

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 213.

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil trece (2013).

V I S T O S

La Corte se pronuncia sobre el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS, contra la sentencia de segundo grado proferida el 30 de enero de 2012 por la Sala Penal mayoritaria del Tribunal Superior de Cali, que revocó la emitida el 20 de octubre de 2009 por el Juzgado Vigesimalprimero Penal del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, condenó al procesado a la pena principal de 70 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al declararlo autor penalmente responsable del concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado e incesto, negándole los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

H E C H O S

Se ha podido constatar que ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS y Marlen Lisbeth Marín Mosquera tenían un vínculo marital de hecho, dentro del cual procrearon a los menores [E.A.A.M. y V.A.M]¹, con quienes convivían en el municipio de Tuluá.

No obstante, debido a serios problemas entre la pareja al parecer motivados por la infidelidad del hombre, en marzo de 2004 Marlen Lisbeth Marín Mosquera decidió viajar a la República de Ecuador en donde se estableció. Ella había dejado a sus hijos al cuidado del abuelo materno, pero, ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS los llevó a vivir con él y con la abuela paterna, en Tuluá, hasta mayo de 2004, porque viajaron a la ciudad de Cali, en donde se radicaron en casa de Mery Aldana Lenis.

Allí debieron acomodarse en una habitación. ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS y los menores dormían en un camarote. La parte superior la ocupaba el niño [V.A.M] que para entonces tenía 9 años de edad y la inferior el procesado y la menor [E.A.A.M.] quien contaba 11 años.

Con todo, el 7 de noviembre del año 2005 [E.A.A.M.] denunció ante la Comisaría Permanente de Familia de Tuluá, que su padre la había accedido carnalmente en repetidas ocasiones, de forma violenta, tanto por la vagina como por el ano, durante las horas de la noche, sin que se hubiese atrevido a revelar la situación con anterioridad, porque el agresor la amenazó con golpearla.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en la denuncia², el 8 de noviembre de 2005 la Fiscalía 33 Seccional de Tuluá dispuso adelantar una investigación ¹previa³. El 5 de diciembre siguiente, el expediente se le asignó por competencia a la Fiscalía 39 Seccional de Cali, que avocó la indagación el 3 de enero de 2006⁴ y luego de practicar algunas pruebas, decretó la apertura de instrucción el 27 de febrero del mismo año, ordenando la vinculación, mediante diligencia de indagatoria, de ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS⁵, a quien se le recibieron los descargos el 27 de marzo de 2006⁶, oportunidad en la que se le imputaron los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acceso carnal violento e incesto.

La Fiscalía se abstuvo de definirle la situación jurídica al sindicado⁷; el 30 de abril de 2007 declaró cerrada la investigación⁸; y, calificó su mérito el 29 de junio de 2007⁹, profiriendo resolución de acusación contra ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado e incesto.

La acusación no fue impugnada y quedó ejecutoriada el 19 de julio de 2007¹⁰.

El conocimiento en la etapa del juicio le correspondió al Juzgado Vigésimoprimer Penal del Circuito de Cali¹¹, que asumió el conocimiento el 2 de agosto de 2007¹²; celebró la audiencia preparatoria el siguiente 29 de octubre¹³; y, la pública en dos sesiones durante los días 27 de noviembre de 2007 y 19 de mayo de 2008¹⁴.

La sentencia de primera instancia fue proferida el 20 de octubre de 2009, la cual fue revocada por el Tribunal Superior de Cali mediante la que es objeto del recurso extraordinario.

Debe resaltarse que al procesado y al defensor se les notificó la sentencia de segundo grado por edicto fijado durante los días 9, 10 y 13 de febrero de 2012¹⁵. Al día siguiente -14 de febrero- se dejó constancia secretarial acerca del inicio del término para recurrir e igualmente que la sentencia cobraría ejecutoria el 5 de marzo de 2012¹⁶.

Debido a que ninguno de los sujetos procesales legitimados interpuso el recurso extraordinario de casación, el expediente se devolvió al Juzgado de origen, en donde fue recibido el pasado 2 de mayo¹⁷.

Sin embargo, por considerar que se le habían vulnerado los derechos al debido proceso y

defensa técnica, por intermedio de apoderado ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS interpuso una acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, argumentando que no fue debidamente notificado de las sentencias de primera y segunda instancias, y que su defensor omitió presentar alegatos a su favor.

El estudio del recurso de amparo constitucional le correspondió a la Sala de Casación Penal que, en fallo del 27 de septiembre de 2012¹⁸, resolvió tutelar los derechos fundamentales del accionante, por considerar que al no haberse dictado la sentencia de segunda instancia dentro de los términos legalmente establecidos, era obligatorio citar a todos los sujetos procesales para notificarles la decisión y para ello debieron enviárseles las comunicaciones a las direcciones suministradas por ellos, pues al procesado se le remitió a un lugar que no correspondía.

En consecuencia, se dejó sin efecto el trámite de notificación de la sentencia de segunda instancia para que se surtiera en debida forma, oportunidad en la que el defensor, el 16 de octubre de 2012, interpuso el recurso de casación¹⁹, mismo que se concedió el 29 de diciembre de ese año.

Mediante auto del 18 de abril de 2013, la Sala declaró ajustada la demanda a las prescripciones legales y dispuso que se surtiera el traslado para la Procuraduría Delegada en lo Penal, que emitió su concepto e hizo presentación del correspondiente escrito en la Secretaría de la Sala de Casación Penal el pasado 4 de junio.

LA DEMANDA

Un cargo formuló el censor, invocando la causal primera de casación, prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, que "...fundamenta en el hecho de la falta de certeza sobre la existencia del hecho y por consiguiente sobre la responsabilidad del señor ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS, ya que de acuerdo a las pruebas que fundamentan

el cargo allegadas al proceso no logran la convicción sobre la existencia real del hecho investigado.”

Advierte que el Tribunal “...incurrió en error de hecho que tienen (sic) su origen en el falso juicio de existencia (porque el fallador ignoró, desconoció y omitió el reconocimiento de la presencia de pruebas procesalmente válidas).”

En desarrollo de la censura argumenta que el Ad quem debió confirmar la sentencia de primera instancia, porque no era posible establecer más allá de toda duda la ocurrencia del delito ni la responsabilidad del procesado, puesto que así se deriva del “...raciocinio despegado de sentimiento, es decir del lógico conforme a la interpretación que debe dársele al conjunto de las pruebas...” Con mayor razón -agrega-, porque las declaraciones de la víctima fueron contradictorias “...en cuanto a la forma cómo (sic) sucedieron los hechos, las fechas en que ocurrieron los mismos, entre otros...” Asimismo, estima desacertada la interpretación de las pruebas científicas llevada a cabo por el Tribunal.

Destaca el demandante que en la denuncia la menor E.A.A.M., aseguró que los hechos ocurrieron en julio de 2004; en la ampliación declaró que sucedieron desde febrero del mismo año y continuaron hasta septiembre de 2005; pero, posteriormente, en diciembre de 2005, dijo que habían tenido lugar, la primera vez, “...más o menos hace un año larguito...”, y la última hacía aproximadamente un año.

