

Proceso n.º 35080

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 162.

Bogotá, D.C., once de mayo de dos mil once.

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de julio de 2010, en el cual se revocó la decisión condenatoria de primera instancia, proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito de esta ciudad el 20 de abril de 2010, y en su lugar absolvió al procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo sucesivo, por el cual lo acusó la Fiscalía General de la Nación.

H E C H O S

A eso de la una y treinta de la tarde del 20 de agosto de 2008, cuando se hallaba en el parque Canta Rana de la localidad de Usme, comprensión territorial de Bogotá, el menor M.A.C.C., quien a la sazón descontaba diez años de edad, fue conducido mediante engaños por uno de los vigilantes del lugar, ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, hasta la zona boscosa donde, a más de instarlo a observar vídeos de corte pornográfico guardados en su celular, lo accedió carnalmente, por vía anal, en dos ocasiones, para finalmente

recompensarlo con la suma de quinientos pesos y una cometa.

Como la víctima diera a conocer a su madre lo sucedido, ésta instauró la correspondiente denuncia penal el 11 de octubre de 2008.

ACTUACIÓN PROCESAL

Acorde con lo denunciado, se solicitó y obtuvo por parte de la Fiscalía, orden de captura en contra de ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, que se hizo efectiva el 20 de mayo de 2009.

Ese mismo día, ante el juzgado 21 Penal Municipal de Bogotá, con funciones de control de garantías, se legalizó la aprehensión del indiciado, le fueron imputados cargos por el delito de acceso carnal abusivo agravado conforme la causal cuarta del artículo 211 del C.P., a los cuales no se allanó, y se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 29 de abril de 2009, la Fiscalía 196 Seccional de Bogotá, presentó escrito de acusación. En consecuencia, el 15 de julio de 2009, se realizó, ante el juzgado 21 Penal del circuito de Bogotá, la audiencia de formulación de acusación en la cual se atribuyó al procesado el delito, en concurso homogéneo y sucesivo, de acceso carnal abusivo con menor de 14 años -artículo 208 del C.P.-, agravado -artículo 211-4 ibídem-.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 31 de julio de 2009.

El 25 de septiembre de 2009, se realizó la audiencia de juicio oral, a cuya terminación la directora del debate anunció sentido de fallo condenatorio.

El incidente de reparación integral se desarrolló en audiencias realizadas los días 7 de octubre y 5 de noviembre de 2009, y el 10 de marzo de 2010.

El 20 de abril de 2010, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se condenó al acusado.

En la diligencia interpusieron el recurso de apelación el defensor y su asistido.

El 29 de julio de 2010, se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal revocó lo decidido por el A quo, y en su lugar absolvió al procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, de los cargos formulados en su contra, por estimar que si bien, el menor comporta absoluta credibilidad en sus dichos, la demostración del acceso carnal requería de prueba pericial que no fue allegada por la Fiscalía.

En contra del fallo de segunda instancia presentó escrito de casación la Fiscal encargada de la acusación.

Concedido el recurso, la carpeta fue repartida a la magistratura de la Corte, el 30 de septiembre de 2010. El 21 de octubre siguiente se declaró ajustada la demanda, fijándose la fecha de realización de la audiencia de sustentación.

El 27 de abril de 2011, tuvo lugar la audiencia de sustentación.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Después de relacionar los hechos, los argumentos presentados por las partes y las pruebas recopiladas, el fallo advierte que los elementos materiales de prueba recopilados, junto con los testimonios y evidencias físicas determinan demostrado que el acusado ejecutó la conducta por la que se le llamó a juicio.

En particular, el fallo significa que el testimonio de la víctima señala claramente al procesado como la persona que lo hizo objeto de agresión sexual, aspecto corroborado por la psicóloga encargada de evaluarlo y el padre del menor, en cuanto ratifica su presencia

en el parque Canta Rana y cómo en determinado momento lo perdió de vista.

