

Proceso n.º 36357

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 382

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte Fiscal en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual revocó el fallo condenatorio proveniente del Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Conocimiento de dicha ciudad y, en su lugar, absolvió a NELSON JAVIER VÁSQUEZ de

los cargos imputados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

SITUACIÓN FÁCTICA Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. L. M. Z. J1. nació el 28 de febrero de 1996. A los trece años de edad, en septiembre de 2009, le fue diagnosticada leucemia linfoide aguda que le venía siendo tratado con quimioterapia.

El 2 de diciembre de ese año, en el hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, la pediatra que la atendía le encontró el himen desgarrado, circunstancia que llevó a la menor a contarles a las profesionales que días después la examinaron acerca de una relación de índole sexual que habría sostenido con NELSON JAVIER VÁSQUEZ.

Este último se trataba del párroco de la iglesia San Juan Eudes del barrio Héctor Abad Gómez de la referida ciudad, en donde la joven se desempeñaba como monaguillo. Así mismo, era amigo y consejero de la familia de L. M. Z. J.

La menor contó que el pasado 13 de noviembre de 2009, después de haber sido tratada durante la mañana con quimioterapia, recibió del religioso una invitación a almorzar y, una vez en su apartamento, se recostó en la cama porque sentía mareo, momento en el cual él la comenzó a besar, le quitó la ropa y le introdujo el órgano sexual por la vagina, sin utilizar ningún tipo de protección.

En septiembre de ese año, también le había sido detectada a L. M. Z. J. la presencia en su organismo de un citomegalovirus, un virus de la familia del herpes que puede ser transmitido sexualmente, ya sea por besos o por intercambio de fluidos corporales.

El 21 de abril de 2010, NELSON JAVIER VÁSQUEZ fue sometido a una prueba de serología (o examen de detección de anticuerpos), con el cual se concluyó, en un elevado nivel de probabilidad, que no había estado expuesto a ese herpes viral.

2. Debido a lo anterior, la representante de la Fiscalía General de la Nación acusó al sacerdote de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, de conformidad con lo establecido en los artículos 208 y 211 numeral 2 (por el “carácter, posición o cargo que le dé [al responsable] particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”) de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la reforma que al tipo básico introdujo el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, despacho que luego de agotar la vista pública condenó al procesado por el delito en comento (aunque sin reconocer agravante alguno y sin explicar por qué) a doce años de prisión, así como a la sanción accesoria de ley por idéntico tiempo al de la principal. Igualmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y, por último, ordenó su captura.

4. Apelada la decisión por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la revocó en su integridad y, en su lugar, absolvió a NELSON JAVIER VÁSQUEZ de los cargos imputados.

Según el ad quem, para el 13 de noviembre de 2009, L. M. Z. J. ya tenía la infección del virus. De ahí derivó que, en el caso de ser cierta la imputación, lo más probable era que al sacerdote le hubiese ocurrido otro tanto, es decir, que fuese portador del citomegalovirus al cabo de dos a cuatro semanas de

incubación, pero como ello no fue así (ya que el examen a él practicado el 21 de abril de 2010 arrojó un resultado negativo), la duda debía resolverse a su favor. Así mismo, cuestionó la credibilidad de la menor en atención de la falta de contundencia de los dictámenes psiquiátricos en tal sentido, así como por la manera en que ella relató los hechos durante el juicio oral.

Uno de los Magistrados salvó el voto, aduciendo entre otras cosas que la alta probabilidad de contagiarse con el virus es una afirmación carente de sustento científico en una persona con buenas defensas.

5. Contra el fallo mayoritario de segundo grado, la Fiscal interpuso el recurso extraordinario de casación.

Admitido el escrito, se adelantó ante la Corte la audiencia de sustentación correspondiente.

LA DEMANDA

1. Al amparo del numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 (“manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba”), propuso la recurrente un único cargo, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de la prueba, que condujo a la falta de aplicación del tipo contemplado en el artículo 208 del Código Penal.

En particular, sustentó los siguientes yerros:

1.1. Falso juicio de identidad

La experta Mónica Rosa Trujillo Honeysberg aseguró que las pruebas de serología para detectar el virus son susceptibles de arrojar tanto ‘falsos positivos’ como

‘falsos negativos’ y que la manera más exacta de determinarlo es la carga viral, procedimiento costoso que no se practicó en este caso. Por lo tanto, no era posible predicar, como de forma equivocada lo hizo el ad quem, la no existencia de una relación sexual con la menor a partir del resultado del examen que se le hizo a NELSON JAVIER VÁSQUEZ.

Además, el convencimiento más allá de toda duda razonable no es absoluto y la probabilidad que debe prevalecer no se desprende del análisis de una prueba aislada, sino de la que racionalmente se deriva de las valoradas en conjunto.

Por otro lado, tampoco podía el ad quem descartar la conclusión a la que llegó el médico psiquiatra Gabriel Jaime López Calle, según la cual la menor no era proclive a la mitomanía, fantasía o fabulación, ni mucho menos restarle credibilidad con fundamento en que ella se mostró silenciosa y lacónica durante la entrevista, pues es frecuente en adultos y jóvenes comportarse así cuando el hecho al cual aluden es doloroso o evocador de una experiencia no placentera.

1.2. Falso juicio de existencia por omisión

El Tribunal no tuvo en cuenta el testimonio del padre de L. M. Z. J., quien aseguró que, cuando se enteró de lo sucedido, fue a reclamarle al sacerdote y, en esa conversación, él le hizo manifestaciones en las cuales admitió su responsabilidad, aspecto que no fue controvertido por la defensa.

1.3. Falsos raciocinios

Desconoció el cuerpo colegiado la máxima empírica según la cual la primera relación sexual de una mujer es una vivencia única en la vida y, por lo tanto, se trata de una experiencia memorable. También ignoró que lo dicho por un menor

adquiere gran credibilidad cuando es víctima de abusos sexuales, lo que también constituye una regla de la experiencia, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, así como la de la Corte Constitucional. Por consiguiente, la actual postura en relación con la apreciación del testimonio del niño es contraria a lo sostenido en la sentencia objeto de impugnación.

Así mismo, el testimonio de L. M. Z. J. quedó fortalecido con lo que al respecto señalaron sus progenitores, al igual que la pediatra Nora Luz Yépez Palacio, las psicólogas Sandra Isabel Alzate Vanegas y Carolina Pineda Fernández, y la forense Érika Cristina García Bertel.

Por último, tanto la reacción como el trato posterior de la menor hacia el párroco dependen de las circunstancias de cada persona, razón por la cual no podía sostener el juez plural que la carta escrita por la víctima el 13 de febrero de 2010 constituía otro elemento para restarle credibilidad.

2. Como consecuencia de todo lo anterior, la demandante solicitó a la Sala casar el fallo de segunda instancia y, en su lugar, declarar a NELSON JAVIER VÁSQUEZ responsable de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El Fiscal Delegado ante la Corte precisó que en el reproche por falso juicio de existencia deberá considerarse que el cuerpo colegiado se limitó a analizar el testimonio de L. M. Z. J. y la prueba relativa a la transmisión del herpes viral, sin tener en cuenta los conceptos de los psicólogos, psiquiatras y médicos que corroboraron el relato uniforme de la menor e incluso descartaron cualquier posibilidad de invención o falacia por su parte.

2. En su condición de no recurrente, el representante del Ministerio Público solicitó a la Sala casar el fallo del ad quem por las siguientes razones:

2.1. Frente al resultado negativo arrojado por el examen médico de NELSON JAVIER VÁSQUEZ, debe anteponerse la total credibilidad atribuible a la víctima. Sería ajeno a los fundamentos científicos de la psicología desestimar el testimonio de L. M. Z. J. tan sólo por la parquedad de su relato, máxime cuando no existen razones de peso para que hubiera inculcado de manera injusta a un inocente, dadas las circunstancias particulares de este asunto.

2.2. Sólo un examen muy específico, distinto al efectuado, podría determinar si efectivamente el procesado se contagió del herpes. Por lo tanto, la prueba de laboratorio en este caso no es suficiente para descartar el relato de la víctima.

2.3. No se puede afirmar que L. M. Z. J. tenía la intención de mentir ni mucho que su intención era la de perjudicar al párroco.

3. El defensor solicitó mantener incólume la providencia impugnada, para lo cual argumentó:

3.1. El Tribunal adoptó la decisión absolutoria teniendo en cuenta la prueba de cargo, en función de resolver el problema jurídico relevante, es decir, si el 13 de noviembre de 2009 NELSON JAVIER VÁSQUEZ sostuvo relaciones sexuales con L. M. Z. J.

3.2. Resulta insostenible la tesis según la cual el testimonio del menor merece poco valor probatorio por la simple condición de ser tal, como lo ha enfatizado la Corte. Pero lo anterior no implica la existencia de una tarifa legal en sentido contrario, de acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia de la Sala en reciente providencia.

3.3. El ad quem no desechó por completo la prueba de cargo, pues la sopesó como una probable verdad frente a otros escenarios posibles. El primero era el relativo a la credibilidad otorgada a la menor, acerca de lo cual es viable señalar lo siguiente:

3.3.1. El relato de L. M. Z. J. es parco. No recuerda si el procesado había usado preservativo, o si después del acceso notó en su ropa interior la presencia de fluidos, o si el miembro viril ingresó por su vagina.

3.3.2. La joven Laura², amiga de la víctima, sostuvo que ésta le pidió no hablar durante el juicio acerca de sus relaciones de noviazgo con otros menores del sector, situación a la que también se refirió la testigo Mariluz Rodríguez Uribe.

3.3.3. La psicóloga clínica Sandra Isabel Alzate Vanegas reconoció (i) no ser forense, (ii) ignorar el protocolo aplicado a las víctimas menores de delitos sexuales, (iii) emplear en su lugar un método altamente sugestivo y (iv) aceptar que las expresiones de angustia y ansiedad de L. M. Z. J. podían explicarse en razón de la enfermedad por ella padecida.

3.3.4. La investigadora Carolina Pineda Fernández aseguró que la menor tuvo dificultades para identificar al autor del acceso y que en la entrevista se comportó en forma silenciosa y renuente (hecho también admitido por el psiquiatra Gabriel Jaime Gómez Calle), de suerte que aconsejó realizarle otra entrevista. Al contrario de lo sostenido por la demandante, esto también puede verse como síntoma de fabulación o invención, en la medida en que es ilógico no evocar los detalles de un hecho singular.

3.3.5. La médica forense Érika Cristina García Bertel señaló que era imposible saber a ciencia cierta cuándo se produjo la ruptura del himen en L. M. Z. J., ni conocer la

cantidad de relaciones sexuales sostenidas con anterioridad.

3.4. El segundo escenario se refiere al agente viral encontrado en la joven víctima desde septiembre de 2009, circunstancia aludida por la pediatra Nora Luz Yépez Palacio y que la Fiscalía pretende presentar como algo frívolo o descabellado, pero de la cual es posible sostener:

3.4.1. La experta Mónica Rosa Trujillo Honeysberg ratificó que el citomegalovirus no sólo posee cualidades altamente infecciosas, razón por la cual es usual que en nuestro país esté propagado en el 90% de la población, sino además cuando una persona sufre de una 'inmuno-supresión' (como sucede con los pacientes de quimioterapia) el virus se halla en el tope de su fase contagiosa y, por lo tanto, es propenso a ser transmitido a otros organismos, siendo la prueba de carga viral y la de serología los instrumentos idóneos para detectarlos. Agregó que la prueba de serología es reconocida ampliamente para establecer el agente infeccioso, hasta el punto que debido a ésta se le descubrió a la menor en su organismo. Y aseguró que sólo en el 3% o 4% de los casos arroja un falso resultado negativo cuando la persona es portadora del virus. Es decir, dicha prueba tiene el 96% de confiabilidad para ser estimada fiable. Por consiguiente, era bastante probable que NELSON JAVIER VÁSQUEZ nunca estuviera expuesto al virus.

3.4.2. La Fiscalía censura en la demanda que el examen de serología no haya brindado una certeza del 100%, pero dicha exigencia va más allá de invertir la carga de la prueba al constituir un imposible desde el punto de vista epistemológico, pues las verdades construidas en el proceso penal son relativas y, además, deben apoyarse en elementos cognoscitivos.

3.4.3. De esta manera, si se le diera crédito al dicho de L. M. Z. J. en los términos por

ella descritos, debería aceptarse que el procesado también estuvo expuesto al herpes viral. Sin embargo, existe una duda razonable derivada del resultado negativo de la prueba de serología.

CONSIDERACIONES

1. Planteamiento de la cuestión

Dado que la demanda interpuesta por la representante de la Fiscalía fue declarada desde el punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala tiene la obligación de analizar de fondo los problemas jurídicos propuestos en el debate correspondiente, en armonía con los fines de la casación de buscar la efectividad del derecho material, respetar las garantías mínimas de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, tal como lo consagra el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto.

Para ello, también aplicará el principio de caridad³, según el cual la Corte, en tanto receptora de un lenguaje en común, tiene el deber de desentrañar para el eficaz desarrollo de la comunicación establecida lo correcto de las afirmaciones empleadas por los interlocutores, de modo que atenderá cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible.

En este sentido, la Sala observa en el único cargo propuesto por la demandante dos tipos de problemas jurídicos, ambos de naturaleza probatoria. El primero consiste en establecer si de la teoría científica de la defensa (es decir, la relacionada con el resultado del examen de laboratorio hecho a NELSON JAVIER VÁSQUEZ) se deriva por lo menos una duda razonable respecto de los hechos de la imputación.

Lo anterior corresponde al error por falso juicio de identidad aducido en la demanda. La Corte, no obstante, abordará la supuesta comisión del error a la luz del modelo epistemológico previsto en el nuevo sistema acusatorio.

El segundo problema es el relativo a la credibilidad que merece el relato de la joven L. M. Z. J., dentro del cual están incluidos los reproches por falso juicio de existencia y falso raciocinio.

En este aspecto, especial consideración hará la Corte en cuanto a la calidad de reglas o máximas empíricas de las expresiones “cuando el menor es víctima de atropellos sexuales, su dicho adquiere especial confiabilidad” o “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”, contenidas en el fallo de 26 de enero de 2006 (radicación 23076).

Igualmente, se referirá a la otra propuesta de solución intentada por la defensa, según la cual no hay que creer en los señalamientos de la menor en tanto sostenía relaciones sentimentales con otros jóvenes del barrio.

2. Del método teórico-objetivo en la Ley 906 de 2004 y las cargas de sustentar y de refutar las hipótesis rivales

2.1. En el sistema de la Ley 600 de 2000 y ordenamientos procesales anteriores, el problema del conocimiento humano era tratado a partir de concepciones de índole subjetiva (como las tradicionales de verdad, falsedad, duda y certeza) que obligaban al intérprete a justificar alguna especie de creencia personal apoyada en razones suficientes.

Así, por ejemplo, se decía (y aún se sostiene) que la imposición de la detención preventiva obedecía al grado de posibilidad; la resolución de

acusación o llamamiento a juicio, a la probabilidad; el fallo absolutorio, a la duda; y el condenatorio, a la certeza por parte del funcionario de haber alcanzado la verdad.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala enfatizaba que esos estados personales debían apoyarse en datos objetivos (esto es, en las pruebas del proceso y en argumentos jurídicos), que al ser susceptibles de una crítica racional podían dar cabida a una eventual refutación:

“Constituyendo la certeza un íntimo convencimiento sobre un determinado objeto de conocimiento, negativo o positivo, producto de una elaboración mental, pero fundamentada, para los efectos de que aquí se trata, en elementos objetivos, como es la prueba obrante en el proceso y las reglas o leyes igualmente conocidas y de imperativa aplicación, es claro que sin violentar el ámbito propio de lo estrictamente subjetivo, esto es, el criterio de valor colegido, la falsedad de la conclusión deviene bien por la imposibilidad que tenía el sujeto cognoscente de llegar al criterio de verdad proclamado, precisamente por haberse desconocido o alterado el objeto de conocimiento o las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia imperativas para su valoración, decayendo, de suyo, la certeza argüida [...]

“No se trata, entonces, frente a estos grados del conocimiento, de cubrirlos con un manto de absoluto subjetivismo, carente de su objetivo sustento, que los haría incontestables [...], sino, por el contrario, de tener claro que se trata de un grado de conocimiento al que se llega partiendo de una base objetiva, de suyo, contrastable.