A juicio del defensor, la víctima narró los hechos de forma diferente porque en una ocasión declaró que su padre estaba acostado con ella en la misma cama, cuando de repente él se desnudó y la accedió carnalmente; y, en otra ocasión dijo que la había desvestido y la tiró sobre la cama; aspectos que para el demandante significan que “...el hecho de desvestirla no ocurrió en la cama o que simplemente ante la inexistencia del hecho narra versiones diferentes, una vez dice que la tiró a la cama después de desvestirla y otras

veces manifiesta que la desvistió en la cama en una contradicción que no fue tomada en cuenta por el operador de justicia de segunda instancia, unido al hecho narrado donde cuenta que una vez terminada la agresión el victimario se acostaba a dormir, manifestando con esto que la acción se ejecutaba en lugar diferente al camarote donde supuestamente dormían víctima y victimario...”

Alude el libelista al informe técnico sexológico realizado por un perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a la menor E.A.A.M.:

“...es un examen idóneo para establecer si hubo o no una violación o un acceso carnal, es de pensar que según el relato de la víctima para el momento de los hechos contaba solo con once años de vida, se trata de una vagina en formación, aun no totalmente definida, en consecuencia, cuando una menor de once años es accedida carnalmente por un hombre de 1,90 metros de estatura, fuerte en su contextura, lo menos que se espera es que cause un daño en el aparato reproductor de la menor, de lo cual el profesional de la salud no encontró rastro alguno, también hay que analizar el hecho de que la menor víctima relato (sic) hacer (sic) sido accedida carnalmente de forma anal, acción que de haberse presentado también habría quedado rastro en la humanidad de la menor; en conclusión todo apunta a pensar que el hecho no se presentó, parece ser que todo se debió a una especie de venganza por parte tanto de la menor en represalia por los castigos que su señor padre le infringía (sic) con el ánimo de corregirla; por otra parte la ex esposa del indiciado y madre de la supuesta víctima por su infidelidad y por el hecho de que ya no le solventaba sus gastos, lo cual la llenó (sic) de ira y le dijera a su hija lo que tenía que decir ante la justicia de tal forma que fuera creíble; es de anotar que el profesional de la medicina fue claro en manifestar en la conclusión del examen realizado a la menor que ‘No hay hallazgos que permitan demostrar científicamente penetración traumática de los órganos genitales’.”

Agrega que se estableció por medio del dictamen de psiquiatría que la menor fue

inducida por su madre a mentir, puesto que en la experticia presentada por la especialista se expuso de forma clara y contundente "...que la menor sentía angustia, comparable con el sentimiento de culpa de una hija que ve como probable la posibilidad de que su progenitor pueda ir a la cárcel por un delito que ni siquiera se cometió, y que ella misma manifestó [que] el relato de los hechos fue sugerido por su madre quien en ese momento tenía problemas de pareja por infidelidad de su padre; aclara que de este lo verdadero era que ella era golpeada por el padre debido a la dificultad para acatar la norma, la profesional de la salud mental encontró coherentes los relatos hechos por la menor, sin delirios, es decir, consideró que el relato hecho por la menor era veraz, no encontró elementos de juicio que pudieran determinar un estado de afectación mental."

Concluye que los medios de prueba recaudados no permiten asegurar que la menor hubiese sido víctima de un atentado contra la libertad, integridad y formación sexuales, porque las evidencias enseñan la inexistencia del delito.

Censura que el Tribunal hubiese malinterpretado las pruebas científicas, puesto que medicina legal no relacionó ningún hallazgo que permitiera demostrar el acceso carnal denunciado por la víctima "...y si no se presentó penetración en los órganos genitales de la menor, entonces sencillamente el delito no existió y en consecuencia mi poderdante no tuvo la oportunidad de cometer un delito inexistente...". Agrega que si la segunda instancia hubiese hecho esa consideración, la única opción que tenía era confirmar la sentencia apelada.

Reitera que de acuerdo con el dictamen de psiquiatría, debió concluirse que E.A.A.M. fue inducida por la madre a formular la denuncia, porque así se lo relató la víctima a la médica que la valoró, sin que esa prueba se hubiese tenida en cuenta.

Asegura que todos esos aspectos fueron expuestos en el salvamento de voto de uno

de los integrantes de la Sala de Decisión Penal que profirió el fallo impugnado, mismo que comparte y transcribe in extenso, para concluir que debió dársele aplicación al principio de in dubio pro reo.

Considera que por haberse incurrido en el error denunciado, se violaron las normas de derecho sustancial que consagran los artículos 232, 238 y 7 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

En consecuencia, solicita de la Sala casar la sentencia recurrida y absolver a ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal considera que al demandante no le asiste la razón en los planteamientos que presentó, porque los fundamentos del fallo no son absurdos, si se tiene en cuenta que la segunda instancia concluyó sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado con fundamento en el conjunto probatorio.

Lo manifestado por el demandante es apenas su desacuerdo con la valoración que de las pruebas hizo el Juez Colegiado y esa discrepancia de criterios no constituye falso juicio de identidad.

Considera que el demandante fraccionó el acervo probatorio para marginar del análisis otras evidencias que sirvieron de sustento al fallo de condena.

No todos los delitos sexuales dejan cicatrices, máxime porque el tejido de la zona genital es blando y se recupera fácilmente. Además, porque el paso del tiempo borra todas las huellas.

Transcribe el análisis que hizo el Tribunal del testimonio de la víctima, en el cual concluyó que se trataba de una versión espontánea, natural, reiterativa, consciente, sin alteraciones en la personalidad de la declarante, de quien aseguró que tenía óptima capacidad y era incapaz de hacer daño.

“Sobre la apreciación del testimonio del menor ofendido la jurisprudencia de la Corte ha precisado que el mismo no puede ser desechado en razón a 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 la Corporación a través de la jurisprudencia casacional desde la sentencia del 26 de enero de 2006 (Rdo. 23706) que la declaración del menor víctima de abusos sexuales, por el impacto del acto en su memoria, es altamente confiable.”

Explica que la menor se retractó de la denuncia ante una psiquiatra, afirmando que no era verdad lo que había dicho contra su padre, porque había sido idea de su madre quien para entonces tenía problemas con el procesado; empero, para el delegado de la Procuraduría, ninguna incidencia tiene esa rectificación en el resultado del proceso, porque el objeto de la valoración psiquiátrica era determinar el estado de madurez psicológica de la niña frente a los hechos denunciados y la profesional concluyó que era mentalmente sana.

Destaca que el procesado admitió haber dormido durante un tiempo con su hija en la misma cama, lo que en su sentir constituye el indicio de oportunidad.

También le resta credibilidad a la retractación, argumentando que la menor no fue sometida a un test que determinara si su versión había sido producto de la manipulación por parte de terceros o se debió al ánimo de venganza por los castigos de su padre.