También incriminatorio estimó la primera instancia el testimonio del vigilante Juan de Jesús Romero, en razón a que confirma haber escuchado de boca del menor que otro de los vigilantes lo había sometido a vejamen sexual, razón por la cual le aconsejó notificar de ello a sus padres. Incluso, agrega la sentencia, el declarante confirma que el día de los hechos vio descender de la parte alta de la montaña a la víctima, precedida del procesado.

Esos elementos suasorios, en su conjunto, otorgan plena credibilidad a lo dicho por el menor, acota el fallo de primera instancia, agregando que la situación sicológica detectada por los profesionales de la salud, confirma que este no consintió la relación sexual, sino que fue engañado para el efecto, e incluso hubo de recibir tratamiento quirúrgico por las lesiones padecidas en la zona genital.

En torno de la credibilidad intrínseca de lo expresado por el menor, anotó el A quo, que sus dichos emergen congruentes y coincidentes en las varias versiones rendidas, refiriendo todos los detalles particulares de la agresión sexual que por vía anal hubo de padecer.

Así mismo, cita el fallador de primer grado jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, atinente a la credibilidad que comportan los testimonios de menores de edad víctimas de abuso sexual.

De todo lo anotado concluyó el A quo demostrados los presupuestos necesarios para emitir sentencia de condena en disfavor del procesado.

Por ello, procedió a dosificar la pena dentro de los límites punitivos del artículo 208 del C.P., ubicándose en el cuarto mínimo de movilidad, esto es, entre 144 y 168 meses de prisión, dado que el procesado carece de antecedentes penales y no se definió ninguna circunstancia de mayor punibilidad.

Dada la gravedad y efectos del delito, que condujeron a que el menor deba ser atendido psicológicamente y haya necesitado de operación quirúrgica en pene y ano, se definió en 150 meses de prisión la pena de prisión, que se incrementó en 20 meses más por el otro delito sucesivo y homogéneo concurrente.

Cabe aclarar que en la dosificación punitiva se eliminó la causal de agravación contemplada en el numeral 4° del artículo 211 del C.P., en tanto, consideró el fallador que en este caso opera la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional de lo pertinente de la Ley 1236 de 2008, en la Sentencia C-521 de 2009.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se estableció en término igual a la pena de prisión. Se ordenó el pago, a título de perjuicios morales y materiales, conforme lo probado en el incidente de reparación integral, de la suma de \$600.000 y el equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales, respectivamente; y se negaron al acusado los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El fallo de segundo grado resume los antecedentes fácticos y procesales, junto con lo plasmado en el fallo apelado y el motivo de inconformidad manifestado por el apelante, defensor del procesado.

Ya luego significa que la teoría del caso de la Fiscalía se basó en la credibilidad dada al testimonio de la víctima, a su padre y al compañero de labores de vigilancia del acusado, todo ello corroborado por la sicóloga al servicio de la SIJIN.

A renglón seguido, se transcribe conocida jurisprudencia de la Corte atinente al valor del testimonio de los menores¹.

Luego de advertir cómo el defensor trata de desvirtuar la credibilidad de los testigos de cargos al resaltar las inconsistencias que presentan sus dichos, el Tribunal critica que la Fiscalía hubiese desistido de presentar en el juicio oral a los médicos que evaluaron y trataron a la víctima.

Ello "...porque eran dichos profesionales los que de manera contundente hubiesen determinado si el niño había sido objeto de penetración anal por parte del procesado".

Hecha esa precisión, el Tribunal se ocupa de examinar el principio de congruencia, citando para el efecto jurisprudencia de la Sala, hasta concluir que el Fiscal "...de conformidad con la prueba practicada o introducida durante el juicio oral y público podía modificar la calificación jurídica provisional del delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, constituido en acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, con irrestricto respeto de la imputación fáctica contenida en la acusación, teniendo incluso la oportunidad de modificar los cargos a simple acto sexual con menor de catorce años que también se vislumbraba..."

Dice el Ad quem, a su vez, que lo expresado por la víctima comporta plena credibilidad y es respaldado por la sicóloga de la Policía.