“Por tanto, siendo dable, entonces, refutar un juicio de certeza por vicio en sus fundamentos o por el método aplicado para llegar a ella, como igual sería frente a la duda, [...], es claro que en ninguna forma puede afirmarse que por ser el juicio de certeza una actividad intelectual la conclusión que la manifiesta no sea posible de ser desvirtuada, pues lo que sucede es que cuando ello se constata, lo inferido nunca puede

corresponder a la verdad que constituye el supuesto de la certeza, o a su negación, y objetivamente se puede demostrar su ilegalidad por haberse desconocido la prueba o parte de ella, llegando en estas condiciones a un juicio ilegal”⁴.

De esta forma, la Corte decía que el conocimiento debía sustentarse objetivamente, pues de lo contrario no podría garantizar la racionalidad del sistema jurídico ni demostrar errores en la providencia adoptada. En otras palabras, la constitucionalidad y legalidad de toda decisión de fondo no dependía, en últimas, de motivar un estado psicológico o subjetivo por parte del juez, sino de la necesidad de exteriorizar unos argumentos susceptibles de contrastarse o, lo que es lo mismo, que pudieran ser criticados de manera razonable y consciente.

Además de tener origen en la filosofía ilustrada, estos planteamientos atendían la evolución de la epistemología que, en las últimas décadas, ha repercutido en varios ámbitos jurídico-penales, como se advierte en las teorías de la imputación. De acuerdo con esta visión del saber, un razonamiento sólo comienza a adquirir el carácter de científico cuando puede formularse mediante proposiciones lingüísticas, bien sea de tipo fáctico o empírico (como “Pedro le disparó a Juan”), o bien valorativo o predominantemente normativo (como “la legítima defensa excluye la antijuridicidad de la conducta”). Lo importante, entonces, no es acudir a las propias convicciones y creencias del sujeto cognoscente (ni mucho menos debatirlas), sino concretar el razonamiento a través del lenguaje (o, mejor dicho, mediante la acción de comunicarse) y dejarlo ‘objetivado’, es decir, que adquiriera la facultad de ser aceptado, afirmado, negado, criticado y defendido por cualquier otro.

En este orden de ideas, cuando en el juicio oral las partes formulan a lo largo de sus intervenciones proposiciones empíricas o valorativas enfrentadas (por ejemplo: “Pedro

mató a Juan”, por un lado, contra “Pedro no mató a Juan” o “Pedro actuó en defensa propia”, por el otro), están ofreciendo a los distintos auditorios que las evalúan el contenido lógico-informativo de las mismas, a fin de ser sopesadas y discutidas en virtud de la metodología aplicable, que en nuestra tradición jurídica es conocida como el método de la sana crítica o persuasión racional.

De igual manera, cuando en una providencia el juez emite la decisión que pone fin al asunto, resuelve con fuerza vinculante (siempre que haya observado las formas propias del juicio) acerca de la verdad, falsedad o duda de tales proposiciones, ofreciendo el contenido lógico-objetivo de su raciocinio (por ejemplo, aceptando unas aserciones, rechazando otras e incluso proponiendo nuevas). De ninguna manera expone el proceso psicológico a partir del cual adoptó una determinada consecuencia jurídica.

2.2. En la medida en que las proposiciones desarrolladas durante el juicio oral sean coherentes, estructuradas y tengan como fin resolver la situación problemática que dio origen a la actuación (que, por regla general, debe girar en torno de la probable comisión de una conducta punible -v. gr., la muerte violenta de un individuo, el desfalco de bienes públicos, la denuncia que una persona hace en contra de otra, etcétera), suelen denominarse propuestas de solución, hipótesis o, simplemente, teoría del caso, concepto al cual alude el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal y ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“La teoría del caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte pretende sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han acopiado y habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio”⁵.

La anterior no es la única razón de peso para concluir que la Ley 906 de 2004 consagró un modelo objetivo de conocimiento basado en la crítica racional de teorías (o proposiciones lingüísticas). Si el artículo 232 inciso 2º de la Ley 600 de 2000 establecía que para dictar fallo condenatorio era necesaria la “prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”, el inciso final del artículo 7 del nuevo ordenamiento procesal, relativo a la presunción de inocencia, se refiere al “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”. A su vez, el artículo 372 ibídem señala que los medios probatorios tienen como propósito el de “llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”. Y el artículo 381 aduce en el mismo sentido que para “condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”.

El cambio de la expresión “certeza” por la de “convencimiento más allá de toda duda” o la de “conocimiento más allá de toda duda razonable” no ha sido caprichosa ni producto de una inclinación o moda intelectual por parte del legislador. En primer lugar, la Corte ha admitido, incluso para ambos sistemas procesales, que alcanzar un grado absoluto de certeza “resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido”⁶.

En segundo lugar, también ha reconocido que como las verdades de las proposiciones empíricas (y también de las normativas) nunca son definitivas ni concluyentes, existen ámbitos o márgenes de discreción (sobre todo en materia de credibilidad) que son imposibles de refutar:

“[...] sería una ilusión metafísica esperar la certeza absoluta de la prueba testimonial

(y en especial del conjunto de aserciones que la integran, pero en general de cualquier medio probatorio incorporado al proceso), pues los criterios de aceptación de la verdad (o credibilidad) conducen a decisiones que implican en menor o mayor medida focos de discreción incontrovertibles desde un ámbito racional”7.

Y, en tercer lugar, ha entendido que el mejor modelo epistemológico es el que permite el contraste de las teorías llamadas a esclarecer una situación problemática, así como la refutación de las mismas mediante las pruebas incorporadas al juicio y los argumentos de orden fáctico o jurídico empleados para el efecto:

“El proceso penal [...] no puede garantizar de manera completa la justicia material del caso concreto (aunque lo busca), sino se satisface con reducir al mínimo (y no con eliminar, pues ello sería inalcanzable) los momentos potestativos y las posibilidades de arbitrio en la actuación mediante un modelo que dé cabida a la refutación de las teorías e hipótesis en pugna”8.

Esta postura no niega entonces la existencia de una verdad material como propósito indeclinable del ordenamiento jurídico. Simplemente, reconoce las dificultades que entraña la obtención de ese fin, razón por la cual es preferible afirmar que la correcta decisión dictada dentro del proceso es aquella que se puede calificar como la más próxima a la verdad.

Esta idea de aproximación parte del supuesto de que nadie está en la capacidad de demostrar que sus aseveraciones se corresponden de manera plena con la verdad (aunque de hecho así lo sea), pues todo conocimiento humano dependerá del estado de cosas y las teorías imperantes de la época (en el proceso penal, de las teorías del caso fundadas en las pruebas practicadas durante el juicio). Lo que sí

es posible demostrar es la existencia de yerros o falencias, gracias a la crítica racional (ya sea a través de la refutación empírica –probatoria– o la argumentativa –jurídica). Por lo tanto, la providencia ajustada a derecho es la exenta de error (la que resiste a la crítica), pero de ella no es posible asegurar que contiene la verdad material, sino que obedeció a un esfuerzo acertado para acercársele.

En la práctica, la lógica del extraordinario recurso de casación siempre se ha regido por esta meta. En efecto, las causales de procedencia no garantizan positivamente la constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segunda instancia, sino que tan sólo contemplan todas las variantes por las cuales el Tribunal podría equivocarse (cualquier error es de trámite o de juicio; en este último, hay violación directa o indirecta de la norma sustancial –por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea–; en la violación indirecta de la ley, hay error de hecho y de derecho; en el de derecho, falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción; y en el de hecho, falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio).

2.3. De lo anterior se desprende que la valoración de la prueba en la Ley 906 de 2004 depende de evaluar los enunciados fácticos o valorativos que la integran (del tipo “vi a Pedro con un arma antes de la muerte de Juan” o “Juan no era enemigo de Pedro”) siempre en función de la teoría (o de la modalidad de refutación de ésta) que la parte haya pretendido acreditar.

Esto último implica para la defensa el desempeño de un papel más activo y diligente que en el anterior sistema de procedimiento penal, pues ya sea con medios de conocimiento o con argumentos jurídicos, tendrá la carga procesal de desvirtuar la teoría del caso sostenida por la Fiscalía (o, por lo menos, de plantear una duda razonable al respecto), pudiendo para tal efecto construir

una o varias propuestas de solución al problema (es decir, plantear explicaciones alternativas a los hechos imputados), incluso si al final decide no sustentarlas durante el juicio.

En este sentido, el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal le impone a la Fiscalía el deber imprescindible de exponer su teoría del caso “[a]ntes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas”. Pero, a favor de la defensa, la norma le consagra la ventaja de que “si lo desea, podrá hacer lo propio”⁹, lo que de ninguna manera implica ausencia de preparación frente a la labor desplegada por el organismo acusador, sino la facultad de escoger entre las estrategias que tenga a la mano.

En efecto, el asistente letrado tiene, en ese momento procesal, varias opciones:

2.3.1. Presentar como mínimo una teoría del caso y enfocar todos sus esfuerzos durante el desarrollo del juicio para demostrarla y a la vez defenderla de la crítica.

2.3.2. No ofrecer explicación alguna y decidirse en el transcurso de la audiencia por una de las varias estrategias metodológicas que haya preparado (incluida la teoría que en un principio hubiera preferido exponer), a fin de controvertir como crea conveniente las proposiciones tanto empíricas como jurídicas que fuera introduciendo la contraparte.

2.3.3. Exponer una determinada teoría del caso, sin perjuicio de retirarla, modificarla, condicionarla, adicionarla o replantearla como lo dicten las circunstancias, de acuerdo con el devenir de cada asunto.

2.3.4. Y no presentar ni construir hipótesis alguna, limitándose a cuestionar el

alcance de las pruebas del acusador, evidenciar la falta de solidez de los argumentos o destacar las inconsistencias de su postura (aunque esto sería recomendable sólo cuando la labor de la Fiscalía fuese muy deficiente).

2.4. Todas estas situaciones suponen, a pesar del silencio al que puede optar la defensa en relación con la presentación de teorías, una gestión positiva, acuciosa y diligente a la hora de refutar las tesis de la parte fiscal y de argüir las propias, tal como lo ha reconocido tanto la jurisprudencia de la Sala como de la Corte Constitucional en múltiples fallos. Por ejemplo:

“[...] el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo”¹⁰.

“[...] el sistema, más que sugerir, requiere del imputado y su defensor, desde antes de la misma investigación, un comportamiento activo, que lo compromete con la indagación de lo que resulte favorable, sin que por ello se disminuya la presunción de inocencia”¹¹.

“Una conducta silente en algunas etapas no puede confundirse con una actitud pasiva a lo largo de todo el proceso, pues la inactividad y el mutismo del abogado pueden resultar problemáticos o perjudiciales a la hora de dar efectividad real o material al derecho de defensa técnica como garantía irrenunciable del sindicado. En el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, el defensor no es un convidado de piedra, sino que se exige de éste un comportamiento acucioso tanto en la investigación como en desarrollo del juicio”¹².

“[...] en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, se hace mucho más

evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, en tanto se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio de libertad probatoria, la soporten”¹³.

Como se deriva de las citas anteriores, la consagración de esta carga procesal no desconoce ni afecta la presunción de inocencia, sino que es la consecuencia lógica de un modelo objetivo de conocimiento de confrontación o refutación. Sin embargo, frente a la efectividad de la garantía judicial en comento, es menester señalar que se traduce en las prerrogativas que a su favor tiene consagrada la defensa, dada la mayor rigidez de las cargas de su adversario. Es decir, que de todas las posibilidades de enfrentamiento entre las teorías de las partes, sólo en una de ellas podrá salir adelante la del organismo acusador. Veamos:

2.4.1. La Fiscalía tiene el deber ineludible de demostrar la realización de la conducta punible, así como la participación y la responsabilidad del procesado. En otras palabras, su obligación consiste en presentar una teoría del caso idónea para tal fin, de la cual no sea posible advertir o descubrir algún tipo de error fáctico o jurídico inmanente. Si esto último ocurre, la actividad del defensor puede reducirse a criticar las proposiciones de hecho y de derecho que integran la hipótesis acusatoria, así como las aserciones de prueba de las cuales surgió, como se indicó en precedencia (cf. 2.3.4).

2.4.2. Aun en la eventualidad de sostener una teoría de acusación sólida, coherente, que ofrezca una explicación de lo sucedido y carezca de contradicciones, si la defensa hace otro tanto (esto es, si expone una teoría

exculpatoria capaz de sobrevivir a la crítica de la Fiscalía, al igual que la de los demás sujetos que intervienen en la actuación y, en todo caso, la del juez), debe aplicarse el in dubio pro reo. Es decir, el funcionario no podría llenar los vacíos de ninguna, ni mucho menos decidir cuál de las dos hipótesis considera más ajustada a la realidad de los hechos, pues dada su coexistencia (o, mejor dicho, la refutación externa, no interna, de cada una de las teorías) el conocimiento lógico-objetivo de la imputación siempre estará impregnado por una “duda razonable”.

2.4.3. Si tanto la teoría del organismo acusador como la de la defensa en realidad no resuelven el problema (bien sea porque no demostraron lo prometido, o porque las proposiciones empíricas y jurídicas de ambas partes fueron insuficientes, irrelevantes, equívocas, falaces, etc.), también opera la presunción de inocencia.

2.4.4. Con mayor razón, cuando la crítica halla en la tesis acusatoria errores que la desacreditan, pero en la teoría absolutoria de la defensa no, la garantía debe aplicarse. Es más, en una situación así, no cabe hablar de duda, sino de la inocencia del procesado.

2.4.5. Por último, sólo cuando la teoría de la parte fiscal sobrevive el enfoque crítico, mientras que la del defensor es derrotada, sería viable hablar de conocimiento o convencimiento para condenar.

En síntesis, la carga de la defensa gira alrededor de demostrar un error (interno o externo) en la teoría de la acusación, del cual pueda derivarse al menos una duda razonable. Pero la obligación procesal de la Fiscalía es de mayor envergadura, pues, por un lado, debe sustentar la imputación (es decir, construir un caso que resista a la crítica inmanente de la defensa), y, por el otro, tiene que refutar, mediante

proposiciones fácticas o jurídicas apoyadas en las pruebas del juicio, las propuestas de solución esgrimidas por la contraparte.

2.5. Ahora bien, el sistema de procedimiento penal de la Ley 906 de 2004 no es, en estricto sentido, uno de adversarios, pues además del tradicional enfrentamiento entre dos partes (acusador y acusado), las críticas también pueden provenir, incluso en la forma de nuevas construcciones teóricas, de todos los que intervienen en la actuación procesal, como la víctima, el Ministerio Público y otros procesados. Así mismo, el juez no sólo está en la obligación de velar por los derechos fundamentales de cualquiera de ellos, sino que además tiene el deber de analizar racionalmente, al momento de resolver de fondo el asunto, el conjunto de hipótesis surgidas durante el juicio oral, e incluso puede optar por una explicación o solución distinta a las propuestas, en la medida en que la haya extraído de las pruebas recaudadas.

De esta manera, cuando al momento de proferir el fallo el juez advierte que hay una tercera teoría no planteada por las partes, pero susceptible de resistir el enfoque crítico (ya sea porque lo convenció una de las intervenciones o porque es de su propia evaluación), cabe precisar lo siguiente:

2.5.1. Si se trata de una tesis absolutoria, hará prevalecer la presunción de inocencia por encima de cualquier resultado del debate entre las partes (aun en el evento de que la teoría de la defensa sólo tuviese como propósito degradar la responsabilidad –por ejemplo, probar que la conducta fue culposa en lugar de una dolosa).

2.5.2. Si es una hipótesis condenatoria, ésta será relevante cuando la defensa haya incumplido las cargas procesales que le asisten, incluso si la Fiscalía no

demonstró su teoría del caso. En tales eventos (cf. 2.4.3 y 2.4.5), el funcionario judicial observará que las nuevas aserciones no conduzcan en la práctica a exceder los términos de la acusación (en lo que al núcleo fáctico y los cargos jurídicos atañe). Únicamente así, podrá proferir fallo de condena.