Asegura que la versión de la víctima fue respaldada por el testimonio de su tía Sandra

Luz Aldana, porque ésta narró lo que le había contado la víctima acerca de los abusos sexuales y el maltrato que recibía de su progenitor; además, dijo que Mery Aldana le manifestó que ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS no se comportaba como padre de la niña, sino como el esposo, porque le prohibía tener amigos y la regañaba constantemente. Asimismo, que ni Sandra ni Mery denunciaron los hechos porque no les constaba que fueran ciertos los abusos sexuales y sentían temor del procesado.

Estima que no puede aducirse como motivo para desvirtuar los hechos que el hermano de la denunciante no se diera cuenta de lo que sucedía, puesto que tal evento no se demostró.

Reitera el tema de la retractación y argumenta que el Juez está en libertad de acoger la versión que le parezca digna de credibilidad, sin que esa circunstancia (la retractación), por sí misma pueda destruir lo dicho inicialmente por el testigo.

Tampoco tiene importancia que la menor no precisara la época de ocurrencia de los hechos, porque lo cierto es que se desarrollaron entre el primer semestre de 2004 y parte del año 2005. Lo realmente importante a juicio del Procurador delegado es que ocurrieron en vigencia de la Ley 599 de 2000.

Por último, advierte que en este caso es necesario casar oficiosamente el fallo, por desconocimiento del principio de non bis in ídem, puesto que ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS fue condenado por acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208 C.P.) agravado de conformidad con la causal prevista en el artículo 211-2° del Código Penal, en concurso con incesto; y reciente y reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (Rdo. 34133 y 38.164) señala que cuando la agravante se deriva únicamente del vínculo de consanguinidad, el atentado contra la familia (incesto) queda subsumido en esa específica circunstancia²⁰, por lo que debe excluirse de la punibilidad.

CONSIDERACIONES

En atención a que la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales, la Sala deberá analizar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente, a pesar de que ante la deficiencia argumentativa se impone desentrañar su significado de forma coherente y racional. Pues, el defensor denuncia en el único cargo propuesto la concurrencia de errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión y falso juicio de identidad por cercenamiento, que de no haberse presentado habrían permitido la aplicación del principio de in dubio pro reo.

Las censuras están referidas específicamente al testimonio de la menor E.A.A.M., al informe técnico médico legal sexológico y al concepto de psiquiatría.

Con relación al primer medio de convicción, destaca el demandante una serie de afirmaciones que no tuvo en cuenta el Tribunal al valorar la versión de la víctima tanto en la denuncia como en la ampliación, incluso contradictorias, y que carecen de respaldo en las demás pruebas.

Respecto de los otros, señala que el dictamen de medicina legal concluyó que no es posible establecer si hubo acceso carnal, al paso que la psiquiatra refirió que la menor había asegurado que mintió por insinuación de la madre, sin que tales evidencias fueran valoradas por la segunda instancia.

Desde ahora debe admitirse que el Tribunal distorsionó en su expresión fáctica el testimonio de la menor, el informe sexológico y el concepto de la psiquiatra, porque uno es el contenido material de los medios probatorios y otro muy diferente el que el juzgador les otorgó, al extremo que les hizo decir algo distinto de lo que realmente expresaban, por lo cual el sentido de la decisión se alteró, pues la versión de la víctima causa incertidumbre,

y ésta no es posible descartarla a partir de las restantes pruebas, como para concluir que en conjunto conducen a la certeza que se requiere para condenar.

Igualmente, se desconoció absolutamente el testimonio de Mery Aldana, que al ser confrontado con la información suministrada por los elementos probatorios que sí fueron valorados y con los hechos que se fijaron a partir de los mismos, permite demostrar que se declaró probado un acontecimiento que no correspondía a la realidad que subyace en el proceso.

En este caso están enfrentadas las versiones de la víctima, que asegura haber sido accedida carnal, violenta y reiteradamente por su padre; y, la del procesado, que niega enfáticamente esos hechos.

El Tribunal le dio credibilidad a la primera por considerar que está respaldada en los restantes medios de prueba; al tiempo que consideró desvirtuada la presunción de inocencia que amparaba a ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS.

Con el fin de facilitar la comprensión de la determinación que adoptará la Sala, se transcribirán a continuación los argumentos que tuvo en cuenta la segunda instancia para darle plena credibilidad al testimonio de la víctima, en la que se sustentó la sentencia de condena recurrida en casación:

2. De la prueba testimonial.

Contrario a lo aseverado por el Juez de primer nivel, la declaración de la ofendida permite conocer la existencia de los hechos y la responsabilidad del aquí acusado, pues la manera como la menor hizo los señalamientos en contra del implicado permiten concluir que se trata de un testimonio plenamente creíble debido a que se ajusta a los criterios de apreciación de la prueba testimonial porque:

- a. Es espontáneo: pues la menor sin ninguna evidencia de preparación ante la comisaría de familia del municipio de Tuluá, ante la Fiscalía, ante el médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y ante su tía SANDRA LUZ ALDANA relató cómo su padre en varias oportunidades y durante las horas de la noche mediante maltrato físico la accedió carnalmente.
- b. Es natural: pues se expresa con palabras que correspondían a la edad que tenía cuando denunció los hechos, a la precariedad de su léxico y al entorno social en el que creció.
- c. Es reiterativo: cuando explicó lo sucedido en la denuncia formulada el 7 de noviembre de 2005, en las declaraciones hechas los días 2 de diciembre de 2005 y 6 de febrero de 2006 y en el relato de los hechos que hizo ante el médico legista, insiste en el mismo relato: que su progenitor mediante el empleo de la fuerza la accedió carnalmente.
- d. Es consistente: pues en los distintos momentos de su narración concuerda en las circunstancias (sic) de tiempo, de modo y de lugar sobre los hechos que vivenció. No existe en su relato ninguna incoherencia o disonancia y la explicación satisfactoria de la ciencia de su dicho impide aseverar que la sujeto de prueba está afirmando algo contrario a lo que realmente sufrió.
- e. La personalidad de la menor no fue cuestionada. No existe prueba aquí que permita concluir que la misma tenga por costumbre mentir; por el contrario, la ofendida es una persona que, por su edad y el entorno familiar y social al que pertenece, se calificó como una niña sana y normal.
- f. La capacidad objetiva y subjetiva de la testigo eran óptimas y dentro del proceso no se postuló prueba orientada a poner en duda la sanidad mental de la niña; por el contrario, de sus declaraciones se advierte que se trata de una niña en plenitud mental y

que, por lo mismo, estaba en condiciones de percibir la realidad, aprehenderla y evocarla en desarrollo del proceso penal; por ende, no se puede sostener que tuvo percepciones sensoriales irreales o que confundió la realidad con la fantasía.

g. La relación entre el sujeto y el objeto permite asegurar que la niña sí tuvo la experiencia negativa que relató pues lo que evocó no tiene ninguna dificultad para ser percibido sensorialmente y, además, no hacía parte de las experiencias de la menor.