Empero, en sentir del Tribunal "...el dicho de la víctima no otorga por sí mismo el requisito de estricta tipicidad cuando se trata de adecuar dicho comportamiento delictual, sino que requiere de un aspecto complementario a través de otros elementos de juicio, como ya lo observara la Sala al criticar la renuncia de la Fiscalía a escuchar a los galenos que hicieron reconocimiento y tratamiento médicos al menor ofendido y la introducción de esos resultados."

Agrega que en razón de la gravedad de la conducta descrita por el menor y la alta pena que comporta, "sin demeritar el dicho del menor", era "necesaria y obligada la

recepción de la prueba que respaldara dicha implicación”.

Dice el Ad quem que “la experiencia” enseña cómo los menores que son víctimas de delitos sexuales, describen las maniobras padecidas afirmando que fueron accedidos por el ano, cuando en realidad, gracias a las experticias médicas, se comprueba que no existió penetración, cuando más un roce o manipulación.

En razón de ello, prosigue el Tribunal, la Fiscalía debió solicitar y presentar las pruebas técnicas necesarias para corroborar si hubo o no penetración, dado que el testimonio de la víctima carece de virtualidad para fundamentar la tipicidad del hecho “porque no es una conclusión absoluta”.

Acorde con lo expuesto, por considerar que no se halla demostrada la tipicidad del hecho y como quiera que el Fiscal no varió su solicitud de condena hacia una conducta de acto sexual abusivo, el Ad quem emitió sentencia absolutoria a favor del acusado, disponiendo la libertad inmediata del procesado.

LA DEMANDA

La demandante, Fiscal delegada para el asunto, formula un solo cargo en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá.

Cargo único

Recorre la casacionista a la causal tercera consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, violación indirecta de la ley sustancial “por manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, dimanante de ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN”, dado que a pesar de reconocer el Tribunal que lo dicho por la víctima reviste credibilidad, sostuvo que para demostrar el acceso carnal por vía anal, debía aportarse valoración médico –sexológica, a

través de perito adscrito a Medicina Legal, tarifa que carece de soporte legal.

En desarrollo del cargo la recurrente significa cómo en Colombia rige un sistema de apreciación probatoria fundado en la sana crítica, que faculta acudir a cualquier medio legal para demostrar el objeto del proceso.

Sin embargo, agrega, el Tribunal exigió un específico medio que demostrara el acceso carnal padecido por la víctima, a pesar de señalar que lo dicho por el afectado es creíble y que ello es ratificado por la psicóloga. Al efecto, transcribe un amplio apartado del fallo de segundo grado, donde expresamente el Ad quem advierte que ese tipo de vejamen se prueba "...mediante los hallazgos físicos en la víctima, los cuales deben ser reconocidos por un especialista que para el caso era el Médico Perito de Medicina Legal o el Médico del Hospital Meissen..."

Asevera la casacionista, de otro lado, que no es cierto poseyera su oficina la supuesta prueba contundente del acceso, dado que el médico encargado de valorar físicamente al menor advirtió que en razón a realizarse el examen 20 días después de los hechos, no es posible determinar si hubo o no penetración anal, ya que de haberse presentado algún tipo de fisura, ésta cicatriza sin dejar huella.

Entonces, arguye la demandante, con la tesis del Tribunal no sería posible condenar en todos los casos en que el acceso no deja huella -como en la penetración oral- o cuando se presentan apenas tocamientos.

Destaca la recurrente cómo el menor en la audiencia de juicio oral, a pesar de haber transcurrido más de un año desde la ocurrencia del vejamen, fue espontáneo y claro en referir las circunstancias del mismo y la persona que lo ejecutó, hasta el punto de detallar el dolor que sentía en el ano y la forma en que éste sangraba.

Finalmente, en punto de trascendencia asevera la impugnante que si el Tribunal no hubiese

errado al exigir tarifa legal para demostrar la penetración anal, necesariamente habría confirmado la sentencia condenatoria de primer grado, pues, acepta la credibilidad del menor, quien precisamente narra cómo el procesado lo accedió carnalmente.

