muy escasa modalidad de falso juicio de convicción, es acertado, pues, como de antaño lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala, el sentenciador puede llegar a transgredir la ley sustancial como consecuencia de incurrir en alguno de los errores de derecho, es decir, en equivocaciones relacionadas con el proceso de formación de la prueba o bien, con su poder demostrativo. Al respecto, ha distinguido dos modalidades, las que corresponden al falso juicio de legalidad y el falso juicio de convicción. Sobre la definición de cada uno de estos yerros, la Corporación ha dicho lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corte se ha orientado por sostener que en técnica casacional

deben ser distinguidos los errores de apreciación probatoria que guardan relación con el proceso de formación de la prueba, de los que tienen que ver con su eficacia, pues se trata de yerros de naturaleza distinta que no pueden ser tratados como si ambas especies constituyeran manifestaciones del error de derecho por falso juicio de legalidad.”

“En este sentido ha precisado que el ordenamiento jurídico contiene normas que regulan la incorporación de la prueba al proceso desde el punto de vista puramente formal (producción formal de la prueba), y normas que preestablecen su mérito probatorio o su eficacia jurídica. Cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, desconoce las primeras, incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad; cuando desconoce las últimas, en uno de derecho por falso juicio de convicción.”

“En las hipótesis de error de hecho por falso juicio de convicción, el juzgador, a diferencia de lo que ocurre con la categoría de los errores de derecho por falso juicio de legalidad, parte del supuesto de que la prueba fue debidamente incorporada al proceso, y por ende, que es jurídicamente válida, pero se equivoca al valorarla frente a la tasación que de su mérito persuasivo hace la ley, o en la determinación de su eficacia jurídica, regulada también por la ley (cfr. cas. de feb. 27/01. Rad. 15402).”⁷

Es precisamente la última de las modalidades del error de hecho, esto es un falso juicio de convicción, lo que postula el censor a través del primer cargo subsidiario, en la medida en que en el centro de su razonamiento se dice que el legislador ha prohibido que la decisión de condena se edifique sobre la denominada prueba de referencia, lo que no es otra cosa que una tarifa probatoria que se impone en la apreciación reglada de ese clase de prueba testimonial.

3.2 Ahora bien, en lo referente al fondo del argumento que propone el demandante, la Corporación encuentra que éste parte de un yerro que da al traste con la demostración del

vicio denunciado, así como con la pretensión formulada. Lo anterior, por cuanto olvida que las pruebas reseñadas -el testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTTOYA y la prueba pericial- no son de referencia, en el sentido en que lo entiende el legislador de 2004, en los siguientes términos:

“ ARTÍCULO 437. NOCIÓN. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

El aserto precedente encuentra apoyo en que -como lo permiten ver los registros del juicio, de cara a la regulación legal reseñada- a través de su declaración, la madre del

menor refirió lo que de manera directa y personal pudo percibir del comportamiento de su hijo, es decir, actitudes y expresiones que, ponderadas por el juzgador según las reglas y protocolos fijados por las ciencias que estudian el comportamiento humano, le resultaron compatibles con abuso sexual.

Por otra parte, la intervención en el juicio del experto en psiquiatría fue el mecanismo para introducir al juicio una pericia, medio de prueba de naturaleza científica pues, como tal, involucra conocimientos técnicos en su práctica y conclusiones. De allí que pueda afirmarse que el dicho del profesional de la salud mental, como tampoco su estudio científico allegado, no configuran en este caso pruebas de referencia⁸.

Y aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de este último, ello no permite calificarlo como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Naturalmente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos particulares del caso, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular -en este caso, el comportamiento humano, en particular el de los menores que han sido víctima de abuso sexual- le permite al funcionario judicial comprenderlos en su verdadero contexto. En

consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en psicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido.