h. la testigo carece de capacidad de daño. Por la ingenuidad propia de la edad en la que declaró, carecía de capacidad e intención de daño y, aunque se demostró que el aquí procesado le infligía castigos físicos, ello no constituye fundamento suficiente para concluir que la menor tendría tal carencia del sentido moral que le es indiferente valerse de la mentira para perjudicar a su padre señalándolo autor de unos hechos de tal magnitud sólo por su ánimo retaliatorio. Además, tampoco existe dentro de la actuación procesal elemento de prueba que demuestre que la niña fue objeto de manipulación por parte de terceros.

i. El contenido de sus afirmaciones se ajustan (sic) a las características metajurídicas de la prueba testimonial pues entra en el ámbito del ordinario lógico; es posible, en cuanto es susceptible de ser o de existir en el mundo físico, y es perceptible fácilmente por los sentidos.

j. El resto de la prueba testimonial respalda sus afirmaciones. El testimonio vertido por SANDRA LUZ ALDANA DELGADO, tía paterna de la menor da lugar a sostener, sin hesitación alguna, que el proceder del implicado efectivamente existió, pues éste coincide con el de la ofendida y da cuenta sobre tres aspectos relevantes:

Que su sobrina le contó que el procesado, además de infligirle fuertes y denigrantes maltratos físicos y psicológicos, abusó de ella sexualmente durante más o menos un año y que éstos dejaron de suceder porque el procesado “había conseguido mujer”.

Que su hermana, MERY ALDANA, le comentó que encontraba sospechosa la actitud del procesado hacia la menor, ya que no era precisamente la de un padre hacia su hija, sino la de un hombre hacia su mujer y que la cohibía mucho, le prohibía tener amigos y la regañaba constantemente; versión ésta que coincide con la de la menor quien en su denuncia, además, de informar sobre los accesos carnales, manifestó que el procesado le había confesado estar enamorado de ella, que la cohibía de compartir momentos con amigos de su edad y le prohibía salir de la casa.

Que nunca denunciaron el acceso carnal porque, de un lado, no les consta que el procesado hubiera cometido el acceso sobre la menor y, de otro, en lo que toca con la violencia intrafamiliar, porque tuvieron temor a las represalias ya que se imaginaban que igual trato iban a recibir de él en caso de una denuncia por dicha situación.”

Sin embargo, el testimonio de la menor E.A.A.M. dista mucho de la perfección que pregona el Tribunal. En primer lugar, al presentar la denuncia penal contra ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS el 7 de noviembre de 2005, expuso las circunstancias que rodearon el acceso carnal del que fue víctima, en los siguientes términos:

“...mí papá tenía un camarote el (sic) dormía conmigo y mí hermano en la parte de arriba [;] a los dos meses de vivir allí el (sic) llegaba de noche de trabajar y se acostaba conmigo esperaba que mi hermano se durmiera empezó a desvestirse quitándose los pantalones y me quitó toda la ropa [,] comenzó a acariciarme yo le decía que se quitara y empezó a pegarme [,] como yo iba a llamar a mí hermanito me tapaba la boca y me daba puños y se me subía encima me ponía a que le tocara el miembro y me lo colocaba en la boca y siguió tratando de introducirme el pene [,] pero a la tercera ocasión ya lo hizo tanto por la vagina como anal, después se quitaba y se acostaba a dormir [,] a los días me decía que estaba enamorado de mi...”²¹

Se percibe que ese relato no es espontáneo, porque algunos apartes son la reproducción

de un argumento ensayado. La menor primero narró los hechos como si así ocurrieran en la cotidianidad (a los dos meses de vivir allí el (sic) llegaba de noche de trabajar y se acostaba conmigo esperaba que mi hermano se durmiera); pero cambia repentinamente el relato para explicar que se trató de una situación excepcional (empezó a desvestirse quitándose los pantalones y me quitó toda la ropa [,] comenzó a acariciarme yo le decía que se quitara y empezó a pegarme), luego vuelve a narrar los hechos a partir de lo que habitualmente parece que hacía el procesado ALDANA LENIS (después se quitaba y se acostaba a dormir [,] a los días me decía que estaba enamorado de mi).

Posteriormente, el 6 de febrero de 2006, E.A.A.M. declaró ante la Fiscalía brindando una versión más detallada de lo que fue materia de la denuncia:

“...la primera vez que mi papá abuso (sic) de mí lo hizo a la brava, o a la fuerza, resulta que estábamos (sic) en la casa con mi tía Mery Aldana, hermana de mi papá, y los hijos de ella, y yo estaba con mi hermanito [V.] en una pieza de la misma casa, mi mamá no estaba porque mi papá la iba a matar y se tuvo que volar, y el día de los hechos llegó mi papá a la casa en horas de la noche, y yo me encontraba en la pieza viendo televisión con mi hermanito, ya después nos fuimos [a] acostar, y mi papá se acostó (sic) al lado mío y mi hermanito en la parte de encima ya que nosotros estábamos (sic) durmiendo en un camarote, y yo no me imagine (sic) nada raro de parte de mi papá y me dormí, como a media noche me desperté (sic) porque mi papá me estaba quitando la ropa a la fuerza, yo me asuste (sic) toda y le iba a decir algo y me tapaba la boca porque como mi hermanito estaba allí durmiendo de pronto escuchaba, y me quito (sic) la ropa totalmente y él se había quitado los interiores, únicamente (sic) estaba con la camisa, y allí me tiró a la cama y me cogió las manos y se montó (sic) encima de mí, yo trataba de defenderme pero con la fuerza de él no podía, yo cerraba las piernas y mi papá me las abría a la fuerza hasta que llegó el momento y me penetra (sic) el pene de él en mi vagina, y cuando terminé (sic) de hacerme eso, yo me levante (sic) y estuve llorando toda la noche, y mi papá me dijo que lo que me había

hecho no era por un mal, sino que era cuando yo fuera a estar con algún hombre no me doliera, yo le dije [a] usted que (sic) le pasa porque (sic) me viene [a] hacer esto sabiendo que es mi papá, ya esto se quedo (sic) callado, y no sabia (sic) decir si mi hermanito se daría (sic) cuenta de esto, ya que él no me dijo nada.”²²

Esta versión, en relación con las circunstancias modales se advierte contradictoria en lo esencial, con la que entregó al denunciar los hechos en la Comisaría Permanente de Familia de Tuluá, lo que no permite conocer la existencia de los hechos con la claridad que elogia el Tribunal en sus consideraciones.

En efecto, en aquella oportunidad explicó que su padre la desvistió, comenzó a acariciarla y ante su renuencia la golpeó; además, que debido a su intención de llamar al hermano que dormía en el mismo camarote, su padre le tapó la boca, le pegó con los puños, trató de introducirle el pene en la boca, y luego la penetró vaginal y analmente.