Acorde con lo anotado, pide la impugnante que se case la sentencia de segunda instancia y en su lugar se deje con plenos efectos el fallo de primer grado.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La Fiscalía

La Fiscal Quinta Delegada ante la Corte, en calidad de recurrente, dice compartir los argumentos y solicitudes planteadas en la demanda de casación.

Agrega que el Tribunal pasó por alto tomar en consideración lo que ya la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema, así como los estándares internacionales, tienen establecido en torno de la credibilidad de la víctima de delitos sexuales, particularmente, cuando se trata de menores de edad, quienes cuentan con un “predeterminado crédito”, a más que, agrega, las pruebas a practicar en el proceso deben consultar su interés superior.

Lejos de ello, postula la Fiscal, el Tribunal obvió tomar en consideración lo expresado por la víctima, dando prelación a la prueba pericial, de esta manera establecida como tarifa legal.

Reitera la funcionaria, por ello, la solicitud que se case la sentencia para dar pleno valor al fallo condenatorio de primer grado.

1. El defensor

Luego de resumir lo que en su sentir constituye esencia de la demanda de casación, el defensor del procesado, actuando como no recurrente, advierte que la casacionista no cumplió con los postulados formales que debe contener el recurso extraordinario, acorde con la jurisprudencia establecida por la Sala para el efecto, en tanto, obvió sustentar adecuadamente la causal, inserta en el error de derecho por falso juicio de convicción.

Ello, anota la defensa, porque el cargo se soporta en una afirmación ajena a la realidad: que el Tribunal exigió, para demostrar la tipicidad del hecho, la presentación de una prueba específica que demostrase la materialización del delito.

Empero, aduce el profesional del derecho, no se trató de una exigencia del Tribunal, sino de la manifestación de que la Fiscalía no cumplió con la obligación de demostrar su teoría del caso, dado que no aportó prueba complementaria de lo expresado por el menor, a efectos de determinar la tipicidad del hecho.

Entonces, afirma el defensor del procesado, la omisión de la Fiscalía en presentar a los profesionales de la salud, destacada por el Tribunal en el fallo, impidió allegar esos elementos complementarios, así que mal puede la representante del ente acusador alegar en casación ese comportamiento omisivo, cuando debió hacerlo valer en sede de la apelación del fallo condenatorio de primer grado, al momento en que la defensa hizo ver la ausencia de prueba suficiente para condenar, desvirtuando la credibilidad de la víctima.

Finalmente, significa el no recurrente que la demandante no desarrolló el cargo ni demostró que debe atenderse a alguno de los fines de la casación, motivo por el cual debe desestimarse su pretensión de que se case la sentencia de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

Desde ya la Corte anuncia que el cargo planteado por la casacionista tiene vocación

de prosperar, tornándose imperioso revocar el fallo de segundo grado, vista la magnitud y trascendencia del yerro en el cual incurre el Tribunal.

Previo a abordar de fondo el examen del asunto, la Corte debe precisarle al defensor, acorde con el que fue único argumento planteado por él, en su calidad de no recurrente, en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que una vez admitida la demanda de casación por la Sala, ya no es posible controvertir aspectos formales de la misma, en particular, el cumplimiento de los requisitos que habilitan acudir al mecanismo extraordinario de impugnación, pues, precisamente esa admisión implica que la Corte, aún si la demanda tuviese defectos argumentativos o de postulación del cargo, advirtió necesario examinar de fondo el asunto, en el entendido que ello se precisa para atender las finalidades de la casación.

Pero, además, en el caso concreto la Sala verifica acertada la postulación y desarrolló del cargo, en cuanto demuestra objetivo e incontrastable que de verdad el Tribunal incurrió en el error de derecho que se le atribuye, e incluso en uno de hecho que más adelante se referirá, de tanta trascendencia, que sustentó el fallo absolutorio de segundo grado, en este sentido advertido no sólo injusto, sino ilegal.