Fenómeno similar al anterior tiene lugar con el reconocimiento médico legal de lesiones personales, pues uno de sus elementos es la anamnesis del examinado, expresión que corresponde al relato que de los hechos hace este último. No obstante, como es sabido, ello no permite tener el peritaje de lesiones personales como prueba de referencia, pues su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que el legista percibe.

Ahora bien, una interpretación en el sentido de que los expertos en psicología y psiquiatría que examinan a la víctima resultan ser testigos de referencia, deja ver una confusión entre los conceptos de testigo perito y testigo técnico, aspecto que conviene distinguir con apoyo en la jurisprudencia de la Corporación:

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

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.”⁹

Así, en tratándose del denominado testigo técnico –según la anterior distinción-, se dirá que éste puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se trata de introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del perito, pues éste

interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su propio estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad.

Por lo tanto, la realidad probatoria de la actuación permite ver con claridad que el juicio de condena no se soporta en prueba de referencia, pues ni el testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTTOYA, como tampoco el testimonio rendido en el juicio oral por los expertos en psicología y psiquiatría, a través del cual se introdujo la prueba pericial, constituyen la prueba de referencia a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el juzgador apreció su contenido.

Es necesario reiterar que en verdad la Corte observa que los profesionales referidos no presenciaron los hechos sino que realizaron una valoración al menor y, en tal virtud, apoyaron las conclusiones de su estudio en el juicio oral, esto es, aportaron su conocimiento científico, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 estatuto penal adjetivo.

Más aún, sobre la naturaleza del testimonio del perito psicólogo o psiquiatra, la Corporación ha dicho:

“De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de (...), como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.”

Así, al resolver la misma inquietud que aquí plantea el censor, expresó lo siguiente:

“... todos los profesionales que valoraron a (...) rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de

ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de (...) negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso¹⁰.”

En consecuencia –insiste la Sala-, la censura planteada a través del segundo cargo parte de un fundamento equivocado, motivo por el cual no logra desvirtuar la presunción de acierto y legalidad que ampara la decisión impugnada.

3.3. Ahora bien, el primer cargo subsidiario, cuyo estudio ocupa la atención de la Sala, avanza en su argumentación al sostener que el fallador incurrió en un falso juicio de convicción porque, en contravía con lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, apoyó la sentencia sobre prueba de referencia, concretamente en el dicho de los peritos siquiátricos que examinaron al menor, y en el testimonio de la madre.

No obstante, si, como lo ha fijado la Corporación y según lo visto en precedencia, el testimonio de los peritos y las atestaciones de la madre del menor abusado no son pruebas de referencia, entonces en sana lógica, el argumento que sustenta el cargo surge viciado, porque parte de supuestos inexistentes pues no cumple con demostrar que los aludidos medios de convicción constituyen pruebas de referencia, razón por la cual, ninguna irregularidad existe en que, al lado de otros elementos de juicio, aquellos hubiesen contribuido a construir el juicio de condena.

En consecuencia, el primer cargo subsidiario por falso juicio de convicción no prospera.

Segundo cargo subsidiario.

4. Por último, el censor alega que el juzgador incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad al apreciar la prueba pues no advirtió que el menor negó haber sido abusado, así como en falso raciocinio, toda vez que no tuvo en cuenta que la declaración de la madre adolece de yerros de lógica y el testimonio del menor no fue recibido según lo aconsejan las reglas que se aplican a esa clase de diligencias.

La vía de ataque seleccionada, le permite a la Corte recordar que el fallador puede llegar a incurrir en falso juicio de identidad cuando, al apreciar la prueba, distorsiona su contenido fáctico por una cualquiera de las siguientes razones: “(1) porque le hace agregados que no corresponden a su texto (distorsión por adición), (2) porque omite tener en cuenta aspectos importantes del mismo (distorsión por cercenamiento), y (3) porque altera su texto (distorsión por transmutación).”¹¹ Este es un yerro de carácter objetivo contemplativo, el cual recae sobre el contenido o expresión fáctica de la prueba.