Cuando amplió su declaración dijo que estaba dormida y su padre le quitó la ropa violentamente (me dormí, como a media noche me desperté (sic) porque mi papá me estaba quitando la ropa a la fuerza); en esta ocasión, aparte de darse cuenta en qué preciso momento despertó –a media noche–, afirma que su padre le tapó la boca cuando ella trataba de decirle algo (le iba a decir algo y me tapaba la boca porque como mi hermanito estaba allí durmiendo de pronto escuchaba); ya no fue golpeada con los puños, sino que al mismo tiempo su padre le quitó la ropa, le tapó la boca, la asió por las manos, le abrió las piernas y la penetró por la vagina (me tapaba la boca (...) me quito (sic) la ropa totalmente (...), y allí me tiró a la cama y me cogió las manos y se monto (sic) encima de mí, yo trataba de defenderme pero con la fuerza de él no podía, yo cerraba las piernas y mi papá me las abría a la fuerza hasta que llegó el momento y me penetro (sic) el pene de él en mi vagina), situación que envuelve una clara imposibilidad física del agente para llevar a cabo todos esos actos al mismo tiempo.

En la denuncia explicó que su padre, luego de consumar el ilícito acceso carnal, "...se quitaba y se acostaba a dormir [,] a los días me decía que estaba enamorado de mi...". No obstante, en la ampliación señaló tajantemente que "...cuando termino (sic) de hacerme eso, yo me levante (sic) y estuve llorando toda la noche, y mi papá me dijo que lo que me había hecho no era por un mal, sino que era cuando yo fuera a estar con algún hombre no me doliera, yo le dije [a] usted que (sic) le pasa porque (sic) me viene [a] hacer esto sabiendo que es mi papá, ya esto se quedo (sic) callado, y no sabia (sic) decir si mi hermanito se daría (sic) cuenta de esto, ya que él no me dijo nada..."

Al denunciar dejó en claro que el acceso carnal había sido oral, vaginal y anal: "...se me subía encima me ponía a que le tocara el miembro y me lo colocaba en la boca y siguió tratando de introducirme el pene [,] pero a la tercera ocasión ya lo hizo tanto por la vagina como anal..."; y al ampliar su versión, a pesar del trauma que ocasiona una violación de esa naturaleza, omitió contar que había sido penetrada también de forma anal y la intención de hacerlo de forma oral: "...yo cerraba las piernas y mi papá me las abría a la fuerza hasta que llegó el momento y me penetro (sic) el pene de él en mi vagina."

Sólo al ser interrogada por el instructor en estos términos: "Cuando (sic) ocurrió el primer acceso carnal, detallar como (sic) ocurrió el mismo, si hubo penetración anal, vaginal u oral, que (sic) edad tenía cuando esto ocurrió.", fue que recordó la víctima esos aspectos relevantes de la violación: "...como ocurrió el mismo ya lo dije, y si hubo penetración vaginal estando yo virgen, y esa misma noche también, abusó de mi por el ano, y si hubo penetración anal, y mi papá trató de meterme el pene a la boca, me cogía de la cabeza y con el pene en la mano, a metérmelo en la boca y yo no me dejaba, cerraba la boca con fuerza, y él insistía abrimme la boca y no pudo..."

El relato de la menor, contrario a lo que considera el Tribunal, no se percibe espontáneo,

reiterativo, consistente ni “natural”, entendida esta última categoría como la utilización de “...palabras que correspondían a la edad que tenía cuando denunció los hechos...”, porque la niña ilustró lo ocurrido en términos que no corresponden al lenguaje propio de esa edad: “Yo no planificaba con nada, ya que él cada que se iba a venir lo hacía por fuera de mi vagina...”, lo que contrasta con la fingida candidez de la respuesta a si el procesado eyaculaba y en dónde lo hacía: “Sí, a él le salía como una cosa, pero esto lo hacía fuera de mi vagina, nunca lo hizo dentro de mi vagina.”

Es indiscutible el impacto que debe producirle a una menor de edad ser accedida carnalmente por su progenitor mediante la fuerza, y al tomar la decisión de denunciarlo, es apenas natural que se recuerden aspectos significativos y trascendentes como a quién le contó acerca de lo sucedido, para que esas personas, de ser el caso, refuercen la delación. Pero, en la denuncia se le preguntó sobre ese específico tema: “Usted le comentó la situación a otra persona? CONTESTÓ. En esa época no pero hasta hace un mes le comenté lo sucedido a la esposa de mi tío llamada DEISY.”, a quien inexplicablemente la víctima olvidó a los pocos días al ampliar su testimonio: “Que (sic) personas tienen conocimiento de estos hechos y donde (sic) se ubican, porque (sic) y como (sic) se enteraron.” Y respondió: “Una tía mía de nombre SANDRA ALDANA, vive en Cali, tiene el número telefónico 4405595, mi tía se entero (sic) porque yo le conte (sic).”

El aspecto temporal, circunstancia de innegable relevancia, tampoco pudo aclararlo la denunciante en sus intervenciones. En efecto, la menor asegura no recordar la fecha exacta en que su padre comenzó a accederla carnalmente, empero indistintamente refiere que los hechos ocurrieron en abril, junio o julio del año 2004, es decir, dos meses después de haber llegado a vivir a la ciudad de Cali²³, a donde dice que se radicaron en febrero de 2004, lo que significaría que la primera agresión ocurrió en abril del mismo año. Pero, luego señala épocas distintas, porque al médico forense le

aseguró que había sucedido “en el mes de julio” de 2004; mientras que en una ampliación²⁴ de la denuncia aseveró radicalmente que “El primer acceso carnal fue en junio del año 2004”

Es que, en la Fiscalía 33 Seccional de Tuluá, el 2 de diciembre de 2005, declaró: “Eso fue más o menos hace un año larguito que ocurrió la primera vez, y la última vez fue hace por hay (sic) un año más o menos. Eso ocurrió por hay (sic) en un mes y era casi todos los días...” Entonces, un año larguito contado desde abril, junio o julio de 2004, hasta diciembre de 2005, corresponde a 20 meses, 18 meses o 17 meses, respectivamente y hasta hace un año más o menos, es decir, hasta diciembre de 2004, significa que el padre abusó sexualmente de la denunciante durante aproximadamente 8 meses, 6 meses o 5 meses, atendiendo a que los accesos comenzaron en abril, junio o julio de 2004.

Al declarar ante funcionario comisionado por la Fiscalía 39 Seccional de Cali, explicó: “La primera vez que mi papá abusó de mí fue en junio, no recuerdo la fecha, del año 2004, yo estaba virgen, nunca había llegado a estar con ningún hombre, ya después de la primera vez él siguió abusando de mí todos los días, por espacio de un mes, luego lo hacía día de por medio, es decir en la semana tres o cuatro veces...” Por último, a su tía Sandra Luz Aldana Delgado le dijo que “...hacía más o menos un año abusaba de ella...”

El relato de la menor deja muchas dudas que no pueden salvarse acudiendo a los demás medios de prueba, porque éstos, en lugar de respaldar la versión de E.A.A.M., aumentan la incertidumbre.

Sandra Luz Aldana Delgado sí declaró haberse enterado del acceso carnal del cual aseguró E.A.A.M. que había sido víctima. No obstante, advirtió que quien le dio la noticia en primer lugar fue Marlen Marín, madre de la víctima y ex compañera de ENRIQUE

HUMBERTO ALDANA LENIS: “La niña nunca me comentó de abusos sexuales del papá, yo me di cuenta de esos abusos sexuales cuando ya [la] niña colocó el denuncia, me di cuenta porque la mamá de la niña de nombre MARLEN MARÍN me llamó por teléfono groseramente a insultarlo a el (sic) pero a través mío, me causó asombro.”