Respecto al error de derecho por falso juicio de convicción, esto tiene sentado, reiterada y pacíficamente, la Corte²

“Cabe recordar que el juicio de convicción, que consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas, presupone la existencia de una “tarifa legal” en la cual por voluntad de la ley a las pruebas corresponde un valor demostrativo o de persuasión único, predeterminado y que no puede ser alterado por el intérprete.

Así, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción si se niega a una prueba el valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder un poder suasorio distinto

al que la ley le otorga.

En tal hipótesis, el juzgador parte del supuesto de que la prueba fue debidamente incorporada al proceso, pero se equivoca al valorarla frente a la tasación de su mérito persuasivo o en la determinación de su eficacia jurídica, ambas características señaladas de antemano por la ley.

Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, que en casación muy ocasionalmente podría tener cabida la postulación de errores de derecho por falso juicio de convicción, puesto que, salvo específicas excepciones, el procedimiento penal colombiano no contempla un sistema de apreciación probatoria tarifado, sino que, por el contrario, rige la sana crítica.”

Ahora bien, teniendo como norte la jurisprudencia en cita, lo primero que cabe recordar, aunque ya se entiende suficientemente sabido, es que en nuestro sistema probatorio penal, desde hace bastante tiempo, impera el principio de libertad probatoria, por contraposición al ya desueto de tarifa legal, en razón de lo cual al conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes, se puede llegar por cualquier vía probatoria legal.

En otros términos, sólo con carácter excepcional, desde luego expresamente consagrado en la ley, es posible exigir que un hecho o circunstancia pertinentes sea demostrado con uno o unos exclusivos medios suasorios.

De ello se sigue que no deben ser aspectos cualitativos -específico medio-, o cuantitativos -número mínimo o máximo de medios-, aquellos que gobiernen la evaluación probatoria signada por los principios racionales de la sana crítica, a cuyo tenor, la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos.

Al efecto, el Capítulo III de la Ley 906 de 2004, que regula el asunto examinado, claramente establece los principios básicos atinentes a la prueba y sus efectos, detallando en el artículo 373, después reiterado en el 382, el principio de libertad probatoria, de la siguiente manera:

“Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Agréguese a lo anotado que dentro del sistema procesal y probatorio que rige el caso, Ley 906 de 2004, sólo ha podido auscultarse, en principio, un caso de exigencia de tarifa legal, pero por el camino negativo, inserto en el inciso segundo del artículo 381, en cuanto consagra que: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

Para la Corte es claro, e incluso no ha sido objeto de debate o controversia, que respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos.

Desde luego, en ocasiones es factible advertir que posee una mayor virtualidad suasoria determinado elemento de juicio, en razón a sus características y posibilidades demostrativas.

Pero ello no implica que ese más preciso medio repudie otros que lo suplan o, incluso, obligue aplicar una especie de *capitis diminutio* a los demás, al extremo de privilegiarse frente a ellos.

Respecto de los delitos de connotación sexual y su forma de demostración, es necesario precisar que incluso la exigencia de prueba única o privilegiada, remitida al dictamen pericial fruto de la observación clínica y consecuentes exámenes de laboratorio, choca con el hecho evidente que en muchos casos las arremetidas salaces no dejan huella perceptible, o el paso del tiempo, cuando la denuncia tarda, las borra.

Entonces, apenas para citar unos cuantos ejemplos, si el acceso carnal consistió no en la introducción del miembro viril, o cualquier otro cuerpo duro, en las vías anal o vaginal, sino en un acto de felación, es claro que posiblemente no se presenten cicatrices o lesiones apreciables, tornando inane el examen pericial; igual sucede cuando el medio utilizado para sojuzgar a la víctima no es la violencia física -o esta es menor de edad y lo acepta- y la relación opera por vía vaginal o anal, sin eyaculación interna, conocido suficientemente, en lo que al ano respecta, que este puede acoplarse a la penetración y volver a tomar su forma casi de inmediato.