2.6. En este orden de ideas, la trascendencia en sede de casación de un error de hecho en la valoración de la prueba no podrá desligarse del método cognoscitivo del sistema acusatorio, que supone enfrentar críticamente las teorías elaboradas a partir de proposiciones de hecho o de derecho y sustentadas a lo largo del proceso penal. En este sentido, le impone a la defensa la carga de fundamentar la estrategia en últimas adoptada, contando como una de las ventajas en pro de sus garantías la de abstenerse de revelarla al comienzo del juicio, sin perjuicio de la posibilidad de alterarla, o también de no acudir a ella, según lo vayan dictando las circunstancias.

Pero si en la apertura de la fase probatoria del juicio oral la defensa ofrece una teoría del caso que conduciría a la absolución, y el medio o los medios probatorios practicados cumplen el anunciado cometido, es obvio que como mínimo se establecerá una duda razonable frente a las hipótesis acusatorias o condenatorias rivales, en la medida en que sobreviva a las críticas que incluso dentro del extraordinario recurso de casación puedan formularse en su contra.

2.7. En el asunto materia del interés, la situación problemática surgió a raíz del tratamiento médico que L. M. Z. J., de trece años de edad, recibía por causa de una leucemia linfóide aguda. Como se indicó en el apartado correspondiente, cuando la pediatra tratante se dio cuenta de que la menor presentaba el himen desgarrado (y que con toda probabilidad ya había sostenido relaciones sexuales), ella les terminó contando, tanto a parientes como a profesionales

de la salud, que el 11 de noviembre de 2009 fue accedida carnalmente por el párroco NELSON JAVIER VÁSQUEZ, amigo y consejero de la familia.

La Fiscalía, al comienzo del juicio oral, manifestó que su teoría del caso consistiría en probar la realización del tipo atribuido en el pliego de cargos (acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado) demostrando la realidad histórica de lo dicho por la joven.

La defensa, por su parte, presentó dos teorías. En la primera, sostuvo que se practicaría prueba que descartaría científicamente la existencia de cualquier contacto físico entre los dos:

“Señor juez, al final de este juicio, usted podrá apreciar y comprobar que el núcleo fáctico de la acusación de la Fiscalía es desvertebrado o desvirtuado con evidencia biológica y científica que es incontrastable [sic]¹⁴, pues usted conocerá, señor juez, que la joven L. M. Z. J. padece en su organismo un virus imborrable, que no lo tiene en el suyo el señor VÁSQUEZ, lo que descarta una relación o un contacto físico corporal entre el señor NELSON VÁSQUEZ y la joven L. M. Z. J.”¹⁵.

En la segunda, aseguró que el comportamiento anterior y concomitante de la víctima, dentro de la valoración en conjunto de la prueba, le restaría credibilidad a cualquier señalamiento relacionado con el abuso que en contra de su protegido llegase a relatar:

“Señor juez, esta defensa anuncia en el día de hoy también que es importante destacar y verificar que las declaraciones previas y toda la actuación de la joven L. M. Z. J., víctima involucrada en este asunto, debidamente contrastada, valorada, articulada y ensamblada con todos y cada uno de los elementos de prueba y la evidencia testimonial y biológica que usted tendrá la oportunidad de conocer, demostrará, señor juez, que su relato de los hechos es inconsistente y endeble, y como tal no

ofrece grado alguno de certeza para emitir sentencia condenatoria”¹⁶.

De esta manera, la defensa planteó dos soluciones independientes, que sin embargo no se descartaban. La una agregaba o adicionaba a la imputación fáctica un nuevo elemento de juicio (la presencia o no de un herpes viral en los organismos de los sujetos activo y pasivo de la conducta) que podía suprimir la existencia de un acto sexual en los términos descritos por la menor. No tenía, en estricto sentido, un alto contenido informativo (porque en realidad no explicaba a qué había obedecido el desgarramiento del himen y lo contado por L. M. Z. J.), pero sí correspondía a una hipótesis, en apariencia científica, que junto con la prueba practicada por la parte fiscal debería como mínimo suscitar una duda razonable acerca de la imputación (y, de manera consecuente, una decisión absolutoria).

En cambio, la otra, aunque de manera un tanto oscura o velada, iba más allá de la inconsistencia científica, pues prometía una explicación diferente al abuso sexual imputado, al asegurar que las acciones de L. M. Z. J. (no precisadas en ese momento) brindaban razones de peso para creer que lo dicho en perjuicio del sacerdote eran mentiras.

2.8. La Fiscalía buscó sustentar la imputación con el testimonio de la menor y con las declaraciones de otras personas (médicos, psiquiatras y psicólogos que la examinaron e investigadores que conocieron del asunto), quienes de una u otra manera aludieron a la uniformidad, seriedad y veracidad de lo por ella narrado.

De acuerdo con esta versión, el desgarramiento del himen obedeció a que el 11 de noviembre de 2009 ella mantuvo con el párroco NELSON JAVIER VÁSQUEZ relaciones sexuales sin protección, en las que, además de caricias,

se presentaron besos tanto en la cara como en la boca, al igual que penetración del miembro por la vagina.

Así figura el relato de la joven en el informe medicolegal de 22 de diciembre de 2009 (rotulado en el juicio como evidencia 8), suscrito por la médica forense Érika Cristina García Bertel:

“Él estando en su casa me dio besos en la boca, me quitó y me metió el pene en mi vagina, no usó condón, eso sólo pasó una vez, él no me amenazó ni me hizo regalos por haber hecho esto. (A la menor le tiemblan las manos, la voz y llora cuando relata esto.) Yo le conté a mi papá lo ocurrido hace días porque sentí la necesidad y entonces mi madre y mi padre me llevaron a hacer una evaluación”¹⁷.

Durante el interrogatorio directo realizado por la Fiscalía (pues también hubo uno efectuado por la defensa), L. M. Z. J. lo contó de esta forma:

“[...] a las nueve de la mañana, tuve quimioterapia. Luego, a la una de la tarde, llegué con mi mamá a la casa y luego el padre me llamó al celular para ver si... si mi mamá me dejaba ir, pues, a almorzar a la casa de él. Yo le dije que sí. Bueno, él me recogió en el carro de él y mi mamá me acompañó, pues, hasta las escalitas de la carretera. Bueno, me fui con él... bueno, me fui con él en el carro y llegamos al apartamento de él. Ya luego... [intervención del defensor de familia para tranquilizarla] en el apartamento de él... bueno... Ya luego me dijo que si me quería acostar en la cama, yo le dije que sí porque estaba mareada... y ya... empezó a tocarme mis partes íntimas y... mis partes íntimas y... eh... me fue quitando los interiores, él se quitó los de él y me penetró [...] Los senos, la vagina... me empezó a acariciar, a darme besos en la cara... [...] me penetró... [...] me metió el pene en la vagina... [...] yo no me acuerdo de más... [...] Una vez... [...] Ese día... solamente ese día...”¹⁸.

En el contrainterrogatorio, el abogado le preguntó a la menor si NELSON JAVIER

VÁSQUEZ la besó en la boca, ante lo cual respondió que sí¹⁹. La testigo también admitió no percatarse de objeto alguno en el pene del acusado cuando era penetrada²⁰.

Adicionalmente, la Fiscalía practicó el testimonio de la pediatra Nora Luz Yépez Palacio, persona que hizo el hallazgo del desgarró vaginal y entre otras cosas manifestó haber evaluado a L. M. Z. J. el 2 y 7 de diciembre de 2009:

“Yo la evalué el 2 de... le digo con seguridad porque me tocó revisar la historia cuando me citaron... el 2 de diciembre me tocó evaluarla por primera vez [...] Yo encontré una niña que estaba en malas condiciones, quiere decir que estaba pálida, adolorida, estaba ictérica, que es la coloración de la piel en las mucosas, estaba con lesiones en boca, que era, a ver, unas lesiones blanquecinas que la gente llama a veces sapitos, y ulceraciones pequeñas en boca, que tenía hígado grande y esplenomegalia. ¿Yo qué pensé? Uno, que podía ser el hígado crecido por la toxicidad de la medicación que tenía por la leucemia [...] Dos, que tuviera una infección. Tres, que tuviera una asepsia. Y por eso le pedí algunos exámenes. Esa fue mi primera evaluación [...] Yo la evalué el 2, luego la evalué el 7, que fue cuando fui a revisar los exámenes”²¹.

Así mismo, afirmó que gracias a un examen de carga viral que a la postre le ordenó, corroboró (pues ya había sido detectada antes) la presencia en el organismo de L. M. Z. J. de una infección aguda por la acción de los agentes Epstein-Barr y citomegalovirus:

“Solicité estudio para citomegalovirus e Epstein-Barr. Son virus que usted, son de la familia del herpes que viven con nosotros, los que somos ‘inmuno-competentes’, estamos en la capacidad de controlar esa situación. Lo que es... perdón, lo que es citomegalovirus e Epstein-Barr, tuberculosis y virus de la hepatitis B nunca somos

capaces de erradicarlo de nuestro cuerpo. Nosotros simplemente los controlamos, los contenemos ahí. Cuando vienen estas enfermedades [es decir, la leucemia linfocítica aguda], ellos vienen a ser la enfermedad grave. Entonces, ¿qué hicimos? Llegó citomegalovirus positivo en Laura e Epstein-Barr, y tuvimos que pedir carga viral y pedimos carga viral de virus del Epstein-Barr y del citomegalovirus. Ambos dieron positivos. Yo inicialmente interpreté como si fuera un falso positivo el Epstein-Barr, porque la carga viral para el Eps... si ustedes en un momento dado no me... yo sé que estoy hablando muy [intervención del juez] Bueno, entonces llega una carga viral alta para Epstein-Barr y positivo, en menor carga, como de dos mil, si me permiten [...] Pero entonces se aclaró en Medicina Molecular que si algún error habría de que los dos fueran positivos. La respuesta de Medicina Molecular fue: ambos virus están ahí. ¿Por qué? Yo lo que, cuando pido la carga viral, la PCR para cada uno de estos agentes, me va a identificar es el ADN de la gente, entonces no había factor de error. L. M. Z. J. tenía en ese momento una infección por virus de Epstein-Barr con una carga alta, creo que era de cincuenta y siete mil copias, y dos mil y pico de copias de virus de citomegalovirus”²².

Aunque reconoció que no era especialista en infecciones, la doctora Yépez Palacio también explicó en qué consistían tales virus, su alto nivel de contagio desde la infancia, así como en la adolescencia, y las formas más comunes de ser transmitido, entre ellas, la relación sexual:

“A ver, vea, son virus de la familia del herpes que la población general, el citomegalovirus, la mayoría de los niños están positivos alrededor de los seis años. Y de los virus del Epstein-Barr la mayoría de los virus están positivos para la adolescencia, pero más específico que esto, con los de infectología que son los que valoran a L. M. Z. J. [...] es lo más frecuente en nuestra población general que seamos positivos para el Epstein-Barr y... es lo normal, es lo usual [...] ¿Cuándo nos podemos infectar con ellos? Un niño se puede infectar, menor de seis años, uno, en la vía

intrauterina, dos, en el canal del parto, tres, por secreción láctea de la madre, si la madre es portadora, que es lo más probable que lo sea, tres [sic], por transfusiones sanguíneas, quinto, por trasplantes, yo, a mí me toca el programa de trasplante, cuando yo pongo un hígado de un adulto, se lo pongo a un niño, ese adulto puede infectarme al muchacho que está negativo, ¿de acuerdo?, y la otra es por transmisión sexual. Esas son las causas grandes de contaminación por lo uno o con el otro”²³

Así mismo, ahondó en este último aspecto, aunque a la vez recalcó que la persona más capacitada para hablar de ello era la especialista:

“Voy a tratar, aunque yo no soy la experta en eso. Mi campo es patología, yo creo que ahí manejó a la paciente, en infectología, una persona muy hábil, pues, muy capaz. Sería la pregunta más para ella, pero voy a tratar de ayudar. Como le digo, usted se puede infectar por Epstein-Barr por la secreción. Ejemplo, yo tengo una amigdalitis grandota, el Epstein-Barr produce mucha faringitis y amigdalitis. Yo me siento a conversar con usted y yo lo puedo infectar a usted. Si usted es ‘inmuno-competente’, está en la capacidad de organizar ese virus [sic] y tenerlo allá quieto. Y lo más probable es que no se infecte, pues, no contraiga la enfermedad. Usted ‘inmuno-competente’. Si usted no es ‘inmuno-competente’ como un paciente que esté con una leucemia, que esté con un HIV, que esté con una ‘inmuno-supresión’ porque está transplantado, lo más probable es que usted se infecte y sufra una enfermedad ¿ya?, más o menos. Que fue lo que pudo haber sucedido en L. M. Z. J. Yo en Laura no sé si se infectó por una transmisión sexual que sería la pregunta que usted me va a hacer. Dos, si se infectó porque tuvo múltiples transfusiones. No sé. Yo no estoy en capacidad [...] La saliva es una secreción. Las secreciones vaginales [...] son otras secreciones que pueden contaminar e infectar”²⁴.

Igualmente, recordó haber visto en la historia clínica de la joven L. M. Z. J. un resultado positivo de anticuerpos tipo IgG, realizado antes del tratamiento

con quimioterapia.

“[...] los resultados de anticuerpos tipo IgM eran negativos. Los IgG para el citomegalovirus eran positivos y eran de catorce, pero no me acuerdo la fecha exacta, y eran antes de iniciar la quimioterapia”²⁵.

Por último, manifestó que la especialista en infecciones que la había asesorado era “la doctora Trujillo [...], Mónica Trujillo”²⁶.

En el contrainterrogatorio, la defensa le presentó a la testigo la historia clínica de L. M. Z. J. y ella la reconoció como tal²⁷ (evidencia número 728). Además, manifestó que, para el mes de septiembre de 2009, los anticuerpos IgG eran positivos en la menor:

“Eso quiere decir que hay anticuerpos positivos. L. M. Z. J. tiene en su cuerpo anticuerpos positivos tipo inmunoglobulina G contra el citomegalovirus 1,14. Está positivo. Levemente positivo. Defensor: ¿Y para qué fecha era eso, doctora?, ¿nos puede repetir por favor? Testigo: Septiembre 19 de 2009”²⁹.

También explicó qué son los anticuerpos que en el caso de los herpes virus permanecen de por vida en el organismo:

“Uno tiene varios tipos de células que defienden contra algo, sobre todo contra los virus. Uno tiene linfocitos tipo T, que son los asesinos y acaban con todo, y tiene unos linfocitos que producen anticuerpos, ante la eventualidad de tener una infección. Entonces, cuando usted tiene una infección aguda, usted generalmente se defiende con anticuerpos tipo IgM. ¿De acuerdo? Esos están negativos. Yo puedo suponer que una infección aguda o una reactivación aguda, cuando se inició la quimio [sic], no la tenía. Luego, viene y usted en el tiempo los anticuerpos tipo IgM caen y queda una cicatriz, que es a base de anticuerpos tipo IgG. Defensor: Doctora, permítame una puntualización, esa sí muy

importante, es decir, ¿ese virus es imborrable del cuerpo? Testigo: Usted siempre lo va a tener ahí guardado. Defensor: Siempre. Testigo: Y ya le dije cuáles. Defensor: ¿Así sea una persona con su cuerpo...? Testigo: Con su inmunidad completa... Defensor: ¿Siempre el virus va a existir? Testigo: Le queda, le queda, para hepatitis B, para citomegalovirus, para Epstein-Barr y para tuberculosis”30.

2.9. La defensa, por su parte, además de interrogar de manera directa a L. M. Z. J., presentó como testigos de descargo a la bacterióloga Bibiana María Ocampo Granada, la infectóloga Mónica Rosa Trujillo Honeysberg, la menor Laura y la asistente de la parroquia Mariluz Rodríguez Uribe. Las dos primeras aludieron a la prueba atinente al citomegalovirus y las dos últimas al comportamiento desplegado por la víctima. La Sala, por ahora, se ocupará de aquéllas y no de éstas:

2.9.1. La testigo Bibiana María Ocampo Granada acreditó el resultado del examen de anticuerpos efectuado el 21 de abril de 2010 a NELSON JAVIER VÁSQUEZ (evidencia 10), según el cual la muestra de sangre de este último no era reactiva para el herpes viral (0,15 IgG y 0,23 IgM):

“Citomegalovirus, anticuerpos IgG (CMV-G)

”CMV IgG por ECLIA (cobas e411) 0,15 U/ml

”No reactivas < 0,5 U/ml

”Indeterminadas 0,5 – < 1,0 U/ml

”Reactivas > 1,0 U/ml

"[...] Citomegalovirus, anticuerpos IgM (CMV-M)

"CMV IgM por ECLIA (cobas e411) 0,23 ID

"No reactivas < 0,7 ID

"Indeterminadas 0,7 - < 1,0 ID

"Reactivas > 1,0 ID" 31.