Por otra parte, el error de hecho, en su modalidad de falso raciocinio, tiene lugar cuando, al otorgar poder suasorio a los medios de convicción, el sentenciador contraría las leyes de la lógica, de la ciencia, de las máximas de la experiencia o del sentido común. Así, cuando el censor reprocha la apreciación probatoria por esta vía, le corresponde:

“indicar cuál fue la ley de la lógica, el principio de la ciencia y/o la máxima de la experiencia vulnerada, de qué manera lo fue y su incidencia con la parte dispositiva de la sentencia... surge indispensable que el censor enseñe y demuestre el vicio que le enrostra al juzgador, habida cuenta que la simple discrepancia de criterios no constituye yerro para ser atacado en esta sede, puesto que el juzgador goza de libertad para justipreciar los medios de prueba, sólo limitado por los postulados que informan la sana crítica.”

“En lo atinente a la trascendencia del error en la apreciación probatoria, necesario es que el casacionista tenga para el efecto todos los medios de prueba que sustentaron el juicio de condena, en la medida en que si el mismo resulta inane, la sentencia permanecerá incólume.”¹²

4.1. Vistos los derroteros anteriores, la Corte encuentra que la apreciación probatoria realizada por el juzgador no adolece de los yerros que el demandante pregoná. En efecto, si bien es cierto la interpretación probatoria que ofrece el recurrente puede ser plausible, de todos modos no logra demostrar que el juzgador hubiese incurrido en desconocimiento a la identidad de la prueba o en trasgresión a las máximas de la sana crítica.

Véase, en primer lugar, que el fallador sí advirtió que el menor en verdad negó la manipulación sexual, y así lo expresó en la sentencia: “el menor indistintamente niega que su padre lo haya manipulado”. No obstante, enseguida, con apoyo en la exploración que realizó al niño la sicóloga MÓNICA PATRICIA VEJARANO, llegó a la conclusión opuesta, en la medida en que encontró que durante el examen practicado el menor expresó: “por el rabito, mi papá me molesta así, por el rabito... es un palito parado”, lo que acompañó -adujo el Tribunal en el fallo- con una respuesta emocional, diciendo ayayai y aclarando que el acusado iniciaba el juego diciendo ¿quién le juega a mi palito” (pág. 22, 29, decisión del ad-quem).

La anterior conclusión que el casacionista cuestiona la sustentó el sentenciador, además, en la apreciación de las fotografías anexas a la entrevista, de las cuales hizo notar: “la forma como el niño, posteriormente esquematizó el juego, acostando el muñeco que lo representaba y aparece su padre parado atrás, con un palo de plastilina azul, de ostensible longitud”.

Ahora bien, el Tribunal, así como también lo advierte el impugnante, tomó en

consideración la extensión de la entrevista y la manera en que la sicóloga dirigió las preguntas -de allí que no se configura un falso juicio de identidad-, pero a esas circunstancias no les dio la trascendencia necesaria para desvirtuar la incriminación, como lo reclama el censor. Y en ello la Corporación no encuentra violación alguna a las máximas de la ciencia, pues es en últimas al funcionario judicial a quien le corresponde apreciar la prueba de esta naturaleza.

En tal virtud, aunque -se insiste- es cierto que el fallador ponderó algunos aspectos antitécnicos del desarrollo de la entrevista, también lo es que subrayó la seguridad y espontaneidad en las afirmaciones del menor, como también su respuesta emocional, cuando en la entrevista se escucha: “¿y alguien ha tocado tu colita? ... si, mi papá... ¿y cómo ha tocado tu colita? ... con el palo ... ¿cómo es que tu papi te toca con el palo? ... aquí ... ¿en la colita? ... si ¿y, dónde pasa eso? ... en el cuarto...; también es evidente -continúa el razonamiento del Tribunal- que se escucha claramente la respuesta emocional del niño, con la expresión ayayai” (pág. 30 de la decisión de segunda instancia).

