

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP1453-2018

Radicación n° 44632

Aprobado acta n° 116

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 24 de junio de 2014, mediante la cual confirmó de manera parcial el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, el 18 de junio de 2013.

H E C H O S

En el fallo demandado fueron narrados de la siguiente manera:

FRANCY ADRIANA BALLESTEROS ESCOBAR, en su condición de representante legal del menor D.S.LL.B., el 22 de enero de 2011, instauró querella penal contra el padre de su descendiente, IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO, debido a que ese día fue enterada por aquel de los abusos sexuales de los que ha venido siendo objeto por parte de su progenitor, al decir que le daba besos en la boca, le acaricia el miembro viril y la cola. Precisó la denunciante que unos vecinos se percataron cuando su denunciado se encontraba dentro

de un automotor en el Barrio “Puertas del sol”, acariciándolo y besándole en la boca, por lo cual, lo interrogó y le confirmó lo sucedido, aclarando que ocurría desde que tenía 7 u 8 años.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, en audiencia preliminar celebrada el 26 de marzo de 2012, ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales, le formuló imputación por los delitos de Actos sexuales con menor de catorce años e Incesto, en concurso de conductas punibles, sin que se allanara a los cargos.

Presentado el escrito de acusación el 22 de mayo de 2012 por parte de la Fiscalía Séptima Seccional de Manizales, le correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito con función de conocimiento de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 16 de julio y 11 de octubre de ese año, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 20 de marzo y 5 junio de 2013. Clausurado el debate, en esta última fecha se emitió sentido del fallo declarando culpable al acusado IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO.

El 18 de julio de 2014, el mismo despacho judicial emitió el fallo condenatorio, encontrando responsable a LÓPEZ LLANO, en calidad de autor de los delitos de Actos sexuales con menor de 14 años e Incesto, en concurso de conductas punibles –artículos 209 y 237 del Código Penal-, imponiendo en su contra la pena principal de diez (10) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, negándole el derecho a los subrogados de la condena de ejecución condicional y la sustitutiva de la prisión domiciliaria.

Interpuesto el recurso de apelación por el defensor del acusado, la Sala Penal del Tribunal

Superior de Manizales, mediante providencia del 24 de junio de 2014, la confirmó en su integridad.

Oportunamente, el defensor del condenado IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO, interpuso el recurso extraordinario de casación, siendo sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Tres reproches presenta la apoderada del sindicado IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero: falso juicio de legalidad

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia por violación indirecta de la ley, proveniente de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Fundamenta su censura aduciendo que la voluntad del menor de no declarar en juicio en contra de su padre, fue suplida con la valoración, como pruebas directas, de los relatos que la víctima presentó ante las peritos Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, psicólogas adscritas, en su orden, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Instituto de Medicina Legal.

Tras transcribir apartes de los informes periciales en cuestión, la demandante destaca que:

- i) Con ambos informes se llevó a conocimiento del juez el relato de los hechos que finalmente se dieron por probados en la decisión judicial;
- ii) Las dos psicólogas refirieron la ausencia de daños psicológicos o traumas en el menor como consecuencia de los supuestos abusos sexuales, pero el Tribunal al parecer entendió todo lo contrario;
- iii) No obstante que las dos profesionales de la psicología sabían que el tema a tratar con el menor era el

supuesto abuso sexual de que fue víctima por parte de su padre, ninguna le puso de presente su derecho a no incriminarlo con sus relatos, de conformidad con el artículo 33 de la [Constitución Política](#); iv) No obstante lo anterior, el Tribunal solo se ocupó de argumentar que en la entrevista del menor, recibida por la psicóloga Paipilla Jiménez, la prerrogativa constitucional se surtió con el consentimiento informado prestado por el menor; v) En dicho consentimiento informado no aparece por parte alguna la advertencia al niño de no estar obligado a declarar en contra de su padre; vi) Al ser presentado en el juicio y cuando se le puso de presente el privilegio constitucional, el menor se abstuvo de declarar contra su padre.

Con lo anterior, aduce la recurrente que se configuró un falso juicio de legalidad, por cuanto en las entrevistas al menor, recibidas por las peritos psicólogas, se omitió ponerle de presente el contenido del artículo 33 de la Constitución Política, no obstante que para el momento de las intervenciones por aquellas profesionales el menor contaba con la edad suficiente (11 y 13 años, en cada caso) que le permitía la comprensión de la prerrogativa constitucional.