2.9.2. Por su parte, la infectóloga Mónica Rosa Trujillo Honeysberg (esto es, la especialista a la que había hecho referencia la pediatra Nora Luz Yépez Palacio) explicó varios puntos al respecto, a saber:

(i) En el interrogatorio directo, habló acerca de qué debe entenderse por citomegalovirus, así como de su permanencia latente en el cuerpo luego de controlar la infección suscitada por el contagio:

"Un virus es un agente infeccioso que es en la gran mayoría de los casos de fácil transmisión, es bastante contagioso, y en el caso del citomegalovirus es un virus que, como pertenece a la familia de los herpes-virus, tiene la capacidad de que después de que infecta a la persona, o sea, que penetra al cuerpo humano, se queda como una infección latente. Eso quiere decir que, después de la infección aguda, el virus no desaparece del cuerpo. La persona puede mejorarse química-mente, o sea, los síntomas se desaparecen, pero el virus queda ahí de por vida. Esa facultad la tienen todos estos virus de la familia herpes"32.

Las formas como se transmite, entre las cuales están los contactos sexuales (besos e intercambios de fluidos genitales):

"El citomegalovirus se transmite por varias formas, la más frecuente es por vía

respiratoria o por vía de secreciones de las personas [...] La más frecuente es la saliva, o es la orina, pero potencialmente cualquier secreción puede ser infecciosa, incluyendo secreciones como las genitales, vaginales o las de semen. La más frecuente es por vía respiratoria, por partículas respiratorias o saliva. Esa es la más frecuente”³³.

El porcentaje de la población que porta el virus:

“[...] sabemos que en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como Colombia, la gran mayoría de la población se expone a este virus, o sea, se infectan, desde muy temprana edad. 90% de los pacientes han adquirido la infección en la infancia. Eso es verdad tanto para el citomegalovirus como para el Epstein-Barr”³⁴.

Los métodos para detectarlo (en nuestro medio, hay dos; la prueba de serología –o de detección de anticuerpos IGC e IGG– y la carga viral):

“Tenemos varias herramientas. Una es la detección de anticuerpos y los anticuerpos... les voy a explicar qué son. Son la memoria que queda después de una infección y hay dos tipos importantes de anticuerpos. Esos anticuerpos los produce el cuerpo en respuesta a esta infección. Entonces hay dos tipos de anticuerpos. Unos son los que se producen en la fase aguda, que son los que se llaman IgM. Estos se producen generalmente en la primera o segunda semana de la infección, empiezan a producirse y tienen un pico máximo entre los tres a seis meses después de una infección. Esos son los IgM. Los IgG son los anticuerpos que se detectan, pueden ser inicialmente después de la infección o más tardíos, pero permanecen casi siempre por el resto de la vida de esa persona, o sea que es una memoria, una huella de que tuvo esa infección. Entonces hay esos dos tipos de anticuerpos que se pueden medir. Tenemos pruebas serológicas que son las que miden los anticuerpos y aquí en Medellín

tenemos esa disponibilidad de medir IgM e IgG para estos dos virus, tanto para el citomegalovirus como para el Epstein-Barr. Además de esto, tenemos la posibilidad de medir ya directamente el virus, en las secreciones o en la sangre, y eso se llama la carga viral. Esto determina cuántos virus tiene uno circulando en ese momento en que le hacen la prueba y eso es muy útil, porque le dice a uno que realmente está ahí presente y no es simplemente una memoria o una respuesta del cuerpo, sino que es detectando el virus directamente. Las otras pruebas que uno lee no están disponibles en nuestro medio, como son el cultivo de virus, eso no lo tenemos, u otras pruebas que dependen de cada infección y pueden utilizarse. Aquí tenemos la serología y la carga viral”35.

El periodo de incubación del virus antes de ser detectable mediante el método de anticuerpos:

“Por lo general después de dos a cuatro semanas se puede detectar el virus. Con la carga viral, se puede detectar directamente el virus. Con los anticuerpos, eso es lo que generalmente se demora para producir el anticuerpo en la persona infectada. Más o menos dos a cuatro semanas. Pero puede demorarse un tiempo más largo, hasta un mes o dos meses”36.

El comportamiento del citomegalovirus en un infectado (o viremia):

“Una vez el virus entra al cuerpo, generalmente por la nariz o por vía oral, el virus se empieza a multiplicar en las células respiratorias y de ahí ya se disemina por todo el cuerpo, se llama la viremia, o sea que está circulando el virus por la sangre, y de ahí se va a todos los órganos del cuerpo. Generalmente el citomegalovirus compromete el hígado, o sea que produce una hepatitis que es una inflamación del hígado. Puede comprometer el bazo, puede comprometer los pulmones o cualquier órgano, dependiendo del estado inmune de esa persona, o sea, de sus defensas”37.

Los factores de riesgo para que el virus cause afecciones en el cuerpo de quien ha adquirido el contagio:

“Cualquier persona está expuesta y susceptible a adquirir la infección y, de hecho, casi todos hemos estado expuestos a ese virus desde pequeños, pero todos la controlamos. Los pacientes que están en más riesgo de tener complicaciones son los que tienen ‘inmuno-supresión’. Eso quiere decir que sus defensas están bajitas por muchas razones. Puede ser por motivo cáncer, puede ser por virus del VIH o SIDA, puede ser por terapias como los esteroides prolongados o quimioterapia, cualquiera de éstas hacen que la inmunidad esté baja, o sea, las defensas bajas, y esta persona está más predispuesta a que tenga complicaciones después de una infección por el citomegalovirus”³⁸.

La manera de controlarlo y las posibilidades de que una infección por causa de este virus llegue a reactivarse:

“En condiciones normales, el mismo cuerpo controla la infección y pasa a la fase latente. O sea que entra a las células y ahí queda como dormido hasta que se vuelve a activar por distintas razones. En el campo de la medicina, tenemos distintos medicamentos que podemos usar para controlar el virus, que son ganciclovir, foscarnet y sideofovir. En nuestro medio, el ganciclovir es el que tenemos para uso en pediatría [...] Se controla la infección, pero no se desaparece del todo. Como les expliqué, el virus queda latente, entonces queda ahí por el resto de la vida de la persona, que si esa persona está expuesta a condiciones que lo hagan ‘inmuno-comprometido’, el virus se reactiva, o puede ser por la fiebre, por el estrés, por drogas o medicamentos, entonces ese virus se despierta y puede volver a causar infección. Entonces se controla, pero no se cura”³⁹.

Y de qué se trata un 'falso negativo', así como la probabilidad de obtenerlo en una prueba de serología (4% o 5%):

“‘Falso negativo’ es cuando tengo una prueba de laboratorio en un paciente que tiene la infección, o la enfermedad, y me da un resultado negativo, o sea que es un ‘falso negativo’ [...] Depende de varias cosas. Una es de la prueba que se utilice, otra del laboratorio que haga la prueba, otra es de las condiciones inmunológicas de la persona que se haga la prueba y otra es de la misma prueba, que puede tener ‘falsos negativos’ como ‘falsos positivos’. Entonces, en las pruebas serológicas que tenemos en nuestro medio, se estima que hay como una... falsos negativos en un 4% o 5% de las pruebas. Eso quiere decir que el paciente que tenga una infección le puede dar la prueba negativa hasta en un 4% a 5% de los casos. Son pruebas muy buenas, pero todas las pruebas en medicina tienen sus problemas. Entonces el hecho de que sea negativa o positiva no es 100% en ninguno de los casos”⁴⁰.

(ii) Durante el contrainterrogatorio⁴¹, la testigo admitió que existen ciertos organismos que son portadores del citomegalovirus y, sin embargo, no producen anticuerpos. Así mismo, que en la prueba de la carga viral también es posible no detectar la presencia del agente:

“Sí, es correcto, hay muchas razones [...] Una es... puede estar en lo que llamamos la ‘ventana inmunológica’, o sea que la persona ha estado infectada, pero no ha producido anticuerpos todavía detectables por las pruebas. Eso no quiere decir que no tenga la infección. Otra razón puede ser que la persona por su estado inmunológico no crea anticuerpos, también puede pasar, entonces no se detectan en la sangre. Entonces la manera más exacta de medir ese virus, esta infección, sería a través de la carga viral. El problema es que es un examen costoso y no lo hacen en todas partes. Entonces por eso recurrimos a la serología como prueba de rutina. Pero si uno quiere detectar el virus, y confirmar que la infección existe, es con la carga viral. Lo

otro que es importante es recordar que el virus no está presente en la sangre continuamente. Entonces puede uno hacer la prueba un día y ese día el virus no está positiva, hablamos de la carga viral. La serología sí permanece positiva. La IgG, durante mucho tiempo. Y la IgM, durante tres a seis meses y después desaparece [...] En ambas pruebas, tanto en la IgM como en la IgG puede haber ‘falsos negativos’, eso quiere decir: el paciente tiene la infección, pero nos da la prueba negativa, ya sea por la prueba en sí o por lo que el certificado... ahora, que el paciente que tiene alguna enfermedad o alguna condición que hace que no responda a la infección, como son procesos de ‘inmuno-supresión’, cáncer, transplantado, muchas razones. Pero hay cierto porcentaje de pacientes que no reaccionan a la prueba”42.

(iii) En el interrogatorio redirecto, la testigo se refirió una vez más al concepto de viremia (o infección activa) y a la muy elevada capacidad de contagiar a otras personas en ese estado:

“Después de que el virus penetra al cuerpo, generalmente por vía respiratoria por la nariz o la boca y los pulmones, el virus entra a la sangre y se disemina por todo el cuerpo. Eso es la viremia, cuando el virus circula por la sangre y va a los distintos órganos del cuerpo [...] El estar virémico significa que uno tiene una infección activa, entonces que está contagioso y que puede transmitir esa infección a otras personas”43.

(iv) En el contrarredirecto, aludió a la forma como una persona ‘inmuno-competente’ puede tener una infección aguda con viremia transitoria y llegar a controlarla como si se tratase de un resfriado común:

“Cuando hay compromiso en el pulmón, se puede transmitir por las secreciones respiratoria, ya sea tos, estornudo, hablar cerquita con esa persona, cualquier secreción que venga del tracto respiratorio puede ser contagiosa y esa es la manera más

frecuente que uno se contagia con otras personas, por vía respiratoria [...] Cuando una persona es 'inmuno-competente', quiere decir cuando no tiene problemas con sus defensas, la viremia es muy transitoria y uno controla la infección y ni siquiera muchas veces se da cuenta que la tuvo o tuvo como una gripa, es transitorio, pero cuando un paciente tiene problemas en su inmunidad, o sea, es 'inmuno-comprometido', esa viremia puede permanecer más tiempo en el cuerpo, puede ser más prolongada y, cuando afecta el hígado, eso se manifiesta como una hepatitis"44.

(v) Por último, en las preguntas que el juez hizo a modo de aclaración, la deponente manifestó que el resultado de la prueba de 12 de abril de 2010 (la realizada a NELSON JAVIER VÁSQUEZ) indicaba que el sujeto examinado no había estado expuesto al citomegalovirus (es decir, no le había sido transmitido el agente infeccioso), sin descartar que tal dato obedeciera a un 'falso negativo':

"Aquí tengo el resultado de la IgM e IgG del citomegalovirus... son anticuerpos y tiene IgG no reactivo, o sea negativo, e IgM no reactivo, también negativo [...] Esto quiere decir que la persona no ha estado expuesta al virus, pero recordemos que hay falsos negativos de las pruebas. Entonces puede ser que la persona sí tiene la infección o la tuvo y la prueba dio negativa. Pero como uno lo interpreta leyendo esta prueba es negativa la IgG y la IgM"45.

Igualmente, precisó las vías para comprobar que el examen no era un 'falso negativo' (repetición de la prueba de serología o carga viral), pero al mismo tiempo recalcó que no es pragmático acudir a ellas cuando una persona arroja tal resultado y, además, no tiene síntomas de infección aguda.

"Se puede repetir en un lapso de dos a tres meses o se puede hacer otra prueba como la carga viral que detecta el virus. Lo que pasa es que, en términos

prácticos, hacerle la carga viral a todo el mundo no es práctico, porque es una prueba muy costosa en una persona que está sin síntomas. Lo más probable es que le va a dar negativo. Entonces si esto es cierto, que la persona es negativa, entonces le va a dar las dos negativas. Si es un paciente que tiene la infección, puede ser un ‘falso negativo’ de las dos pruebas, que no es lo común, lo común es ver por lo menos la IgG positiva en un paciente adulto”⁴⁶.

Finalmente, habló una vez más acerca de la tasa de probabilidades de los ‘falsos negativos’ (4% o 5% en la IgM y 2% o 3% en la IgG):

“No es muy frecuente. Son solamente 4% a 5% en las IgM y en las IgG como un 2% a 3% dan ‘falsos negativos’ [...] Es lo más probable que no la tenga [la infección por el virus]. Pero, si puedo hacer un comentario, señor juez, el hecho de que uno no tenga citomegalovirus no quiere... a ver, el citomegalovirus no es como el virus del VIH, que si usted lo detecta, usted asume que fue de transmisión sexual. El citomegalovirus se puede adquirir por muchas maneras. Entonces no descarta que haya habido una transmisión sexual el hecho de tenerla negativa”⁴⁷.

2.10. Del anterior recuento probatorio, la Sala advierte que la defensa, mediante la prueba solicitada por la Fiscalía, los contrainterrogatorios que en su momento realizó y los medios de conocimiento que por iniciativa propia introdujo a la actuación, construyó una hipótesis fundada en dos clases distintas de aserciones:

2.10.1. Las primeras son de orden teórico o eminentemente valorativo. Pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) La mayor parte de la población colombiana (aproximadamente un 90%) es portadora del citomegalovirus desde la infancia. Ha podido adquirirlo de múltiples

maneras, incluso en el vientre materno.

(ii) Cuando una persona es 'inmuno-competente' (esto es, cuando su organismo tiene buenas defensas), el contagio del citomegalovirus se traduce en una infección aguda, que por lo general no se distingue de una gripa. Para combatirla, el organismo produce anticuerpos tipo IgM, que son detectables por la prueba de serología de dos semanas a dos meses después de la transmisión y permanecen en el organismo hasta por seis meses antes de desaparecer. Cuando la infección es controlada, el cuerpo, por el resto de sus días, producirá anticuerpos tipo IgG, que también suelen ser descubiertos mediante el examen de serología.

(iii) Cuando el sujeto es portador y sufre una 'inmuno-supresión' (es decir, cuando se le han bajado las defensas, como sucede en el caso de un tratamiento por quimioterapia), suele reactivarse la infección aguda por citomegalovirus. Y si ello ocurre, entra en un estado de viremia, lo que implica "que está contagioso y que puede transmitir esa infección a otras personas", en palabras de la especialista.

(iv) La forma más común de transmitir el virus es por vía respiratoria, de suerte que hablar de cerca con un infectado constituye un factor de riesgo relevante. El virus, así mismo, se transmite por intercambio de secreciones o fluidos corporales. De esta manera, será probable el contagio cuando una persona 'inmuno-competente' (que no sea portadora) sostiene relaciones sexuales con una 'inmuno-suprimida' en fase de infección aguda o de reactivación.

(v) Las pruebas de serología (es decir, las que encuentran rastros de los anticuerpos IgM o IgG que combatieron al citomegalovirus) pueden arrojar en ciertos casos 'falsos positivos' y 'falsos negativos'. En lo que a este último

aspecto atañe, la probabilidad de que el cuerpo produzca anticuerpos IgG y el examen no los detecte es del 4% o 5%, y la de que el resultado negativo sea equivocado en materia de anticuerpos IgM es del 3% o 4%. Esto hace que sean consideradas “pruebas muy buenas”, o bastante confiables, según la experta.

(vi) Si la persona tiene síntomas de infección aguda por este herpes, y además el examen de serología arroja un resultado positivo, para reducir al mínimo el margen de error suele ordenarse la prueba de la carga viral, que mide directamente la presencia del agente en la sangre. Esta prueba, como sucede con todos los exámenes de laboratorio en medicina, tampoco es infalible, porque en algunas ocasiones el virus puede no estar presente en la sangre.