Significa lo anterior que el juzgador no vio de qué manera algunas circunstancias que rodearon la práctica de la entrevista al menor -las mismas que en esta sede invoca el censor, cuales fueron la extensión de la entrevista, la insistencia en las preguntas formuladas y la negativa del niño a admitir el abuso- pudieron alterar sus conclusiones, al punto que le impidieran deducir la manipulación sexual por parte del procesado HERNÁNDEZ ANDRADE. Y en ello, para la Sala, no existe exceso en la facultad de apreciación que le asiste al funcionario judicial, quien puede otorgar mérito a aquella parte de la prueba que le traiga certeza en un determinado sentido y negárselo a la otra que apunte en sentido contrario, como de manera reiterada lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala, de la siguiente manera:

“De acuerdo con el sistema de valoración probatoria consagrado en la ley, el deber del

juzgador de apreciar en su totalidad el conjunto probatorio no puede oponerse a la facultad que tiene de desestimar todo aquello que no le dé certeza de lo que en el proceso se pretende probar. Por ello es completamente viable que en ese ejercicio tome solo una porción del testimonio y deseche lo demás, sin que se puedan elevar a la categoría de errores de apreciación probatoria los juicios del sentenciador a través de los cuales establece el mérito de los elementos que sustentan el fallo, salvo que se pretenda demostrar que las conclusiones a las que llegó no son acordes a la sana crítica, único postulado al que está sometido”¹³

4.2 Para ahondar en razones, es preciso tener en cuenta que circunstancias como las que precisa el recurrente, como fueron la extensión de la entrevista, lo cual -al decir de los peritos- superó la duración aconsejable -y por ello, según el libelista, a las manifestaciones allí vertidas no se les puede otorgar suficiente credibilidad-, así como la insistencia en las preguntas, deben ser consideradas de manera especial.

Lo anterior, por cuanto sabido es que -en el marco de sistema acusatorio- las entrevistas que se llevan a cabo con menores de edad en la Cámara de Gesel adolecen de los formalismos, ritos y rigorismos que caracterizan las diligencias judiciales que se ordinariamente se adelantan oralmente, bajo el principio de inmediación y con intervención de los sujetos procesales.

De allí que la insistencia en los cuestionamientos formulados, o el posible exceso en la duración de una ‘diligencia probatoria’ que en la práctica -y al entendimiento del menor entrevistado- se caracteriza por ser más bien una actividad relajada, informal, en medio de la cual un experto en el comportamiento infantil dialoga con un niño sobre hechos que interesan al proceso -la mayoría de veces en torno a actividades lúdicas o en circunstancias apropiadas para la edad y condiciones del niño- no necesariamente se convierte, sin más, en un factor apto para desestimar la veracidad de las expresiones del entrevistado, lo cual el funcionario de la

causa es el llamado a ponderar. De manera que ni la insistencia en los cuestionamientos o la extensión de la entrevista son aspectos que, por sí mismos, sean idóneos para predicar una ilegalidad ostensible en la apreciación probatoria del juzgador.

4.3 Por otra parte, no sobra recordar aquí la postura de la Sala en lo referente a la apreciación del dicho del menor de edad, víctima de abuso sexual¹⁴:

“Es más, como se precisa en la anterior providencia¹⁵, 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 sexuales¹⁶.

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 pueden 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 ejemplo, 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...”¹⁷.

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 –sigue la cita jurisprudencia el comentario–, 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 sicología, 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)”¹⁸ . (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 discriminatoria¹⁹”.

El recuento jurisprudencial precedente encaminado a subrayar el pensamiento de la Corte en lo referente a las especiales calidades del dicho de los menores víctimas de abuso sexual permite concluir en que el sentenciador, en el caso que ocupa su atención, no vulneró las reglas de la sana crítica al apreciar las palabras, comportamientos y actitudes del niño A.H.G., toda vez que, conforme su ponderación, les concedió el alcance y poder suasorio ajustado a lo informado por el conjunto probatorio.