En fin, que, para lo ahora verificado, si el menor denunció el hecho varios días después de ocurrido, muy posiblemente las huellas pasibles de presentarse por la penetración anal, ya se han desvanecido y, entonces, ningún valor importante comporta el dictamen pericial.

No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.

Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a

auscultación pública.

Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontestables o indubitables.

No. Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suarios apoyan o contradicen lo referido, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate.

En cumplimiento de los preceptos arriba definidos, que deberían ser suficientemente conocidos por los operadores jurídicos, el fallador de primer grado efectuó un examen amplio y detallado de los distintos elementos de prueba arrimados al juicio oral, poniendo especial énfasis en lo dicho por la víctima del vejamen, de quien pregonó absoluta credibilidad, no solo porque su narración aparece ilada, coherente y coincidente en sus diferentes incursiones testimoniales, limitándose a narrar vívidamente lo que hubo de padecer, como así lo certificó la profesional de la psicología adscrita a la SIJIN, sino en atención a que los demás elementos de prueba corroboran lo relatado, particularmente, lo referido por su padre y uno de los vigilantes del parque recreativo donde ocurrieron los hechos.

La Sala avala esa evaluación probatoria realizada por la primera instancia, en tanto, se compadece con las pruebas recabadas y lo que el examen de conjunto demanda.

Está claro que efectivamente el menor fue llevado mediante engaños a la zona alta y boscosa del Parque Canta Rana, por uno de los vigilantes del mismo, el aquí procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, mediante engaño, y allí fue sometido a vejamen sexual, como después lo confió a otro de los empleados del centro recreativo –el cual incluso advierte que, en efecto, el día de los hechos observó descender al procesado y a la víctima de esa zona escarpada- y finalmente a su padre, quien formuló la correspondiente denuncia penal y en sede del juicio describió el cambio de comportamiento de su hijo, fruto del mancillamiento padecido, agregando que hubo de

sometérsele a tratamiento psicológico a más de obligarse cirugía en sus genitales.

No es ello objeto del pronunciamiento de la Corte, además, porque el Tribunal, en el fallo de segundo grado, de manera taxativa y reiterativa afirmó que daba plena credibilidad al menor, en cuanto relata haber sido objeto de vejamen sexual a manos del acusado.

Empero, de manera que no duda en calificar de absurda la Corte, ese mismo Tribunal, a pesar de advertir digno de entero crédito lo expresado por el menor, aduce que por corresponder el acceso carnal referido por el afectado, a un hecho grave menesteroso de alta penalidad, y conocerse por la experiencia que en este tipo de casos las víctimas dicen penetración anal a lo que finamente los exámenes médicos permiten verificar simples roces o manipulación genital, se hacía necesario presentar prueba pericial que demostrase efectivamente realizada la conducta descrita con rigor por quien para ese momento descontaba diez años de edad.

A más de deleznales, los argumentos presentados por el Tribunal asoman evidentemente tendenciosos y contrarios a lo que la sana crítica enseña, para no advertir, por lo obvio, que en efecto comportan el vicio de derecho por falso juicio de convicción planteado por la Fiscalía.

Es que, contraría elementales postulados probatorios, para no hablar del valor justicia predicado en un plano de igualdad, significar que "...dada la consecuencia jurídica de la gravedad del comportamiento y por sí misma la superlativa sanción punitiva para el responsable, como ya se dijo, sin demeritar el dicho del menor, en aras de constituir la prueba idónea sobre la realización de dicha penetración, era necesaria y obligada la recepción de la prueba que respaldara dicha implicación...".

Así, inaugura el Ad quem una nueva categoría probatoria, al amparo de la cual, entre más grave sea el delito, más amplia y especializada debe ser la presentación de la prueba que soporte su existencia y, en consecuencia, si la declaración del menor basta para, por

ejemplo, delimitar materializada la tipicidad de un ilícito de acto sexual abusivo, esa misma atestación, así sea creíble o incontrastable y contenga todos los elementos requeridos para el efecto, no es suficiente en el cometido de demostrar el acceso carnal.