Ahora bien, Sandra Luz Aldana, ante una pregunta del investigador, hizo un comentario que a juicio del Tribunal compromete seriamente al procesado y ratifica la denuncia formulada por E.A.A.M., en el sentido de que Mery Aldana también se percató de acontecimientos que calificó como sospechosos: “PREGUNTADO. Informe al Despacho si su hermana MERY ALDANA tuvo conocimiento de los presuntos abusos sexuales de que era víctima la menor [E.A.]. CONTESTO. MERY me decía en el tiempo en que ella estuvo viviendo en la misma casa con ENRIQUE que sospechaba algo raro en él con la niña, porque actuaba de una manera sospechosa no como padre e hija, que no la dejaba tener amigos, la cohibía mucho, la regañaba mucho, MERY me decía que no entendía el comportamiento de ENRIQUE para con la niña, MERY en ningún momento me dijo nada de abusos sexuales, únicamente me dijo que parecía que la niña fuera la mujer de él, yo no soy testigo simplemente he dicho lo que la niña me comentó y lo que MERY me ha dicho.”

Sin embargo, Mery Aldana declaró en curso de la audiencia pública y no respaldó lo dicho por Sandra Luz Aldana. Incluso, respondió que no había visto nada anormal entre el procesado y la denunciante: “PREGUNTADO. Sabe usted si su hermano ENRIQUE y la menor durante el tiempo de convivencia con usted tuvieron algún tipo de problemas, en caso afirmativo por que (sic) motivos CONTESTO. Señor Juez, no pues es (sic) la regañaba era porque ella se le iba a callejear y el (sic) se iba a trabajar todo el día y cuando él llegaba a veces no la encontraba y ya era tarde y por eso. PREGUNTABA (sic). como (sic) reprendía el señor ENRIQUE ALDANA a la menor [E.]. CONTESTO. Señor Juez, pues el (sic) a veces le pegaba, sí. PREGUNTADO. Diga al despacho si usted observo (sic) algún comportamiento anormal en la manera de tratar el señor ENRIQUE

ALDANA a su hija [E.]. CONTESTO. Señor Juez, nunca vi nada así raro.”

Esta testigo vivía en la misma casa con la víctima, el procesado y el menor V.A.M., y asegura que nunca llegó a ver nada raro entre padre e hija, afirma que el procesado a veces la regañaba e incluso llegó a pegarle, empero, no dice que se hubiese percatado de sucesos tan significativos como pueden llegar a serlo las lesiones personales en el rostro o en partes tan frágiles y sensibles como los órganos sexuales de una niña de 11 años, porque no se percató de que E.A.A.M. tuviera señales de esa clase, lo que deja sin respaldo la afirmación que hizo al denunciar: “...me pegaba con varillas, con tablas me reventaba la boca me pegaba patadas en la vagina...” Incluso, Mery Aldana calificó el comportamiento de su sobrina de normal (“...pues yo creo que normal, lo único que yo veía era que [a] ella le gustaba mucho [a] calle las amistades algo así. Pero normal.”), lo que sería extraño frente al abuso sexual y la violencia a las que –según denunció– estaba sometida diariamente por parte de su padre, porque necesariamente ese tipo abusos hubieran alterado su conducta o, al menos, su aspecto físico.

El Tribunal, sin embargo, como se había anticipado en precedencia, desconoció absolutamente el contenido probatorio de la declaración de Mery Aldana, refiriéndose a ella por la mención que hizo Sandra Aldana, pero omitió corroborar que aquella sí hubiese declarado en el mismo sentido.

Debe destacarse que luego de la formulación de la denuncia, la siguiente prueba que se allegó a la investigación fue el informe técnico médico legal sexológico elaborado por un perito forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal, de cuyo análisis se ocupó el Tribunal en la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

“1. La valoración de la prueba científica.

Concluye el Juez de primer nivel, que la menor no pudo ser víctima de acceso carnal

porque, de una parte, el resultado del examen sexológico practicado a ésta determinó que no presentaba huellas externas de lesiones que permitieran demostrar la ocurrencia de tal hecho pues en casos como estos en la víctima quedan cicatrices y huellas que permiten evidenciar una agresión de dicha naturaleza (...).

Tales conclusiones resultan contrarias a los postulados de la sana crítica en tanto que:

a. Si bien el aludido informe pericial sexológico estableció que no era posible concluir si la menor fue o no víctima de maniobras sexuales, y que no presentaba huellas externas de lesiones que permitieran llegar a tal conclusión, lo cierto es que la falta de éstas no son fundamento suficiente para negar la existencia del hecho, pues es incuestionable que entre la realización del examen sexológico y la ocurrencia del delito transcurrió más de un año y es obvio que el transcurso del tiempo borra la evidencia.

b. Por lo mismo, no es una regla general o de la experiencia que en todos los casos de abuso físico y/o sexual queden cicatrices que permitan determinar la existencia de la agresión, pues desde el punto de vista médico-científico los tejidos blandos –de los cuales está conformada la totalidad de la zona genital femenina–, tienen gran capacidad de recuperación y regeneración, al punto que, por ello, una de las mayores recomendaciones para quienes han sido víctimas de abuso sexual, es que acudan rápidamente a las autoridades correspondientes antes de que desaparezcan esas lesiones y sea más ardua, por no decir que inane, la recolección de evidencia incriminatoria. Luego, la afirmación del a quo según la cual esta clase de lesiones traumáticas siempre dejan cicatrices en el cuerpo de la víctima resulta insostenible desde el punto de vista médico y jurídico.

c. La conclusión No. 3 del aludido informe técnico médico legal no descarta la ocurrencia del acceso, pues éste indica: “No obstante es científicamente factible que haya ocurrido dicha penetración en virtud de la elasticidad del Himen.” Por tanto, para decidir,

necesariamente debía acudirse a la valoración de otros medios de prueba tales como el testimonio de la víctima a efectos de superar la duda que puede aparecer si se lee aisladamente; sin embargo, dicha valoración no se hizo por el a quo.”

Y, precisamente, a partir del informe sexológico también se estructuran serias dudas.

El 8 de noviembre de 2005 –al día siguiente de formular la denuncia–, en el recuento de los datos clínicos relevantes, la menor E.A.A.M. le narró al médico forense: “Refiere la examinada que no recuerda exactamente en que (sic) fecha ocurrieron los hechos, pero dice que aproximadamente hace un año en el mes de julio su padre biológico llegó de trabajar y se acostó en la cama en la que se encontraba acostada, se desnudó y se le subió encima, dice que luego en contra de su voluntad intentó quitarle la ropa y dice que efectivamente logró desnudarla. Al preguntársele si le introdujo el pene por la vagina responde que sí en una oportunidad. Refiere además que su padre la penetró vaginalmente varias veces el año pasado.”

E.A.A.M. se abstuvo de contarle al perito que había sido accedida analmente.