4.4 Por otra parte, en lo que tiene que ver con la apreciación por el fallador del testimonio de la señora LILIANA GÓMEZ MONTOYA, madre de la víctima, la Corte estima que los reproches que trae el recurrente en su demanda no resultan idóneos para derribar al interpretación planteada por el Tribunal.

Es así que, admitir en esta sede –como lo reclama el impugnante– que la denuncia de la madre tuvo por objeto perjudicar al procesado por cuenta de las diferencias irreconciliables que sostenía con él, o bien que la respuesta emocional del niño frente a la manipulación que refirió pudo tener origen en un hecho externo, son hipótesis que para el fallador no pasaron desapercibidas –de allí que no se configure un falso juicio de identidad–, pero las apreció de manera diversa a los intereses defensivos. Otro tanto ocurre respecto de las palabras del menor al negar, en un momento dado, el abuso,

pues el juzgador aún cuando advirtió esa negativa, de todos modos la desvirtuó al apreciar de manera conjunta la prueba del proceso.

De manera que -insiste la Sala- las interpretaciones probatorias que trae el impugnante con la pretensión de que en esta sede extraordinaria se las considere de manera distinta a la del juzgador de instancia no son por sí mismas idóneas para acreditar los ostensibles errores de hecho por falso juicio de identidad o falso raciocinio que denuncia, razón por la cual los hechos en que se fundan no son suficientes para permitir la mutación del sentido del fallo.

La anterior conclusión puede hacerse extensiva al razonamiento que esgrime el demandante para oponerse a la apreciación plasmada por el Tribunal en el sentido de que la madre de la víctima LILIANA GÓMEZ MONTOYA no tenía ningún elemento de juicio para deducir que LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE abusara de su hijo por el mero hecho de que el niño se rascara la nalga, motivo por el cual -estima el demandante- la atestación de la madre adolece de una causa falsa.

Una vez más, ello resulta ser una apreciación del censor, válida como razonamiento de instancia, pero inidónea en esta sede para enseñar a la Corte el desconocimiento de reglas de la lógica, la experiencia o de la ciencia.

Al respecto, nótese que el juzgador de segundo grado plasmó el dicho de la madre del menor de la siguiente manera: “sostiene la aludida testigo que el cuatro de octubre de 2005, el niño manifestó que le rascaba la colita, cuando ella quiso observarlo, lo impidió y le manifestó que su papá jugaba con el palito negro y se lo ponía en la colita y en la boca, situación que le reiteró al día siguiente.”

Es así que, para el Tribunal, las palabras y actitudes del niño condujeron a su madre a sospechar un posible abuso sexual, apreciación del fallador que por parte alguna desconoce máximas de la sana crítica, en particular reglas del sentido común, menos aún cuando el

curso probatorio del proceso permitió demostrar que, aquello que en principio pudo ser una mera sospecha de la madre -que eventualmente hubiera podido calificarse como exagerada, aún si se compartiera, en gracia de discusión, el razonamiento del impugnante- resultó corroborada por el estudio de la sicóloga que valoró al niño.

Además de lo anterior, téngase en cuenta que el sentenciador subrayó la actuación prudente y desprevenida de la madre, pues aquella procedió a verificar la veracidad de lo que su hijo le narró, lo cual constituye un elemento de juicio más que permite ver que, según el razonamiento del ad-quem, aquella, en actitud ponderada, se dio a la tarea de corroborar, en primer lugar, la hipótesis del abuso sexual, y solamente cuando tuvo ese convencimiento elevó la denuncia.