Desde luego que, cuando el fallo de segunda instancia significa “necesaria y obligada” la presentación de dictamen pericial que ratifique lo declarado por el menor, no apenas comete el exabrupto de pedir una especie de prueba de la prueba, como si el testimonio no se bastase por sí mismo una vez depurado en su credibilidad intrínseca y extrínseca, sino que incurre en la violación de derecho estudiada por la Corte, en tanto, se trata de tarifar la prueba bajo el entendido que el acceso carnal sólo puede demostrarse con los exámenes en cuestión.

Ello -a pesar de la artificiosa argumentación presentada por la defensa en curso de la audiencia de sustentación del recurso de casación presentado por la Fiscalía- emerge indubitable del contexto íntegro de lo fallado por el Tribunal, como quiera que de manera expresa y reiterada el texto de la sentencia se ocupa de demandar necesario, indispensable o ineludible, que para la demostración de esa penetración anal descrita por la víctima, se alleguen dictámenes médicos.

No otra cosa puede entenderse cuando el Tribunal afirma que pese a que lo narrado por el ofendido es creíble, en cuanto narró una vivencia real de lo padecido, aspecto ratificado por la sicóloga al servicio de la SIJIN, “sin embargo, el dicho de la víctima no otorga por sí mismo el requisito de estricta tipicidad...”

O cuando sostiene, sin mayor desarrollo que permita comprender el sentido de lo afirmado:

“La señora juez de primera instancia tampoco abordó el tema con la exigencia que concernía en su análisis y le otorgó la misma valoración probatoria al dicho del menor para dar por cierto que había sido accedido carnalmente porque él lo dijo, lo cual no es una

garantía absoluta como ya se estableció y porque frente a una sentencia de responsabilidad la misma debe estar sustentada no solo en lo fáctico, sino en la estricta tipicidad y en el principio de legalidad siendo evidente el yerro en que se incurrió (sic) estos últimos enunciados”.

Además de la verdad de Perogrullo que surge de lo transcrito, la Corte no observa que efectivamente sea “evidente el yerro en que se incurrió (sic) estos últimos enunciados”, simplemente porque jamás el fallo de segundo grado explica cómo se vulneraron presuntamente con la sentencia de primer grado esos principios torales.

Pero, si el Ad quem advierte que el testimonio de la víctima nunca es “garantía absoluta”, por sí mismo, de que se materializó un delito de acceso carnal abusivo, desde luego que incurre, allí sí, en la violación que predica el demandante en casación, dado que está exigiendo una tarifa legal que jamás la ley ha postulado.

Y si además ese mismo cuerpo colegiado sustenta la necesidad de recurrir a la prueba pericial que corrobore lo dicho por la víctima, en lo que significa una supuesta regla de la experiencia, sólo existente en su magín, apenas puede predicarse caprichosa la decisión absolutoria.

Al efecto, esto dice el Tribunal:

“La experiencia enseña que la víctima de un comportamiento sexual y especialmente cuando se trata de menores de edad, describen en sus palabras las maniobras de las cuales fueron objeto y en ello afirman que fueron “accedidos por el ano”, cuando la realidad a través de experticias médicas se establece que no existió penetración, sino a lo sumo un roce o manipulación caso en el cual, frente a la tipicidad, obliga a que la conducta se remita a un acto sexual diverso del acceso carnal”.

Evidente surge que esa construcción argumental ninguna regla de la experiencia

representa, sino apenas la inferencia artificiosa que construye el Tribunal para así soportar su decisión de dejar sin efecto material la prueba de cargos, a pesar de significarla válida y creíble.

No entiende la Sala dónde, en esa inferencia, residen los elementos de universalidad, permanencia y reiteración propios de una verdadera regla de la experiencia y, desde luego, el fallador de segundo grado tampoco se preocupa por explicar cómo determinó que, efectivamente, siempre o casi siempre que un menor dice haber sido accedido carnalmente por el ano, ello es desvirtuado a través de prueba médica.