(vii) En cambio, cuando el resultado es negativo para los anticuerpos IgM e IgG (lo que, en todo caso, no es común, porque la mayoría de la gente ha adquirido el virus y lo tiene controlado desde la infancia), y además no presenta los síntomas de una infección aguda, no es pragmático realizar la prueba de la carga viral, pues lo más probable es que, en esas condiciones, el sujeto no haya estado expuesto al virus (es decir, no haya sido infectado con éste).

2.10.2. Las segundas aserciones son fácticas y guardan relación con la imputación de los hechos en este caso:

(i) El 19 de septiembre de 2009, un examen de serología hecho a L. M. Z. J. arrojó un resultado positivo (1,14) para anticuerpos IgG. Lo anterior quería decir (en términos de una elevada probabilidad) que la menor hacía parte de la gran mayoría de la población, es decir, era portadora del citomegalovirus y lo tenía en estado latente.

(ii) Para el mes de diciembre de 2009, la menor venía siendo tratada con quimioterapia en razón de la leucemia linfóide aguda que padecía, situación

que la llevaría a un estado de 'inmuno-supresión'. También mostraba síntomas de una infección viral aguda y las pruebas de serología a las que hizo alusión la pediatra denotaban la presencia, en niveles altos, del citomegalovirus y del Epstein-Barr. La prueba de la carga viral que en aquel entonces se le hizo a L. M. Z. J. confirmó la existencia de dicha infección.

(iii) El 21 de abril de 2010, se le realizó un examen de laboratorio a NELSON JAVIER VÁSQUEZ. Salió con resultados negativos, tanto para anticuerpos IgM como para anticuerpos IgG. El margen de error de esa prueba era de 3% o 4% para los primeros y 4% o 5% para los segundos. Ello sugería que el procesado era parte de ese 10% de la población que no ha sido infectada con el citomegalovirus.

(iv) De acuerdo con los señalamientos de la menor, el 13 de noviembre de 2009 sostuvo una relación sexual con el procesado, en la cual hubo besos en la boca y penetración del pene por la vagina sin el uso de preservativos.

(v) Para esa fecha, la menor ya era tratada con quimioterapia. Es más, justo ese día, por la mañana, había tenido una sesión. Por lo tanto, era probable que ya estuviese en estado de 'inmuno-supresión' y que, así mismo, se le hubiese reactivado la infección, presentando una situación de viremia, es decir, teniendo la facultad de transmitir fácilmente el virus a cualquier otra persona que no lo tuviere mediante las vías habituales (respiración, saliva, intercambio de secreciones, etcétera).

Y (vi) si a NELSON JAVIER VÁSQUEZ le fue transmitido ese día el virus, en su organismo se le hubiera podido detectar anticuerpos tipo IgM de dos semanas a dos meses después de haber sostenido la relación de índole sexual. Y habría producido esa clase de defensas durante algún tiempo, entre tres y seis meses. Luego, con el virus latente, se le encontrarían anticuerpos tipo IgG por el resto de sus días. Por lo tanto, para el 21 de abril de 2010 (más de cinco meses después del aludido

acceso carnal), en el acusado hubieran debido de detectarse anticuerpos tipo IgM o IgG.

2.11. El Tribunal, en el fallo impugnado, concluyó que esta hipótesis defensiva generaba en los hechos materia de imputación una duda susceptible de ser resuelta a favor del procesado.

El cuerpo colegiado, en efecto, estimó que en las referidas condiciones era razonable esperar que el sacerdote se hubiere contagiado y que, por consiguiente, el resultado de la serología saliese positivo. Al mismo tiempo, le reprochó a la Fiscalía no haber descartado la realidad de tal proposición. Este fue el razonamiento del ad quem:

“Este examen de laboratorio [el practicado a L. M. Z. J. el 19 de septiembre de 2009], que según la declaración de la citada profesional de la medicina [Nora Luz Yépez Palacio] le fue entregado por los padres de la menor, deja en evidencia que, para el mes de septiembre de 2009, ya en el cuerpo de la menor había señales de la presencia del citomegalovirus, por lo que, ciertamente, dado que ese agente infeccioso nunca abandona el cuerpo de la persona en la cual se aloja, L. M. Z. J. tenía para el 13 de noviembre de 2009 dicho herpes en su frágil humanidad. Dando valor a este medio de prueba, queda en el campo de la especulación la tesis del a quo según la cual era probable que para esa fecha la niña no se hallara infectada y que bien pudo adquirir el virus con posterioridad, dado que el siguiente examen le fue hecho para mediados del mes de diciembre de ese año.

“Ahora bien, superado lo anterior, dado que, como quedó probado, L. M. Z. J. tenía para el 13 de noviembre de 2009 el virus en su cuerpo, de haber sostenido una relación sexual con el sacerdote –que, según las propias palabras de la presunta víctima, además de la penetración hubo besos en la boca– es muy probable que el

sacerdote se hubiera infectado.

"Se concluye lo anterior, pues escuchado el calificado testimonio de la infectóloga Mónica Rosa Trujillo Honesberg [sic], dicho virus tiene como forma de contagio la respiración, la saliva y los fluidos del cuerpo, y tiene un alto porcentaje de posibilidad de contagio, prueba que nos permite, como se dijo, concluir que si la menor L. M. Z. J. tenía el virus al interior de su organismo y sostuvo una relación sexual, que supuso la penetración del pene del acusado en su vagina, además de caricias y besos en la boca, no es descabellado pensar que el religioso resultase infectado, siendo entonces de primordial importancia para la prueba de cargo haber determinado si en efecto NELSON JAVIER tenía o no el virus.

"Ahora bien, según la experta en infecciones, el virus tiene un periodo de incubación de dos a cuatro semanas, por manera tal que si el religioso estuvo expuesto al virus, que era portado por una persona 'inmuno-deprimida' -la jovencita tenía un cuadro debidamente diagnosticado de leucemia para la época de los hechos, 13.11.09, y ese específico día había recibido tratamiento de quimioterapia-, era bastante probable, en términos de la experta, que el sacerdote hubiere resultado infectado y que ese virus se hubiera implantado en su cuerpo en las semanas siguientes.

"No obstante lo anterior, en un examen que le fue practicado al acusado en el mes de abril de 2010, documento debidamente introducido al juicio y reconocido por la galeno como adecuado para establecer si una persona puede o no ser portadora del citomegalovirus, NELSON JAVIER VÁSQUEZ resultó negativo para el mismo, con lo cual podría, como bien lo dice el recurrente, generarse una duda en torno a si realmente el ayuntamiento sexual ocurrió"48.

El juez plural, adicionalmente, no descartó la posible ocurrencia de otras situaciones. No obstante, advirtió que ninguna de ellas tenía el peso suficiente

para desvirtuar la teoría de la defensa, teniendo en cuenta la disposición o propensión de las probabilidades a favor del acusado:

“Por supuesto, ha estudiado detenidamente la Sala todo el acopio probatorio que sobre este punto se aportó al proceso y no se desconoce, en primer lugar, que bien podría el sacerdote, pese haber estado expuesto al virus al momento de la presunta relación sexual, no haber sido infectado, o que, no obstante haberlo adquirido, no se haya desarrollado en su organismo, o que teniendo el citomegalovirus el examen sea lo que denomina la infectóloga un ‘falso negativo’, pero todo ello está dado en términos de probabilidades, no de certeza, y, en esto tiene razón también el recurrente, las probabilidades se inclinan a favor del acusado, pues, no sobra recordarlo, dado que la menor L. M. Z. J. tenía para el 13 de noviembre de 2009 el citomegalovirus en su organismo, que era una paciente ‘inmuno-suprimida’, lo que generaba un alto riesgo de contagio, que, de ser cierto su relato, tuvo la relación sexual incluidos besos en la boca, y que el citomegalovirus se transmite, como lo dice la experta, especialmente por la saliva o por secreciones genitales, no es descabellado concluir que el acusado estaba con grandes probabilidades de ser contagiado y, por el contrario, su examen revela que no tenía la infección para el mes de abril de 2010, siendo muy baja la probabilidad de un falso positivo”⁴⁹.

2.12. El error de hecho por falso juicio de identidad señalado por la demandante, que fue coadyuvado por el Fiscal Delegado ante la Corte y el representante de la Procuraduría en la audiencia de sustentación, tiene como argumento central sostener que la única vía de descartar si el resultado del examen de serología se trataba de un ‘falso negativo’ consistía en practicar la prueba de la carga viral.

Aunada a dicha postura, está la contemplada por el Magistrado del Tribunal que no compartió la decisión mayoritaria, según la cual la defensa incumplió su

carga procesal al no fundamentar dentro del juicio la probabilidad de que un sujeto con buenas o altas defensas pudiera no contraer el virus tras estar en contacto con una persona que sí lo tuviera:

“En la ponencia se sobredimensiona la circunstancia de que el procesado resultara negativo en el examen para diagnosticar la presencia del citomegalovirus, que se entiende padecía la víctima, pues a pesar de que se llamó a testificar a la infectóloga Mónica Rosa Trujillo, se dejó de interrogar sobre lo importante, esto es, qué tan probable es la transmisión de este herpes virus, lo cual se asume como muy probable por la mayoría sin mayor base científica; pues sin dejar de lado los márgenes de error del resultado negativo señalado, lo cierto es que si una persona tiene las defensas altas no necesariamente se produce su contagio, aspecto que si bien no quedó muy claro, pues al respecto esta testigo técnica se refirió a que no era controlado por los ‘inmuno-depresivos’, sí advirtió que todos estábamos expuestos al mismo; pero lo cierto es que no todos lo contraemos”⁵⁰.

Como argumento secundario, se halla el aludido por quienes respaldaron la prosperidad del extraordinario recurso, en virtud del cual el resultado negativo de la prueba de serología debía ser desacreditado por la credibilidad predicable en la menor víctima.

2.13. La principal crítica efectuada a la tesis del Tribunal, que no es otra que la esgrimida por la defensa como hipótesis científica, guarda relación con la teoría de la probabilidad y, en especial, con el problema de las elecciones con base en proposiciones o enunciados acerca de eventos probables, así como el contraste o refutación de aquéllas.

Creada para resolver situaciones propias de los juegos de azar, la teoría clásica de la probabilidad entiende como tal el cociente o valor numérico obtenido de la

división del número de resultados favorables entre todos los posibles.

Así, se dice que la probabilidad (o frecuencia relativa) de que la próxima tirada de un dado arroje un determinado número de uno a seis será de un sexto ($1/6$).

De la misma forma como ha sucedido con la teoría del conocimiento, en la actualidad se aboga por interpretaciones objetivas y no subjetivas de la probabilidad, es decir, una en la cual los enunciados numéricos, porcentuales o lingüísticos no sean asimilados a grados de sentimientos de creencia o duda.

La solución radica en formular cualquier afirmación probabilística a la manera de una hipótesis concerniente a la frecuencia relativa de una serie o secuencia de acontecimientos, la que a su vez dependerá de las condiciones en que se realice el experimento.

Por ejemplo, cuando se tira al aire una moneda, la probabilidad (esto es, el cociente aludido en precedencia) de que caiga cara o de que caiga sello es del 50%. De ahí es imposible predecir con éxito si el próximo lanzamiento va a caer cara o sello. Tampoco podrá asegurarse que, en las próximas diez tiradas, cinco saldrán cara y cinco saldrán sello. Pero sí se puede afirmar que, de acuerdo con el teorema de Bernoulli (perteneciente a la llamada ley de los grandes números), el porcentaje obtenido en cualquier experimento (por ejemplo, lanzar determinada cantidad de veces la misma moneda) discrepará en menor proporción del cociente calculado como frecuencia relativa (50%) en la medida en que el número de acontecimientos (o tiradas de la moneda) tienda al infinito.

Ahora bien, cuando el experimento consiste en lanzar diez veces la misma moneda (como en el ejemplo anterior) los enunciados acerca de los posibles

eventos varían. En este caso, la probabilidad de que el resultado sea cinco caras y cinco sellos es del 25%; la de que salga entre cuatro y seis caras es del 21%; y habría menos de una posibilidad entre mil de que todas las tiradas dieran cara (o todas salieran sello).

Es aquí cuando las aserciones empíricas atinentes a los enunciados de probabilidad deben apreciarse conforme a la lógica de lo razonable. Si se afirma que una serie de diez lanzamientos de moneda arrojó como resultado cinco caras y cinco sellos, o seis caras y cuatro sellos, o incluso siete caras y tres sellos, es razonable aceptar que hubo una correspondencia con la realidad (o, por lo menos, con los valores de frecuencia relativa asignados por la teoría clásica), por cuanto se ajustaría a los resultados usuales que en una sucesión finita pero larga se acercarían al cociente (es decir, estarían dentro del margen de lo probable). Pero si se sostiene que en el experimento se obtuvo diez caras (o diez sellos), no sería absurdo preguntarse por la veracidad, seriedad o condiciones en las cuales se hizo, pues el peso de los datos (o las series de eventos realizados antes del caso) de alguna manera no apoyarían la materialización del resultado improbable.

Considérese ahora una sucesión de lanzamientos con una moneda cargada, diseñada especialmente para que la mayoría de las veces salga cara y no sello. De cien tiradas, noventa y siete arrojan cara y sólo tres resultan sello. Si se escogiera al azar una de las cien tiradas, no sería absurdo predecir que dio cara, aunque no pueda excluirse del todo la posibilidad de seleccionar uno de los tres sellos. Pero si el experimento arrojó setenta caras y treinta sellos, o sesenta caras y cuarenta sellos, la predicción de cara se afectaría considerablemente.

En este orden de ideas, cuando en el juicio una de las partes

quiere acreditar un acontecimiento con base en hipótesis de experimentos u observaciones anteriores relativas a enunciados probables (ya sea de tipo numérico –por ejemplo: “90% de los veces...”– o lingüístico –como “lo más frecuente es...”), deberá hacerlo mediante un testigo experto en la ciencia, profesión o técnica dentro de la cual se han efectuado las series finitas de sucesos alusivos al caso, que pueda dar fe (y, por lo tanto, que sus afirmaciones sean susceptibles de crítica racional) acerca de la disposición, propensión y características de éstos cuando son repetidos a menudo, con el fin de justificar la frecuencia relativa a partir de la cual el funcionario decidirá el hecho atinente a un evento aleatorio, conforme a la lógica de lo razonable. Recuérdesse en este sentido que el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 contempla que la relevancia o pertinencia de la evidencia física, el elemento material probatorio y el medio de prueba (que no sólo la valora el intérprete de manera ex ante durante la audiencia preparatoria, como lo ha precisado la Sala⁵¹, sino también al finalizar el debate, con todos los elementos de juicio conocidos o ex post) se presentará incluso cuando sólo sirvan “para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados”.

A su vez, la otra parte podrá refutar los enunciados de probabilidad de diversas maneras. Una sería cuestionar la validez de la estimación, para en lugar de ello proponer que el margen de error del experimento es estadísticamente significativo (es decir, que la frecuencia relativa en realidad no está cerca del 100% o del 0% como lo advirtió el perito) o, en términos no numéricos, que hay datos importantes que desacreditan la elevada probabilidad del evento. Otra sería refutar la teoría empíricamente, es decir, demostrando con pruebas o argumentos que el caso concreto obedeció al suceso improbable.

2.14. En el presente asunto, la hipótesis de la defensa fue construida con base en distintos enunciados probabilísticos, sustentados en los testimonios de

profesionales del campo de la bacteriología, pediatría e infectología (Bibiana María Ocampo Granada, Nora Luz Yépez Palacio y Mónica Rosa Trujillo Honeysberg), en los cuales un suceso azaroso y encadenado con el precedente siempre podía decidirse a favor del procesado, en razón de la mayor probabilidad de cada uno de ellos. Por ejemplo:

2.14.1. Era posible que el 13 de noviembre de 2009 (fecha del abuso sexual imputado) L. M. Z. J. no estuviese en estado de viremia por el citomegalovirus. Sin embargo, lo más probable es que así fuera, dada la presencia anterior del herpes viral en el organismo de la menor y el tratamiento con quimioterapia al que venía siendo sometida.

2.14.2. No podía descartarse que, a pesar de ser besada en la boca y accedida carnalmente, la joven no le transmitió el herpes al acusado. No obstante, lo usual o más frecuente es que, debido al intercambio de fluidos, un ‘inmuno-suprimido’ infectado con el virus contagie a un ‘inmuno-competente’ que no fuera portador del mismo.