Más aún, respecto de este aspecto en particular, el fallador acudió a una regla de experiencia, encaminada a insistir en la veracidad del testimonio de GÓMEZ MONTOYA, regla de experiencia de la cual el censor no logra demostrar una aplicación ilegal. Fue así, entonces, que el Tribunal expresó que si la madre tuviera un interés torcido para denunciar el hecho punible, no se hubiera dado a la tarea de confirmar si en realidad había existido el abuso sexual. Por lo anterior -una vez más-, la Sala llega a la misma conclusión, esto es, que a la madre del menor no le faltaron razones para denunciar los hechos objeto de este proceso, ni le asistió un interés insano para formular la denuncia (pág. 23, 26, decisión de segundo grado).

Ahora bien, la apreciación del Tribunal, particularmente su ponderación del testimonio de la progenitora de la víctima, no constituye para la Sala desconocimiento de las reglas de la lógica o el sentido común; en efecto, que la madre hubiese sospechado alguna clase de maniobra sexual en su hijo cuando escuchó que éste le refirió una molestia física localizada, se negó a ser examinado y mencionó que su padre lo somete 'al juego del palito negro... en la colita', para cualquier individuo que conozca la realidad que se vive en este tiempo y lugar -más aún para una madre- un

conjunto de circunstancias como las descritas merece sospechar e indagar por una posible manipulación sexual, sin que una tal suspicacia pueda razonablemente calificársela como manifiestamente exagerada o infundada, en especial si se tiene en cuenta -según se vio en el estudio psicológico arriba citado- las particulares circunstancias que concurren en el dicho de los niños en aquellos eventos que refieren abusos sexuales .

Y aún cuando se admitiera que el dicho de LILIANA GÓMEZ MONTOYA adolece de inconsistencias de lógica formal, el razonamiento que argumenta el cargo no permite apreciar la trascendencia de esa circunstancia, comoquiera que, al lado del dicho de aquella, también la prueba pericial y la entrevista al ofendido concurren a sostener la inculminación.

En consecuencia, el argumento que desarrolla el segundo cargo subsidiario no alcanza a demostrar a la Sala cómo los motivos sobre los cuales el ad-quem edificó la credibilidad que le otorgó al dicho de LILIANA GÓMEZ MONTOYA o las apreciaciones que lo condujeron a conceder credibilidad a los estudios realizados por los psicólogos que examinaron al niño, resultan ser ostensiblemente ilegales.

Es por lo anterior, que el segundo cargo subsidiario no prospera.

5. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala resume su conclusión en el sentido de que los cargos principal y subsidiarios postulados y desarrollados por defensor del procesado LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE no prosperan, motivo por el cual se abstendrá de casar la sentencia recurrida.

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

R E S U E L V E

1. NO CASAR el fallo impugnado por el apoderado del procesado LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE.

2. Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

3. Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

PERMISO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 El 27 de junio, el Juzgado de Conocimiento dio inicio a la audiencia de formulación de acusación, resolviendo sobre la petición de nulidad formulada por la defensa, mientras que el 12 de octubre, se llevó a cabo el acto de la formulación de acusación, propiamente dicho.

2 Sentencia de 18 de noviembre de 2004, radicación No. 21850

- 3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 7 de marzo de 2006, radicación No. 24132.
- 4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicación No. 27801.
- 5 Artículo 207-1 de la Ley 600 de 2000, 181-3 del Estatuto de 2004.
- 6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 7 de julio de 2006, radicación No. 21529.
- 7 Sentencia de 26 de abril de 2004, radicación: 24909
- 8 En el mismo sentido, sentencia del 29 de febrero, radicación No. 28257.
- 9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128
- 10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257
- 11 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 27 de 4 mayo de 2003, radicado 19.812.
- 12 Auto de 13 de febrero de 2008, Rad: 26017
- 13 Sentencia de 16 de noviembre de 2001, Rad: 14361
- 14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de enero de 2006, radicación No. 23706
- 15 Sentencia del 29 de julio de 1999; rad. 10615. .

- 16 “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.
- 17 “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”.
Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.
- 18 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005.
- 19 Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.