No obstante, el profesional anotó la siguiente impresión: “EXAMEN GENITAL: Presenta himen festoneado íntegro y muy elástico. Ano normotónico sin desgarros ni fisuras. Himen festoneado íntegro elástico lo cual indica que puede permitir el paso del miembro viril erecto sin desgarrarse. Tono anal normal, forma anal normal.”

Luego concluyó:

“1) No presenta huellas externas de lesiones que permitan fundamentar incapacidad médico legal.

2) Sin hallazgos que permitan demostrar científicamente penetración traumática de los órganos genitales.

3) No obstante es científicamente factible que haya ocurrido dicha penetración en virtud de la elasticidad del himen.”

De esa manera, se constituyó en prueba fundamental el testimonio de la menor víctima para declarar la responsabilidad del procesado, porque para el Juez Colegiado se apoyaba, no sólo en el testimonio de su tía Sandra Luz Aldana, sino en el informe médico legal, que valoró como prueba determinante del acceso carnal.

A pesar de que el médico ni siquiera relacionó el hallazgo de lesiones antiguas, para el Ad quem esa circunstancia carece de importancia porque el transcurso del tiempo borra cualquier rastro; no siempre quedan huellas del abuso sexual; y, se concluyó que era científicamente factible que hubiese ocurrido la penetración vaginal.

Pero, el Tribunal descartó del análisis una de las conclusiones del informe técnico médico legal sexológico, exactamente la que señala la imposibilidad de demostrar científicamente que hubo penetración de los órganos genitales (Sin hallazgos que permitan demostrar científicamente penetración traumática de los órganos genitales), para darle paso a la posibilidad de que la menor hubiese sido penetrada por un miembro viril, debido a que tiene himen elástico (No obstante es científicamente factible que haya ocurrido dicha penetración en virtud de la elasticidad del himen), cimentando el juicio de reproche a partir de la simple probabilidad.

De esa forma, desconoció la segunda instancia que mientras el llamamiento a juicio debe sustentarse en evidencias que conduzcan a la probabilidad de la verdad, atendiendo a que se hubiese comprobado la ocurrencia de los elementos externos de la conducta punible y el posible compromiso penal del acusado, el proferimiento de la sentencia condenatoria impone la obligación de establecer la certeza racional sobre la materialidad y existencia del delito y la responsabilidad del procesado. Es decir, tienen que concurrir todos los presupuestos -objetivos y subjetivos- que conforman la

estructura básica del tipo.

Entonces, el forense concluyó que era posible la ocurrencia del acceso carnal en presencia de un himen elástico, dejando en claro que esa circunstancia era científicamente imposible de probar.

Con un dictamen en esas condiciones, no puede escuetamente afirmarse que sí hubo acceso carnal, mucho menos, cuando ninguna de las demás evidencias respaldan la versión de la menor víctima y ésta, por el contrario, le refirió a la psiquiatra de la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario del Valle, a donde fue remitida por el A quo para que se determinara su "...madurez psicológica frente a los hechos denunciados", que se sentía "...angustiada por toda la situación que se ha generado por la denuncia ya que según la paciente esto es mentira, refiere que el testimonio que había dado contra el padre fue sugerido por su madre quien en ese momento tenía problemas de pareja por infidelidad del padre de la paciente, comenta que gran parte de lo dicho fue relatado por la madre, aclara que de este lo verdadero era que ella era golpeada por el padre debido a su dificultad para acatar la norma. No da otros datos acerca de la situación. En (sic) enfática en decir que esto 'no es verdad'."

Consideró el Tribunal que la psiquiatra no concluyó que la menor hubiese mentido al formular la denuncia, porque se limitó a señalar que la paciente no tenía alteraciones ni problemas cognitivos. Así se refirió al aludido dictamen:

"d. En lo que toca con la valoración que el a quo hizo del concepto emitido por la médico psiquiatra, encuentra la Sala que aquél incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, por cuanto resulta palmario que uno es el contenido material de dicho medio de prueba y otro, sustancialmente diferente, el sentido que el funcionario judicial le otorgó. No es cierto que la perito haya concluido o, mejor, establecido que la menor mintió; simplemente, al inicio de la valoración médica hizo referencia a lo manifestado por la

adolescente en el sentido de que lo declarado por ella en contra de su padre había sido sugerido por su madre quien tenía problemas con él a causa de sus infidelidades, y que de ello lo único cierto era que éste la golpeaba debido a su dificultad para acatar la norma, para lo cual dicha profesional utilizó palabras como “según, aclara, refiere, comenta, enfatiza, etc.”, para finalmente concluir que al momento del examen no se evidenció “alteración mental o déficit cognitivo que requiera manejo psiquiátrico.” Es claro entonces, contrario a lo concluido por el a quo, que aquí no puede establecerse con base en dicha prueba científica que la menor mintió en la denuncia, pues la única conclusión de la perito es que la menor no presentaba patologías mentales que hicieran necesario someterla a un tratamiento psiquiátrico.

e. La menor, claramente, no fue sometida a un test o análisis riguroso para determinar si sus dichos –de acuerdo al contenido de los mismos y a su lenguaje corporal, en general– eran producto o no de la manipulación de terceras personas u obedecían a algún ánimo retaliatorio por las golpizas que su progenitor le propinaba ante su actitud rebelde; por lo mismo, la perito evidentemente no estaba en capacidad de determinar científicamente tal circunstancia y, por tal razón, el a quo tampoco podía sacar una conclusión de tal naturaleza, más aún cuando la misma no encuentra respaldo en otros medios de prueba.”

Pero, justamente los motivos expuestos por la menor para sustentar la manifestación de arrepentimiento (el testimonio que había dado contra el padre fue sugerido por su madre (...) gran parte de lo dicho fue relatado por la madre) están acreditados con otros medios de prueba que obran en el expediente.

En primer lugar, fue la denunciante quien dio cuenta de la deteriorada relación de sus padres: “mi mamá no estaba porque mi papá la iba a matar y se tuvo que volar”. Esa declaración fue cercenada por el Tribunal; así como fragmentó el testimonio de Sandra Luz Aldana, en la parte que dice haberse enterado de los supuestos

atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, porque se los contó la madre de E.A.A.M., quien se comunicó con ella telefónicamente para proferir insultos contra HENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS: "...yo me di cuenta de esos abusos sexuales cuando ya [la] niña colocó el denuncia, me di cuenta porque la mamá de la niña de nombre MARLEN MARÍN me llamó por teléfono groseramente a insultarlo a el (sic) pero a través mío, me causó asombro."

Al tiempo que omitió la declaración de Mery Aldana Lenis, quien ante una pregunta de la Fiscalía, reveló otro motivo para que Marlen Marín actuara contra el procesado: "PREGUNTADO. Dígame al despacho su (sic) usted cree capaz a la menor [E.A.] de colocar en vueltas penales a su padre ENRIQUE ALDANA (sic), con una falsa denuncia por abuso sexual. CONTESTÓ. Señor Juez, pues de pronto puede haber sido como por cosas de la mama (sic), lo que me han contado, pues yo creo que esos son cosas de la mama (sic) de ellos problemas que tenían con él con ENRIQUE, por la separación, ya que ella se fue, mi hermano le contó que ella lo había llamado una vez a pedirle plata y que el (sic) le había dicho que el (sic) ya no era al (sic) marido de ella y que ella dizque se enojó toda."