2.14.3. Podía ser que NELSON JAVIER VÁSQUEZ recibiera el virus y, sin embargo, su organismo no generase anticuerpos de tipo alguno para combatirlo. Pero del contexto de lo relatado por las expertas se advierte como regla general que si una persona no sufre de ‘inmuno-supresión’ por una patología determinada (SIDA, leucemia, hepatitis, etc.), debería reputársele como ‘inmuno-competente’.

2.14.4. No era imposible que el resultado del examen de laboratorio de 21 de abril de 2010, según el cual el procesado no era reactivo para los anticuerpos IgM e IgG, obedeciera al denominado ‘falso negativo’. No obstante, la probabilidad de que esto ocurra es del 4% o 5% para los primeros y del 3% o

4% para los segundos.

2.14.5. Y, por último, hubiera podido practicarse la prueba de la carga viral para detectar directamente si el acusado era portador o no del agente infeccioso. Sin embargo, lo más razonable es no acudir a dicho procedimiento cuando la persona no presenta síntomas y la prueba de serología ha arrojado resultados negativos. (Algo similar sucede con las pruebas de control de dopaje. Cuando la muestra del deportista sale negativa, no se repite el examen, pues éste de por sí es bastante confiable. Pero cuando resulta positiva, se acude a la contra-muestra para reducir al mínimo el margen de error.)

Para el Tribunal, esta sucesión de acontecimientos aleatorios no pudo desvirtuar del todo la verdad histórica de la imputación (pues de hecho no era posible refutar teóricamente la existencia de cualquiera de los sucesos improbables). Pero como la carga de la defensa en el proceso penal consiste en construir, por lo menos, una duda razonable, la decisión absolutoria del ad quem no fue contraria a derecho, ya que empleó como criterio válido de racionalidad uno en el cual optaba por el evento que en una sucesión finita de la misma índole terminaba siendo el más frecuente entre todo el abanico de posibilidades (aunque sin descartar el menos probable).

En realidad, la apreciación de la prueba en el derecho penal está llena de elecciones de ese tipo, en las cuales el funcionario deberá decidir siempre teniendo en cuenta la medida de lo razonable. Piénsese, por ejemplo, que la hipótesis ‘científica’ de la defensa hubiera consistido en cuestionar la relación abusiva con base en el contrainterrogatorio que el abogado le hizo a la especialista forense Érika Cristina García Bertel, quien admitió que el desgarramiento del himen podía obedecer, de manera excepcional, a situaciones particulares que no implicaban un acceso carnal:

“Defensor: Doctora, en términos abstractos, o desde el punto de vista científico, ¿es claro o es cierto que la penetración viril no es la única causa que puede originar la desfloración del himen de una dama?, ¿cierto? Testigo: Excepcionalmente, puede ser por traumas, pero con una historia clínica que corrobore que efectivamente hubo un trauma a nivel del himen, tiene que haber lesiones a nivel de los genitales o a nivel de la pelvis, en un accidente de tránsito, por ejemplo, pero la principal causa de desfloración a nivel himenial es la penetración. Defensor: Doctora, puntualmente, ¿pero sí es posible entonces que la desfloración se produzca por ejemplo por un evento de trauma contuso?, ¿cierto? Testigo: La respuesta es sí, excepcionalmente. Defensor: ¿Pero sí es posible? Testigo: Sí, es posible”⁵².

Si lo anterior hubiese sido planteado como teoría absolutoria, habría que descartarla por absurda, en la medida en que no fueron aportados elementos de juicio para establecer que la posibilidad aducida por la perito no tenía esa calidad de “excepcional” o que las circunstancias concretas del caso denotaban que el desgarró del himen se debió a un evento singular de tal calibre.

De similar manera, la parte fiscal incumplió la obligación de refutar la hipótesis que en este caso sí sustentó la defensa. Nótese que, en una de sus intervenciones, la demandante le preguntó a la testigo Mónica Rosa Trujillo Honeysberg acerca de la posibilidad de portar el agente infeccioso sin producir anticuerpos. Obtuvo una respuesta positiva. Pero eso no era suficiente, porque no la interrogó por la frecuencia que en una sucesión larga de eventos del mismo tipo se presenta tal circunstancia, ni suministró datos objetivos para predicar que NELSON JAVIER VÁSQUEZ tendría esa condición especial (esto es, la de no generar anticuerpos), que por lo dicho no es compartida por la mayoría de la personas.

Al contrario de lo sostenido por el Magistrado disidente, la defensa no tenía el deber de interrogar de manera explícita a la perito acerca de la probabilidad de que una persona con 'inmuno-supresión' contagiase a un organismo con buenas defensas, como se supone que sería el del procesado. Es cierto que el abogado no fue claro en ese aspecto, pero también lo es que de las aseveraciones de la experta en infecciones no se podía extraer información relevante alguna con la cual se construyese un enunciado contrario a los intereses del procesado o que pusiese en tela de juicio la propensión favorable. Basta con recordar las palabras de la perito:

"[...] sabemos que en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como Colombia, la gran mayoría de la población se expone a este virus, o sea, se infectan, desde muy temprana edad".

"Cualquier persona está expuesta y susceptible a adquirir la infección y, de hecho, casi todos hemos estado expuestos a ese virus desde pequeños, pero todos la controlamos".

"El estar virémico significa que uno tiene una infección activa, entonces que está contagioso y que puede transmitir esa infección a otras personas".

"Cuando una persona es 'inmuno-competente', quiere decir cuando no tiene problemas con sus defensas, la viremia es muy transitoria y uno controla la infección y ni siquiera muchas veces se da cuenta que la tuvo o tuvo como una gripa, es transitorio, pero cuando un paciente tiene problemas en su inmunidad, o sea, es 'inmuno-comprometido', esa viremia puede permanecer más tiempo en el cuerpo, puede ser más prolongada"⁵³.

En este orden de ideas, si el virus es altamente infeccioso y lo tiene la mayoría de la gente, si cualquier persona está expuesta al contagio, si el estado de

viremia implica facilidad de transmitir el agente viral a otros, y si lo que hace una persona con buenas defensas es controlar la infección sin incluso sospechar que la tuvo, pertenece al terreno de la especulación considerar razonable la posibilidad de que un 'inmuno-competente' no haya estado expuesto al virus luego de besar y tener acceso carnal con una persona en estado de viremia.

Si de lo que se trataba era de refutar por esta vía la hipótesis de la defensa, le correspondía al ente acusador (y no al abogado) extraer de la testigo experto un enunciado, en el sentido de que era significativa la probabilidad de que un organismo con buenas defensas no contrajera el citomegalovirus en esa situación específica, máxime cuando el peso de los datos suministrados por la especialista apuntaba a colegir todo lo contrario.

La Fiscal tampoco cuestionó ni indagó (con la debida preparación, claro está, para evitar respuestas que en lugar de refutar la teoría rival la fortaleciese) por los fundamentos, estudios realizados, condiciones y requisitos de los experimentos, etc., respecto de cualquiera de los sucesos probables con los cuales el Tribunal eligió favorecer al procesado, pues con tan sólo establecer que en cualquiera de ellos la calidad de "frecuente", "más probable" o "cercano al 100%" no era tal, o no se ajustaba a lo sucedido en el caso concreto, o no tenía sustento científico (siendo, por ejemplo, producto de una apreciación subjetiva de la especialista), hubiera derruido esa hipótesis compleja, que dependía de varios factores de azar.

Por otra parte, es cierto que, cuando fue interrogada por el juez a quo, Mónica Rosa Trujillo Honeysberg aseguró que "no descarta que haya habido una transmisión sexual el hecho de tener [la prueba de serología] negativa"⁵⁴. Aunque esta afirmación en todo caso no afecta la decisión del Tribunal, no sobra precisar que la perito se estaba refiriendo a una situación fáctica distinta a la debatida, en la que supuestamente la menor había adquirido la infección aguda por citomegalovirus

después de lo acontecido el 13 de noviembre de 2009. Por lo tanto, era correcto el razonamiento de la experta (en el sentido de que el resultado negativo no desvirtuaba la existencia de la relación sexual, porque la menor pudo contagiarse fácilmente del virus de cualquier otra manera), pero intrascendente para el caso. Lo relevante era que si NELSON JAVIER VÁSQUEZ besó y accedió carnalmente a una joven en estado de viremia sin usar ningún tipo de protección, lo más probable era que presentase anticuerpos IgM o IgG para la fecha del examen de laboratorio, y sin embargo no fue así, lo que era suficiente para que el ad quem lo absolviera por duda razonable.

Por último, no configura un error de hecho por falso juicio de identidad (pues de ninguna forma alude a una distorsión, tergiversación o lectura equivocada del contenido fáctico de un medio de prueba), ni algún otro vicio de mérito, que en la conclusión del Tribunal no se hubiera hecho expresa consideración a la aseveración de la testigo según la cual “la manera más exacta de medir ese virus [...] sería a través de la carga viral”⁵⁵.

Además de la demandante, quienes en sede de casación solicitaron a la Corte casar la sentencia impugnada partieron de una noción tan absoluta como subjetiva del conocimiento, completamente distinta a un modelo teórico-objetivo de confrontación y refutación de teorías que pretende aproximarse a la verdad material, pero no la asigna ni la exige arbitrariamente, y que al mismo tiempo supone la aplicación del principio procesal *in dubio pro reo*. De ahí lo desproporcionado de pedirle a la defensa la carga de probar en el grado último de certeza que el resultado del examen de serología no fuera un ‘falso negativo’.

Tampoco era correcto afirmar que la duda relativa al examen médico debía ceder

dentro de la valoración en conjunto de la prueba ante la credibilidad otorgable a la víctima. En este sentido, el Tribunal admitió un margen de discrecionalidad o de 'indecibilidad' frente a lo dicho por L. M. Z. J. que, como se verá más adelante (cf. 3.4), apoyaba y de ninguna manera demeritaba la decisión absolutoria.

El reproche, en consecuencia, está destinado al fracaso.

3. De la credibilidad de los menores de edad cuando declaran en calidad de víctimas en los juicios por delitos sexuales

3.1. En reiterada y pacífica línea jurisprudencial, la Sala ha definido las reglas empíricas como máximas con pretensiones de generalidad o universalidad que, en términos lógicos, deben ajustarse a la fórmula "siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B"⁵⁶.

También ha señalado la Corte que estas reglas no están construidas sobre la base de una experiencia o conjunto de experiencias singulares, sino son el producto de teorías propuestas por el intérprete de la ley (no por algún perito), que están relacionadas con las costumbres, cultura y cotidiano vivir de una mayoría de personas en un entorno específico, y por ello sirven para valorar la credibilidad o el alcance de las aserciones fácticas de un testigo. En efecto:

"[Las máximas empíricas] de ninguna manera se construyen sobre la base de la propia experiencia que acerca de las situaciones particulares vividas hayan observado los operadores de la norma, las partes o quienes intervengan en el juicio. Se trata de ideas, abstracciones o teorías relativas a la cotidianidad, la cultura y el comportamiento humano que deben ser analizadas a la luz del contexto vital en que se producen los hechos, de suerte que son las mismas circunstancias fácticas las que pueden desvirtuar la generalidad o universalidad de determinados enunciados hipotéticos, o que

permitan concluir que no se ajustan al caso concreto, pero los segundos no son susceptibles de elaborarse a partir de las primeras”57.

En este orden de ideas, las máximas de la experiencia, a semejanza de las leyes científicas, pueden ser refutadas empíricamente, esto es, mediante pruebas practicadas en el juicio oral que demuestren o sugieran una realidad histórica diversa a la teoría. Si los medios o elementos de convicción denotan una conclusión fáctica que riñe con la abstracción o universalización planteada, es obvio que esta última no tendrá la capacidad de resolver, en términos de credibilidad, una determinada situación problemática. Pero a partir de una particular experiencia tampoco podrá construirse una hipótesis o teoría que elimine a la que sea estimada como la más próxima al comportamiento general.

Estas reglas también podrán refutarse argumentativamente, es decir, por medio de una crítica racional que exponga las inconsistencias inmanentes, lógicas o contextuales de la teoría (por ejemplo, probar que el enunciado carece de pretensiones de ley, o riñe consigo mismo, o escapa del ámbito social o cultural en donde se produjo el evento, etcétera).

3.2. El principal problema que en materia de credibilidad del relato de L. M. Z. J. se deriva del cargo por falso raciocino propuesto por la demandante consiste en establecer si son apreciables como máximas de la experiencia las proposiciones “cuando el menor es víctima de atropellos sexuales, su dicho adquiere especial confiabilidad” y “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”, que figuran en la sentencia de la Sala de 26 de enero de 2006 (radicación 23076).

La respuesta tiene que ser negativa. En primer lugar, analizadas de manera aislada, tales expresiones no resultan válidas para decidir si al niño que manifiesta ser sujeto pasivo de un delito sexual debería o no creérsele, pues contendrían una petición de principio en tal sentido o, lo que es lo mismo, suponen como solución del problema aquello que necesariamente debería probarse.

Es decir, es ilógico plantear que al menor de edad habría que creerle cuando dice que es víctima de un abuso sexual con el argumento de que es digno de confianza lo dicho por quien (sin lugar a dudas) ha padecido la realización de esa clase de delitos. El proceso penal sirve, entre otras cosas, para determinar si una persona (ya sea en estado de debilidad manifiesta o no) tiene la calidad de víctima. Por lo tanto, en la decisión de fondo jamás será razonable asumir que alguien es sujeto pasivo de una conducta por el único motivo de que lo afirma.

En segundo lugar, las afirmaciones en comento no pueden apreciarse sin tener en cuenta el específico problema jurídico que solucionaron. En el fallo de 26 de enero de 2006, la Corte casó y revocó en su integridad una providencia en la que el Tribunal había absuelto a un individuo señalado de haber abusado sexualmente de su nieta de nueve años mediante argumentos absurdos y discriminatorios, como por ejemplo: (i) dada la inmadurez de un menor de edad, la niña no tiene plena aptitud para testificar; (ii) como carece de sentido ético, no sabe medir las consecuencias de sus afirmaciones; (iii) “no existe en el proceso dictamen pericial que certifique la sanidad mental de la ofendida”⁵⁸; y (iv) debido a las restricciones propias de tal condición, su testimonio “debe estudiarse con gran medida”⁵⁹.

Frente a esos postulados que además de ignorar el interés superior del menor

vulneraban con creces el principio de libertad de medios de prueba, era de esperarse que la Corte respaldase con firmeza la posición contraria, de acuerdo con la cual no podían desestimarse los testimonios de los niños únicamente en razón de su corta edad, y mucho menos cuando aseguraban ser víctimas de abusos sexuales.

Lo anterior no implicaba la consagración como tesis del enunciado contrario, del tipo “a los niños que alegan ser víctimas de delitos sexuales siempre hay que creerles”, ni nada por el estilo. Sólo basta con leer con cuidado los fundamentos del precedente jurisprudencial:

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

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

“[...] Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente

porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuán objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impide efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado este examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica”⁶⁰.

Fue dentro del anterior marco teórico como la Sala aseveró que, en la definición del asunto allí estudiado, el juez plural había desconocido postulados científicos, según los cuales “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 víctimas de abusos sexuales”⁶¹.

De esta manera, la Corte concluyó que el tipo de abuso estaba demostrado en esa particular situación pues, por un lado, la menor ofreció una narración objetiva de los hechos imputados y, por el otro, la crítica del Tribunal que condujo a la decisión absolutoria había obedecido a un error fáctico por falso raciocinio, pues ciertos estudios en el campo de psiquiatría habían concluido que, cuando los niños son sujetos pasivos de delitos sexuales, son dignos de confianza al momento de comunicar esa realidad.

En tercer lugar, la Sala jamás ha defendido una postura que tarifara la prueba en sentido contrario al descartado en dicho caso. Esto incluso se ha enfatizado en dos decisiones recientes. En el fallo de 23 de febrero de 2011 (radicación 34568), sostuvo la Corte lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en señalar que los menores de edad no

deben desecharse como testigos por el solo hecho de su edad, sino que corresponde al juez, dentro de la sana crítica, evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarles el alcance a que haya lugar. Ha insistido esta Corporación, igualmente, desde la sentencia del 26 de enero de 2006 (cas. 23706), que la declaración del menor víctima de abusos sexuales, por el impacto del acto en su memoria, es altamente confiable.