El falso raciocinio, en cuanto se pasan por alto los principios de la sana crítica, asoma ostensible, por virtud de que se construyó una regla de la experiencia que no lo es.

Respecto de la imposibilidad de confusión en el menor, esto es, que pudiera entender penetración anal el simple rozamiento entre sus piernas del pene del procesado, no cabe ninguna duda, pues, precisamente la víctima luego de describir que el acusado lo accedió en dos ocasiones, advierte que a partir de allí, entre otros síntomas, presentó sangrado en las deposiciones.

En similar sentido declaró su padre durante el juicio oral, significando que al menor debió practicársele cirugía, dado que sus órganos sexuales resultaron afectados con la penetración.

Así referenciados los hechos, desde luego que el yerro se radica en la segunda instancia y no en lo detallado por el A quo, no obstante predicar el Ad quem que carece de soporte probatorio lo afirmado por la jueza del Circuito en el sentido que a consecuencia del vejamen la víctima recibió tratamiento quirúrgico.

Es que, se repite, si el menor y su padre, bajo la gravedad del juramento y en curso del juicio oral, predicen la existencia de ese daño físico, lo que correspondía al Tribunal,

para desvirtuar la aceptación que del hecho hizo la primera instancia, no era exigir prueba de respaldo -introducción de historia clínica o dictámenes-sino advertir por qué no puede darse credibilidad a lo manifestado testimonialmente por el afectado y su progenitor.

Ahora bien, demostrado que efectivamente el fallo de segundo grado incurrió en el vicio postulado por el demandante, e incluso verificado también un error de hecho por falso raciocinio, debe señalar la Sala que esa protuberante vulneración comporta trascendencia insoslayable, pues, evidente emerge que si el Tribunal no hubiese incurrido en ella, necesariamente la decisión habría sido confirmatoria de la condena emitida por el Juzgado 21 Penal del Circuito.

En otras palabras, si se tiene claro que la víctima refirió haber sido accedida carnalmente por el ano en dos ocasiones, describiendo las circunstancias puntuales en que ello se sucedió, sin que se ponga en tela de juicio la credibilidad intrínseca de lo expresado y presentándose prueba de respaldo que sin ambages corrobora esa expresa manifestación testimonial, la única decisión pasible de tomar es la de condenar, al advertirse plenamente demostrada la tipicidad del delito y consecuente responsabilidad del procesado, debidamente señalado e identificado, y sin que en su favor opere alguna circunstancia de ausencia de responsabilidad o siquiera inimputabilidad.

Constituye, la anotada, razón suficiente para que se revoque el fallo de segundo grado atacado en casación y en su lugar se otorgue plena vigencia a la condena impartida por el A quo.

De otra parte, evidente como es que lo decidido por el Tribunal controvierte flagrantemente lo que legalmente ha sido instituido para el análisis probatorio, estima la Corte pertinente compulsar copias de la decisión cuestionada en casación, para efectos

de que se investigue penal y disciplinariamente a quienes la signaron.

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

RESUELVE

Página contiene parte resolutive y firma del Presidente de la Sala

Casación sistema acusatorio N° 35.080 -Casa-

1. CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de junio de 2010, en razón de la prosperidad del cargo formulado en la demanda presentada por la Fiscal encargada del caso.

2. CONFIRMAR la sentencia CONDENATORIA de primera instancia dictada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, en contra de ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, a quien se le impuso la pena principal de 170 meses de prisión, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo sucesivo.

Expídase orden de captura en contra de ORTEGA CASTELLANOS.

3. Por parte de la Secretaría compúlsense las copias aludidas en el cuerpo de esta sentencia.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Página contiene firma de 8 Magistrados

Casación sistema acusatorio N° 35.080 -Casa-

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
L.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

Cita medica

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia del 21 de octubre de 2009, radicado 32.103

2 Auto del 23 de julio de 2008, radicado 29775