Además, está demostrado el contacto de Marlen Marín, con su hija E.A.A.M., porque la llamaba constantemente e incluso la visitaba y esas oportunidades las aprovechaba para sustraer a la menor de la custodia de su padre ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS, y dejarla al cuidado del abuelo materno.

La misma E.A.A.M. explicó que los abusos sexuales y el maltrato físico infligidos por su progenitor tuvieron ocurrencia continuamente hasta cuando su madre regresó de la República de Ecuador: "...siempre me decía que durmiera sin interiores, me pegaba con varillas, con tablas me reventaba la boca me pegaba patadas en la vagina, no permitía que yo saliera de la casa y era constantemente, hasta que llegó mi mamá del Ecuador."25 (Se destaca)

La presencia de Marlen Marín en Colombia, luego de que se separó de ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS, fue corroborada por Sandra Luz Aldana al responderle al instructor cuándo y por qué se había ido E.A.A.M. para Tuluá: “No recuerdo para que (sic) fecha se fue pero creo que fue unos meses antes del mes de diciembre de 2005. La mamá vino de Ecuador y le quitó la niña y se la llevó nuevamente al abuelo de la niña a Tuluá y volvió y se regresó para Ecuador y dejó la niña con el abuelo...”²⁶

La declaración de Sandra Luz Aldana data del 16 de marzo de 2006 y la denuncia fue formulada por E.A.A.M. el 7 de noviembre de 2005.

Deja en claro Sandra Luz que en el año 2005 Marlen Marín vino a Colombia al menos en dos oportunidades. La última coincide con la época de la denuncia: “MARLEN MARÍN vino de Ecuador hace unos siete meses y se quedó en mi apartamento, después de eso es que volvió y no la vi cuando me llamó a insultar a ENRIQUE a través mío por el presunto abuso sexual.” También precisó que Marlen Marín se comunicaba telefónicamente con E.A.A.M.: “...ella llama la niña y habla con ella.”²⁷

Ello sin contar, conforme se explicó anteriormente, que el lenguaje utilizado por la menor corresponde a un argumento dictado, porque carece de espontaneidad.

Del cúmulo de dudas planteadas no puede predicarse certeza acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, como erradamente se predica en la sentencia impugnada, debido a los falsos juicios de existencia e identidad señalados.

Como se vio, queda en entredicho la declaración de la menor, no sólo porque carece de respaldo en otros elementos de convicción que en conjunto tampoco permiten desvirtuar la presunción de inocencia, sino porque existe la posibilidad de que hubiese denunciado a su padre motivada por el anhelo vindicativo de la madre

enfrentada a una relación maltrecha por las infidelidades del esposo, las amenazas de muerte y la negativa a colaborarle económicamente.

Se trata de una posibilidad que no podía descartar a priori el Tribunal y que explicaría satisfactoriamente la razón por la cual la supuesta víctima presentó la denuncia en esos términos, cubierta de incoherencias.

La Corte se ha referido en varias oportunidades a los parámetros especiales que deben observarse en el análisis del testimonio de menores víctimas de delitos sexuales²⁸:

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

Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes [sic] para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un

cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

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

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

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva [“Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “Abuso sexual infantil”, Compilación de Viar y Lamberte, Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998].

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales” (Cas 28742 19 de febrero /08)”.

No se desconocen ahora esos factores, lo que se trata de explicar es que a los menores de edad no se les puede otorgar credibilidad en cualquier caso y especialmente por su condición de posibles víctimas de abuso sexual. Como testigos, también deben examinarse de conformidad con los criterios previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, 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.

En el presente caso, como ya se anticipó, es posible que la menor hubiese sido manipulada por su madre para que denunciara a su padre como quien la había accedido carnalmente en múltiples oportunidades, empero, sin que las demás evidencias tuvieran la capacidad de corroborar los hechos puestos en conocimiento de la autoridad judicial, lo que enerva la fuerza probatoria de ese testimonio, cuya credibilidad fundamentalmente derivaba de la condición de menor de edad de la víctima y la espontaneidad, naturalidad, reiteración, consistencia y coherencia del relato deducidos por el Tribunal, y que se puso en duda al analizar cada una de las intervenciones de la denunciante, al compararlas con las demás evidencias y al valorar la prueba en conjunto.

En todo caso, considera la Sala que no puede superarse la incertidumbre acerca de si los hechos denunciados ocurrieron, con mayor razón, porque como se analizó en precedencia, el Tribunal inexplicablemente dejó por fuera del análisis probatorio apartes importantes del testimonio de la menor E.A.A.M., del de su tía Sandra Luz Aldana, del informe técnico médico legal sexológico y del concepto psiquiátrico, evidencias que omitió confrontar con otras, como el testimonio de Mery Aldana, cuya valoración excluyó completamente, configurándose de esa forma los errores denunciados, es decir, los falsos juicios de identidad por cercenamiento y el falso juicio de existencia por omisión.

Conforme viene de exponerse se casará la sentencia impugnada y, en cumplimiento del principio de in dubio pro reo, se confirmará el fallo de primera instancia, por el que se absolvió a ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS de los cargos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años e incesto. Como consecuencia, se dispondrá la libertad inmediata e incondicional de ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS y se cancelarán las órdenes de captura expedidas en su contra.

Frente a la decisión que se adoptará, queda relevada la Corte de hacer otras consideraciones.

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

RESUELVE

1. CASAR la sentencia impugnada.
2. CONFIRMAR, por los motivos expuestos, el fallo de primera instancia en virtud del cual se absolvió a ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS.

3. ORDENAR la libertad inmediata e incondicional de ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS.

4. CANCELAR las órdenes de captura expedidas en la presente actuación contra ENRIQUE HUMBERTO ALDANA LENIS, lo que se cumplirá por intermedio de la secretaría de la Sala de Casación Penal.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

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

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La Corte, en estricto acatamiento del artículo 47, numeral 8°, de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) se abstiene de divulgar el nombre de la menor afectada.

2 Fol. 1 al 3.

3 Fol. 5.

4 Fol. 14.

5 Fol. 27.

6 Fol. 38 al 41.

7 Fol. 82.

8 Fol. 83.

9 Fol. 90 al 96.

10 Fol. 97.

11 Fol. 100.

12 Fol. 101.

13 Fol. 117 al 119.

14 Fol. 133 al 140 y 171 al 175.

15 Fol. 241.

16 Fol. 242.

17 Fol. 247.

18 Fol. 262 al 276.

19 Fol. 282.

20 El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular

autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

21 Folios 2.

22 Folios 24 fr. y vto.

23 Folios 2

24 Folios 24 vto.

25 Folios 2

26 Folios 24

27 Folios 35

28 Sala de casación Penal. Sentencia del 17 de febrero de 2010. Rdo. No 29572.