"Aquí no se reniega de esos lineamientos sino se reafirman. Y se enfatiza que la Corte, de la misma forma que ha rechazado la tesis de considerar falsos los testimonios de los menores de edad por ser fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, en ningún momento ha expresado que deba creérseles en todos los casos, sólo por su condición de posibles víctimas de un abuso sexual. Como testigos que son, deben examinarse sus dichos de conformidad con los criterios de apreciación del testimonio previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda".

Y en el auto de 11 de mayo de este año (radicación 35080) lo reiteró de esta manera:

"[...] 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 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, aun 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 incontrastables 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 [...]

"Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quién lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios 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 conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate".

En este orden de ideas, si de lo que se trata es de extraer una regla, doctrina o tesis jurisprudencial, sería una aserción del tipo "a los niños, como a cualquier otra persona, hay que creerles cuando aducen ser víctimas de delitos sexuales, a menos que haya datos objetivos para concluir que están faltando a la verdad", conclusión que, para efectos prácticos, no brinda fórmulas mágicas o inexorables a los operadores de la norma en términos de la sana crítica o de credibilidad, pues la decisión siempre dependerá de la valoración de las circunstancias específicas de cada caso.

3.3. En el asunto que concita la atención de la Sala, el juez plural, aunque no descartó por completo el dicho de la menor en contra del acusado, cuestionó su credibilidad por varias razones. En primer lugar, por los medios de prueba concernientes al examen de serología, que demostraban como probable la no ocurrencia de actos de índole sexual entre los implicados. En palabras del ad quem:

“En este punto importa señalar que no hay duda de que la niña, para la época del examen por parte de la médica pediatra que la trataba, primeros días del mes de diciembre del año 2009, presentaba su himen con desgarros, con lo cual se puede concluir, más allá de toda duda, que algún objeto contuso penetró su cavidad vaginal, por lo cual también es probable, de creer el relato de la menor, que esa rotura se dio al momento de lo que dijo era su primera experiencia sexual.

“Ahora bien, sin lugar a dudas, el a quo ha privilegiado la versión de la menor, la cual halla confiable al punto que le otorga entera credibilidad, desechando entonces cualquier elemento que pudiera entrar a debilitar ese dicho, entre ellos, las pruebas científicas sobre la probabilidad de contagio del acusado con el citomegalovirus.

“Pero, contrario a lo que sostiene el juez de primera instancia, no halla ese mismo grado de conocimiento la Sala en la versión de L. M. Z. J., pues no obstante que en relación con la declaración de los menores existe una marcada tendencia en la jurisprudencia, apoyada en teorías desarrolladas por la psicología clínica, a privilegiar su testimonio, y así lo deja en claro el sentenciador de primer grado, no es menos cierto que esa credibilidad que se les otorga debe estar en consonancia con el restante acerbo [sic] probatorio y precedido de un riguroso análisis de esa especial prueba”⁶².

En segundo lugar, por la poca trascendencia que les asignó a las conclusiones de los profesionales y servidores que la examinaron, o por la forma

“renuente y silenciosa y poca narrativa” cuando, en las entrevistas, ella se refería a lo ocurrido:

“Es razonado el reclamo del defensor cuando discrepa de los análisis del fallador en relación con aquellos medios de prueba que contribuirían a dar fortaleza a la versión de L. M. Z. J., pues, en primer término, la peritación dada por el médico psiquiatra, según la cual ‘no se encontraron elementos que permitan afirmar que la menor tiene tendencia a la mitomanía o a la fabulación o a fantasear’, finalmente no contiene elementos suficientes que permitan dar gran relevancia al dictamen, pues no entiende la Sala cómo si la menor, según el experto, se mostró renuente a dar cualquier información acerca de los hechos, pueda dar una conclusión de tal naturaleza cuando, precisamente, entendemos que es a partir del relato que se haga por el examinado sobre los hechos investigados que se tienen bases por el perito para concluir si hay o no las tendencias que desecha.

“También llama la atención de la Sala la entrevista realizada a la menor por parte de la investigadora Carolina Pineda Fernández, pues en ella la propia investigadora reconoce que la niña se mostró renuente y silenciosa y poca narrativa sobre los hechos, al punto de que en su conclusión señaló como necesario realizar otra entrevista a la menor y, ante pregunta de la defensa en el contrainterrogatorio, reconoció que no se había practicado”⁶³.

En tercer lugar, porque en el juicio oral el relato de la menor acerca del hecho y de los eventos que lo rodearon no fue circunstanciado. Por ejemplo, además de lo transcrito en precedencia (cf. 2.8), conviene traer a colación estas palabras de L. M. Z. J.:

“Los senos, la vagina... me empezó a acariciar, a darme besos en la cara... [...] me penetró... [...] me metió el pene en la vagina... [...] yo no me acuerdo de más... [...]

Una vez... [...] Ese día... solamente ese día... [...] en el cuarto de él... [...] no sé... yo... después de eso, yo lo llamaba al celular normal, hasta que mis padres se enteraron... [...] lo llamaba, a ver cómo estaba... hablaba con él, así como antes... [...]¿Cómo se dieron cuenta? [inteligible] Yo estaba en el hospital... eh... entonces yo, yo llamé y le dije a mi mamá que tenía algo importante que decirle... luego ella fue al hospital y le conté lo que pasó el 13 de noviembre... y ya..."64.

El Tribunal, a pesar de que tuvo en cuenta la uniformidad del relato de la joven (en la medida en que contó idéntica versión a todos sus médicos y allegados), también le reprochó esa ausencia de detalles. Así lo explicó el ad quem:

"Desde luego que en términos generales la niña informó, no sólo a su madre, sino a la doctora Sandra Isabel Yepes [sic], psicóloga del hospital Pablo Tobón Uribe, a la doctora Érika Cristina García Bertel y a la investigadora Carolina Pineda Fernández que el día 13 de noviembre de 2009, tras regresar a su casa de una sesión de quimioterapia, el acusado la llevó, en su vehículo, a su residencia (del acusado) y, luego de almorzar, en la habitación del cura sostuvieron una relación sexual.

"Y L. M. Z. J. narró en el juicio oral esta misma situación, pero con una parquedad tal que, en nuestro criterio, deja un buen espacio a la duda sobre la veracidad de dichos acontecimientos.

"Nótese cómo frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar tiende a dar respuestas evasivas o a informar que no entiende la pregunta, lo cual en un niño de escasos años puede ser entendible, pero no en una persona que para la época del interrogatorio tenía catorce años y un buen grado de escolaridad –según sus registros académicos cursaba para el año de 2009 el grado octavo de educación básica secundaria–, mostrando desconocimiento rayano en la ignorancia sobre puntos que, desde luego, si el hecho ocurrió, dado lo traumático que dice fue para ella, no podía

dejar de lado”⁶⁵.

Finalmente, por el contenido de la carta que en el mes de febrero de 2010 L. M. Z. J. le envió a NELSON JAVIER VÁSQUEZ, pues en ella se manifestaba un trato cordial y un afecto filial sin haber vestigio o mención alguna a lo supuestamente ocurrido. El escrito es del siguiente tenor:

“Febrero 13 2010

”Padre

”Yo, L. M. Z. J., que te quiero con toda mi alma, que siempre nos tratases [sic] con respeto, cariño y amor, eres lo máximo que me apasado [sic] y contigo nunca estuve sola a pesar de mi enfermedad nunca me dejastes [sic], estoy superagradecida contigo [sic]. Siempre fuistes [sic] como mi papá que nunca se te olvide que siempre estaras [sic] en mi corazón. Te extraño y nunca en la vida estarás lejos de mí.

”Te quiero”⁶⁶.

Todo lo anterior, por supuesto, sin que el Tribunal nunca descartara la posible o probable realidad de los hechos, tal como fueron imputados por el organismo acusador. En palabras del ad quem:

“Desde luego, si de explicaciones se trata, podemos reconocer que bien pudo la jovencita, dado su delicado estado de salud, edad y desarrollo, mostrarse renuente para narrar más en detalle el desarrollo de los acontecimientos, que finalmente nada impide que siga teniendo un profundo afecto por el religioso a quien ve como un padre, sin que ello signifique entonces que la relación sexual no ocurrió, y podemos también aceptar que no obstante las altas probabilidades de contagio con el citomegalovirus, el acusado no fue infectado, o que el examen que le fue practicado

es un falso negativo, pero mírese cómo todos esos elementos alejan del fallador el grado de conocimiento que se exige para emitir una sentencia de condena”⁶⁷.

Con esos elementos, el Tribunal justificó la decisión absolutoria en aplicación del in dubio pro reo. O, en sus propios términos:

“El anterior análisis permite formularnos algunos cuestionamientos y dar respuesta a los mismos en su siguiente forma:

”¿Es probable que la relación sexual haya tenido ocurrencia?

”Sí, es probable.

”¿Es probable que no obstante hallarse la menor infectada con el citomegalovirus no lo haya transmitido al sacerdote?

”Sí, pero poco probable.

”¿Es probable que el sacerdote NELSON JAVIER VÁSQUEZ, pese a haber sido contagiado con el citomegalovirus no dé un resultado positivo en el examen que se le practicó para determinar la presencia de la infección en su cuerpo?

”Sí, pero poco probable.

”¿Es probable que la menor haya mentido?

”Sí, es probable.

”[...] Se insiste: Es probable que la relación sexual haya tenido ocurrencia, pero la prueba aportada en el juicio oral no tiene el calibre suficiente para despejar esa duda que por expreso mandato legal debe ser absuelta a favor del procesado”⁶⁸.

3.4. En la anterior postura, la Sala no advierte la configuración de un falso raciocinio ni de cualquier otro error fáctico en la valoración de la prueba.

En efecto, frente al problema de la credibilidad de la menor, el Tribunal reconoció un ámbito de discrecionalidad o momento potestativo dentro del análisis de su testimonio, en la medida en que cada una de las circunstancias analizadas (la manera en que contó su relato, tanto en el juicio oral como a las personas que la entrevistaron, la dificultad que tuvo para compartir detalles, la carta que luego le escribió a NELSON JAVIER VÁSQUEZ, etc.) eran factores que podían explicarse de forma tal que respaldasen satisfactoriamente tanto a la verdad como a la falsedad de la incriminación. De esta manera, ninguna interpretación podría refutar a la otra. Por ejemplo, la parquedad del relato de la menor se correspondería con la teoría condenatoria si se explica el fenómeno a raíz de su condición de víctima y de las dificultades que entraña narrar o compartir un asunto íntimo ante terceros. Pero también se ajustaría a la teoría absolutoria cuando se aduce que una joven en sus condiciones (catorce años de edad, con estudios de bachillerato, etc.) tendría mayor capacidad evocativa a la hora de describir lo acontecido.

Situación similar ocurre con la carta del mes de febrero de 2010. Para quienes apoyaban la veracidad del acceso carnal abusivo, podría ser apreciada como una muestra del lazo emocional que se creó a raíz del encuentro de 13 de noviembre de 2009 entre el sacerdote y la víctima. Pero la lectura varía cuando se piensa en el otro planteamiento, pues el escrito fue presentado por la defensa con el fin de evidenciar que, en esa comunicación, en realidad no aparecía referencia o alusión alguna de una relación de índole sexual entre los implicados.

De ahí que la duda razonable derivada de la hipótesis médica de la defensa fue un dato de peso para concluir, en el presente caso, la ausencia de

mérito para condenar.

No hubo vulneración a la sana crítica por desconocimiento de la regla empírica según la cual, en materia de delitos sexuales, al menor de edad hay que creerle por la simple condición de tal, pues, como se advirtió en precedencia (cf. 3.2), la Corte jamás ha apoyado una postura en ese sentido.

Ninguno de los demás reproches o argumentos que figuran en la demanda, o que también fueron esgrimidos por quienes apoyaron la solicitud de casación, tiene vocación de prosperidad. Veamos:

3.4.1. La conclusión del médico psiquiatra Gabriel Jaime López Calle fue sopesada y analizada por el ad quem. Pero no le dio el alcance que a la Fiscalía le hubiera gustado otorgar, es decir, que el análisis realizado por el experto era infalible a la hora de determinar que la menor de edad habló con la verdad acerca de la realización del delito. Esta visión resulta imposible de sostener, máxime cuando la aserción médica relativa a la no fabulación, mitomanía o fantasía en L. M. Z. J. no excluía la posibilidad de que la joven mintiera en relación con la realidad histórica de la imputación fáctica.

3.4.2. El Tribunal tampoco desconoció la uniformidad del señalamiento de la menor ni los testimonios de los médicos e investigadores que corroboraban su dicho. Simplemente, concluyó que no eran suficientes ante la fuerza objetiva de los datos extraídos de las pruebas atinentes al citomegalovirus.

3.4.3. Y, en lo que a la declaración del papá de L. M. Z. J. respecta, el juez plural no incurrió en un falso juicio de existencia por omisión, porque no es posible extraer en forma inequívoca una admisión de responsabilidad. Así fue reseñado el testimonio en el fallo de primera instancia:

“Refiere que cuando se dio cuenta de lo sucedido le llamó la atención al padre; que eso fue un domingo en que lo estaba esperando que saliera de misa, mientras se tomaba unas cervezas, y que al ver salir lo llamó y le dijo que estaba muy agradecido con él, que era excelente, servicial, que tiene mucho que agradecerle, pero que era un ‘hijueputa’. El padre reaccionó como tensionado y luego, cuando le contó lo que había sucedido, éste dijo en sus mismas palabras ‘Don ***, el diablo es muy hijueputa’.

“Menciona que cuando le dijo al padre que lo iba a denunciar, éste le dijo que si quería que lo matara, pero él replicó que no es un hombre de problemas, que su único vicio es el traguito no más; que también le dijo el padre que si se iba de la comunidad, pero éste le respondió que no, porque a él lo querían mucho y era una persona muy colaboradora para el barrio, que hiciera lo que quisiera pero igual lo iba a denunciar”⁶⁹.

En este orden de ideas, responderle un improperio a un padre cabeza de familia indignado en el sentido de que es el diablo quien se merece el calificativo, y preguntarle ante un concreto señalamiento por abuso sexual si entonces quería asesinarlo, o si incluso debía irse de la comunidad, de ninguna manera constituye admitir la realización del hecho objeto de imputación. Se tratan de afirmaciones que pueden ser interpretadas de múltiples maneras.

Los reproches, en consecuencia, están destinados al fracaso.

4. De la explicación a los hechos ofrecida por la defensa

Si, como se afirmó en esta providencia, el proceso penal no puede renunciar a la búsqueda de la verdad material, o, cuando menos, tiene que proponer una solución al problema planteado que intente aproximarse a ella, cabría preguntarse cuál sería la explicación, en este caso, al hecho incontrovertible de que L. M. Z. J. presentaba el himen desgarrado y le contó a quienes indagaban por lo sucedido que sostuvo, por una

sola vez en su vida, una relación sexual con el sacerdote, amigo y consejero espiritual de la familia NELSON JAVIER VÁSQUEZ.

La respuesta consiste en señalar que, en no pocas ocasiones, la pretensión de verdad encuentra sus límites en el irrestricto respeto a los derechos fundamentales y garantías judiciales de los involucrados, así como en la debida observancia de las formas propias del juicio.

Conviene en este punto recordar que la defensa, además de una hipótesis médica o científica, ofreció al comienzo del juicio oral una explicación, o propuesta de solución, diferente a la imputación fáctica de la Fiscalía. La sustentó en las declaraciones de la menor Laura y de la asistente de parroquia Mariluz Rodríguez Uribe.

La primera, amiga de la infancia de L. M. Z. J., adujo que ésta, antes de declarar, le pidió el favor de que no hablara con nadie acerca de sus anteriores noviazgos⁷⁰. La segunda contó que ella tenía una relación sentimental con un joven de su edad, pero además “molestaba mucho a otro menor”⁷¹. También indicó que en cierta oportunidad le llamó la atención, “porque la menor se encontraba con las piernas abiertas y los niños en el medio de ella mirándole todo”⁷².

La teoría que acerca del comportamiento de L. M. Z. J. quiso elaborar la defensa era por completo inaceptable. Ya la Sala ha señalado, en el marco de la Ley 600 de 2000 (y lo reafirma ahora para el Código de Procedimiento Penal de 2004), que los abogados en ningún momento podrán plantear como estrategia defensiva teorías que contengan filosofías o visiones del mundo que menoscaben derechos fundamentales de personas en condiciones de debilidad manifiesta, como la mujer (y habría que añadir los menores de edad). Así lo analizó en la sentencia de 23 de septiembre de 2009

(radicación 23508):

“Conforme al marco normativo reseñado en precedencia, salta a la vista que los delitos sexuales en general [...] no sólo buscan prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres, sino que, al mismo tiempo, deben ser interpretados por todos los operadores de la norma, incluidos los defensores, de manera tal que no incorporen discriminación alguna en contra de aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro.

”Esta necesidad de adecuar las prácticas de los profesionales del derecho a los parámetros nacionales e internacionales en materia de protección de la mujer no restringe el derecho del procesado a una representación eficaz, ni mucho menos la libertad que le asiste al asistente letrado de escoger la estrategia defensiva que a bien tenga, pues si bien es cierto que este último está obligado a la parcialidad (es decir, a actuar de manera exclusiva en pro de los intereses subjetivos de su prohijado), también lo es que cumple con una función de interés público en el proceso, consistente en garantizar, dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho, el respeto irrestricto de las garantías fundamentales, principalmente del defendido, pero a la vez de todos los involucrados en la actuación.

”Por lo tanto, ningún acto procesal del abogado en la interpretación del alcance [...] de los [...] delitos sexuales puede contener de forma explícita o implícita cualquier argumento, valoración o postura que atente en contra del derecho de la mujer de disfrutar una vida digna y libre de violencia, segregación o reincidencia en el papel de víctima, ni mucho menos derivar de una concreta situación de vulnerabilidad provecho alguno en beneficio del procesado.

"[...] En armonía con lo expuesto, la Sala, en repetidas ocasiones, ha rechazado con firmeza cualquier clase de argumento, reproche o visión del mundo proveniente de los sujetos procesales que, en las conductas punibles de [...] cualquier [...] delito sexual [...], discrimine a la mujer, menoscabe la dignidad inherente a su condición de ser humano o vuelva a situarla en el rol de víctima.

"[...] En este orden de ideas, la existencia de vínculos matrimoniales, uniones maritales, relaciones sentimentales o de cualquier otra índole en la pareja no debe estar sujeta a argumentación (a menos que se pretenda concretar una específica situación de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta en la mujer), ni de modo alguno puede excluir o justificar la perpetración de comportamientos de índole violenta que afectan la libertad sexual y la dignidad de esta última.

"Es más, la verificación de tales circunstancias implica una mayor intensidad del injusto, y por tanto un mayor grado de reproche, en la medida en que hayan surgido especiales deberes de solidaridad o estrechas comunidades de vida entre los implicados.

"Lo anterior, sin perjuicio de que en la apreciación de la credibilidad del testimonio de la víctima pueda ser relevante, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, aquellos hechos accesorios, relativos a la animadversión o al resentimiento de ésta, de los cuales puedan derivarse falsos señalamientos en contra del procesado que imposibiliten demostrar la imputación fáctica.

"[...] Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial acabado de referir, es de precisar [...] que, cuando el abogado haya escogido como estrategia defensiva la de cuestionar la credibilidad del relato del sujeto pasivo de la conducta, deberá tener especial cuidado en que todos sus actos procesales apunten a establecer el aspecto psíquico de odio, rencor o interés (y no cualquier otro estado, condición o cualidad de la víctima) mediante la acreditación, al igual que la valoración, de hechos

indicadores distintos a los de la vida sexual e intimidad de la mujer y que de ninguna forma lleven a lesionar su dignidad o discriminarla, ya sea de manera directa o indirecta.

”Esto último, además de necesario para la protección de los derechos fundamentales, no restringe desproporcionada ni irrazonablemente los derechos de defensa y contradicción que le asisten al procesado, pues son incontables las vías que quedan para garantizarlos, ni tampoco abre la puerta para que algunas personas utilicen al proceso penal como herramienta de injusta o caprichosa incriminación, ya que, en todo caso, la realización del delito sexual siempre tendrá que demostrarse en el grado de certeza”.

En este caso, la defensa no podía cuestionar la credibilidad de los señalamientos arguyendo que L. M. Z. J. (como muchos adolescentes) había sostenido relaciones de índole sentimental con otros menores, o porque en cierta ocasión sus compañeros buscaron satisfacer una curiosidad también propia de esa etapa. Con tales aserciones, la defensa pretendió demostrar que ella incriminó injustamente al párroco valiéndose de antecedentes (tan aparentes como absurdos) de una vida sexual activa, situación que representó el desconocimiento de los deberes de protección al más débil, dada su doble condición de menor y mujer.

Caso distinto hubiera sido que la defensa orientara su explicación, no en el sentido de evidenciar un pasado sexual de la víctima, sino una situación de vulnerabilidad de la cual se derivase razonablemente la existencia de un encuentro sexual con otra persona, o el interés de proteger o de ocultar (ya sea por temor, constreñimiento, proximidad, etc.) al verdadero autor del injusto. Sin embargo, ello implicaba en la defensa la obligación de crear, con la debida antelación, investigación y diligencia, una teoría del caso que realmente ofreciera una solución

satisfactoria al problema, en la que además el profesional del derecho se esmerase por no argumentar o sugerir circunstancias violatorias de derechos fundamentales en cabeza de la persona señalada como víctima, o que suscitasen discriminación por cuestiones de sexo o edad.

Lo importante, en cualquier caso, es que habrá escenarios en los cuales la obtención de (o incluso el acercamiento a) la verdad material resultará imposible y, por lo tanto, los funcionarios deberán detenerse en la decisión que más se ajuste al ordenamiento jurídico, en este evento, en la que es preferible no sancionar a una persona a pesar de la probabilidad de que sea responsable, en lugar de dictar fallo contra un culpable cuando existe el razonable riesgo de estar condenando a un inocente.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en razón del único cargo propuesto por la demandante.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

Salvamento de voto

Salvamento de voto

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito salvar el voto respecto de la sentencia del 26 de octubre por cuyo medio la Sala de Casación Penal, mayoritariamente, resolvió no casar el fallo del Tribunal Superior de Medellín que revocó la decisión condenatoria emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito de Conocimiento de esa ciudad pues considero que el alcance que se le dio al principio constitucional in dubio pro reo no corresponde al que gobierna su núcleo esencial, en tanto, existiendo prueba directa de carácter incriminatorio que permite inferir más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del encausado, no había lugar a predicar su aplicación y por lo tanto, era del todo necesario casar el fallo impugnado para restablecer la vigencia del fallo de primer nivel.

Recábase que el postulado de la duda probatoria, siendo una expresión de la presunción de inocencia y componente superlativo del proceso debido, además de garantía para el ciudadano sometido al enjuiciamiento penal, entraña un límite al poder punitivo del Estado cuando la administración de justicia no es capaz de atribuir a la persona procesada en nivel de certeza –bajo la égida de la ley 600 de 2000- o de convencimiento más allá de toda duda razonable –en el actual sistema de procesamiento con tendencia acusatoria- la responsabilidad penal por el injusto que le es imputado.

Ello ocurre, entonces, siempre que la valoración racional, individual y en conjunto de los medios de conocimiento, no permita afianzar la pretensión punitiva del Estado elevada a través del ente acusador, esto es, porque el poder suasorio de esos elementos de convicción no resulta ser eficiente o conclusivo para establecer la materialidad de la conducta punible, las circunstancias jurídicamente relevantes o la participación del acusado en el ilícito.

Si la consideración racional de alguno o algunos de los medios de prueba por el juzgador, ofrece(n) el convencimiento indispensable para disipar la duda que desde el inicio de la investigación favorece a todo encartado, sería del todo inapropiado predicar en el fallo la aplicación del postulado in dubio pro reo porque ello contraería la ruptura manifiesta del principio lógico de razón suficiente por cuanto esas pruebas sólo podrían dar fundamento a una decisión de condena y jamás a una absolutoria.

No se trata de enfrentar las pruebas incriminatorias y exculpatórias en un nivel de equivalencias cuantitativas. El ejercicio apreciativo y cognoscente de los medios de persuasión es cualitativo pero objetivo.

Aunque evidentemente, el nuevo sistema de procesamiento penal implica una transición del grado de certeza al de convencimiento más allá de toda duda razonable, y en ese

orden, al predicarse la inexistencia de la certeza en estricto sentido habría de concluirse que se está ante una probabilidad, la sola coexistencia de la tesis acusatoria con la defensiva no genera la aplicación per se del principio in dubio pro reo.

Por eso, no se puede afirmar que ante la existencia de pruebas que ofrezcan versiones disímiles de la realidad investigada y favorezcan por tanto, los intereses de las partes trenzadas en el debate oral -Estado y defensa-procesado-, se debe privilegiar la duda para descartar cualquier compromiso penal que pudiera asistirle al enjuiciado. No, es la falta de contundencia demostrativa de los medios de convicción que sustentan la acusación o expresado de otro modo, la ausencia de por lo menos una prueba directa del comportamiento delictivo censurado legalmente, lo que da paso a la reivindicación de la presunción de inocencia.

Así mismo, si se afirma que la insuficiencia de las tesis acusatoria y defensiva demanda la aplicación de dicha presunción, válidamente no es posible afirmar al tiempo que una tercera tesis, por ejemplo, la del Ministerio Público, viabilizaría la condena respetando los términos de la imputación fáctico-jurídica.

Es justamente por el criterio atrás planteado que no comparto la decisión que profirió la Sala que integro, pues en mi criterio, el testimonio de la menor que manifestó haber sido ultrajada por Nelson Javier Vásquez es contundente, hilado, coherente, responsivo, ausente de toda contradicción y afín a las versiones suministradas fuera de los estrados judiciales ante personal médico y psicológico que corroboró su dicho, prueba que desde todo punto de vista es directa e indicativa de la infracción penal y no podía ser descalificada por el solo hecho de no estar nutrida de detalles que de ser más profundos podrían ser lesivos de la intimidad personal de la niña en proceso de formación.

La duda, por su parte, se edificó a partir de una apreciación del resultado de la prueba de serología practicada a Nelson Javier Vásquez y de los testimonios de las

peritos Nora Luz Yépez Palacio (Pediatra), Bibiana María Ocampo Granada (Bacterióloga) y Mónica Rosa Trujillo Honeysberg (Infectóloga), probanzas a partir de las cuales, contrario a lo inferido por la Sala, no se desprende como tesis unívoca y alternativa a la invocada por la Fiscalía que, el procesado jamás accedió carnalmente a la niña. En vez de ello, la valoración conforme a mi criterio de las referidas declaraciones –las que quedaron plasmadas en la sentencia de la que me separo- permite establecer que el resultado del examen médico que se practicó al enjuiciado –serología- no excluye la posibilidad de que no haya estado en contacto –intercambio de fluidos corporales- con la menor, es decir, esta prueba no tiene la entidad para deducir un estado de duda.

Distinto sería que el resultado reactivo de la prueba de serología indicara una única y exclusiva conclusión científica, esta es, que siempre y en toda ocasión, que la persona se expone al virus se contagia de él, apareciendo por lo tanto reflejado en los anticuerpos IgM e IgG. Sin embargo, no es esto lo que explicaron las expertas convocadas al debate oral. Por el contrario, así lo entiendo, fueron constantes en afirmar que pueden existir falsos negativos, que puede no haber transcurrido el término de dos a cuatro meses para la producción de los anticuerpos a ser detectados con la prueba, es decir, que la persona puede estar la “ventana inmunológica”, que el paciente tenga la infección pero no se detecte gracias a sus condiciones inmunológicas, por ejemplo, porque no cree anticuerpos, que la enfermedad esté latente, haya pasado el lapso en que se muestran los anticuerpos, etc.

Estas son las razones que me llevaron, respetuosamente, a apartarme de la decisión de la Sala.

De los señores Magistrados,

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Magistrado

31 de octubre de 2011.

1 La Sala se abstiene de revelar el nombre de esta persona, así como de sus parientes cercanos, de acuerdo con la interpretación que le otorga al numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, en la medida en que la recepción, difusión y reproducción de las decisiones de la jurisprudencia, a través de sus mecanismos habituales, pueden ser catalogadas como medios de comunicación de masas o mass media.

2 Véase nota al pie de página número 1.

3 Cf., entre otras, sentencias de 20 de octubre de 2010, radicación 33022, 23 de febrero de 2011, radicación 32120, y 8 de junio de 2011, radicación 35130.

4 Sentencia de 4 de septiembre de 2002, radicación 15884.

5 Corte Constitucional, sentencia C-069 de 2009.

6 Sentencia 23 de febrero de 2011, radicación 32120. En el mismo sentido, fallos de 5 de diciembre de 2007, radicación 28432, y 3 de febrero de 2010, radicación 32863.

7 Sentencia de 23 de febrero de 2011, radicación 32120.

8 Ibídem.

9 Expresión declarada exequible por la Corte Constitucional en el fallo C-069 de 2009.

10 Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005.

11 Sentencia de 11 de julio de 2007, radicación 26827.

12 Corte Constitucional, sentencia C-069 de 2009.

13 Sentencia de 27 de marzo de 2009, radicación 31103.

14 Aquí el defensor incurrió en una imprecisión terminológica, irrelevante en virtud del principio de caridad, pues la calidad científica de todo enunciado depende de que sea contrastable empíricamente. De lo contrario, se trataría de una afirmación metafísica.

15 Archivo de audio 05001600020720090076400_050013109026_2, 14'40'' y ss.

16 Ibídem, 13'50'' y ss.

17 Folio 68 de la carpeta de evidencias.

18 Archivo de audio 05001600020720090076400_050013109026_5, 14'44''-26'14''.

19 Ibídem, 1:16'40''.

20 Ibídem, 1:18'40''.

21 Ibídem, 2:20'20''.

22 Archivo de audio 05001600020720090076400_050013109026_3, 2:28'20''-2:30'40''.

23 Ibídem, 2:30'50''.

24 Ibídem, 2:32'53''.

25 Ibídem, 2:42'56''.

26 Ibídem, 2:44'53'' y 2:45'46''.

27 Ibídem, 3:02'14''.

28 Folio 64 del cuaderno de evidencias.

29 Archivo de audio 05001600020720090076400_050013109026_3, 3:03'05''.

30 Ibídem, 3:03'29'' y ss.

31 Folios 78-79 de la carpeta de evidencias.

32 Archivo de audio 05001600020720090076400_050016009026_0, 7'59'' y ss.

33 Ibídem, 9'00'' y ss.

34 Ibídem.

35 Ibídem, 10'00'' y ss.

36 Ibídem, 12'56'' y ss.

37 Ibídem, 13'30'' y ss.

38 Ibídem, 14'43'' y ss.

39 Ibídem, 15'35'' y ss.

40 Ibídem, 16'52'' y ss.

41 Ibídem, 18'20'' y ss.

42 Ibídem, 20'21'' y ss.

43 Ibídem, 27'16'' y ss.

44 Ibídem, 28'39'' y ss.

45 Ibídem, 33'16''.

46 Ibídem, 34'09''.

47 Ibídem, 35'03''.

48 Folios 204-206 del cuaderno principal.

49 Folio 206 ibídem.

50 Folio 214 ibídem.

51 Al respecto, cf. sentencia de 8 de junio de 2011, radicación 35130.

52 Archivo de audio 05001600020720090076400_050013109026_3, 5:02'57'' y ss.

53 Archivo de audio 05001600020720090076400_050016009026_0, 9' y ss.

54 Ibídem.

55 Ibídem.

56 Sentencia de 21 de noviembre de 2002, radicación 16472. En el mismo sentido, fallo de 25 de agosto de 2004, radicación 21829, entre muchos otros.

57 Auto de 2 de marzo de 2011, radicación 35621.

58 Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706.

59 Ibídem.

60 Ibídem.

61 Ibídem.

62 Folios 207-208 del cuaderno principal.

63 Ibídem, folios 208-209.

64 Archivo de audio 05001600020720090076400_050013109026_5, 18'39''-26'14''.

65 Folios 209-210 del cuaderno del Tribunal.

66 Folio 75 de la carpeta de evidencias.

67 Ibídem.

68 Folios 212-213 ibídem.

69 Folio 116 del cuaderno principal.

70 Folio 128 ibídem.

71 Folio 129 ibídem.

72 Folios 128-129 ibídem.