La omisión de ese requisito en las entrevistas del niño, torna en pruebas ilícitas los testimonios periciales de las psicólogas Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, por lo que no podían ser objeto de valoración probatoria, como en efecto se hizo por el fallador.

Concluye, en vía de trascendencia del yerro denunciado, que además de ilícitas, las pruebas periciales de las dos profesionales no fueron directas, porque no la vertió el menor, quien fue la persona que conoció directamente los supuestos hechos, siendo sobre esos medios de prueba que se basó la condena del acusado.

Cargos segundo y tercero: falso juicio de existencia

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, plantea que hubo

un falso juicio de existencia por omisión de la prueba que dio cuenta del conflicto existente entre la madre del menor y el acusado.

Sustenta que el Tribunal sólo acogió la prueba que daba cuenta del maltrato que el acusado daba a Francy Adriana Ballesteros Escobar, madre de su hijo, desconociendo que las pruebas enseñaron que el conflicto era bilateral, al punto que de parte de ella se profirieron amenazas sobre LLANO LÓPEZ.

En ese sentido, menciona que se omitió valorar los testimonios de María Noelva Llano López, Juliana González Llano y del propio acusado IGNACIO ASDRÚBAL LLANO LÓPEZ, quienes fueron testigo del conflicto entre madre y padre del menor.

Así mismo, como tercer cargo, la demandante propone la presencia de un falso juicio de existencia por omisión del testimonio de María Luz Betty Alvarado Pachón, profesora del menor para la época en que se sitúan los hechos.

Arguye en su sustentación que con dicha testigo se probó que contrario a lo manifestado por Francy Adriana Ballesteros Escobar, cuando supuestamente ocurrían los hechos el niño no presentaba cambios comportamentales negativos ni evidenciaba signos de estar siendo agredido sexualmente.

Agrega que esa percepción de la docente, fue la misma que tuvieron las tías del menor María Janneth, Esneda y Noelva Llano López, la prima de éste Juliana González Llano, y Mario Alonso Molina Romero y Óscar Eduardo Carmona Rendón, quienes nunca advirtieron cambios de actitud o rechazo hacia su padre.

De esa manera, concluye, el Tribunal omitió la prueba de la conducta del niño.

La omisión probatoria denunciada, según la demandante, resultó trascendente, porque de lo contrario los juzgadores se habrían cuestionado si realmente acaecieron los hechos que

fueron objeto de acusación, debiéndose concluir que no estaban reunidos los requisitos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para proferir una sentencia condenatoria y, de paso, dejándose de aplicar el principio universal del in dubio pro reo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como lo ha precisado esta Colegiatura de forma reiterada, con la Ley 906 de 2004 se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, con el cometido de obtener la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios que le fueran inferidos o la unificación de la jurisprudencia, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 ibídem.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, como aquella consagrada en el artículo 184, referida a la potestad de «superar los defectos de la demanda para decidir de fondo» en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del censor dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de aquél precepto: «el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso».

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte que el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración y que al menos debe cumplir con unas mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías, producido con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida,

con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 20041.

Adicionalmente, la demanda debe enmarcarse dentro de los principios que gobiernan el recurso extraordinario de casación, entre los que destacan: “los de sustentación suficiente según el cual, la demanda debe bastarse a sí misma para provocar la anulación del fallo; el de crítica vinculante, por cuyo medio se exige una argumentación fundada en las causales previstas taxativamente por la normatividad vigente y el cumplimiento de los requisitos de forma y contenido de acuerdo con la seleccionada por el actor; el de no contradicción, que informa que no es posible, en un mismo cargo, invocar varias causales; y el de objetividad, conforme al cual la alegación debe guardar absoluta fidelidad con la actuación”2.

Con estas precisiones, a continuación se abordará el estudio formal de las censuras:

Cargo primero: falso juicio de legalidad

El falso juicio de legalidad, que viene planteando el recurrente, hace alusión al proceso de formación de la prueba, defecto que gira alrededor de su validez jurídica y las normas que regulan la manera legítima de producirla e incorporarla al proceso o, lo que es lo mismo, en torno a sus presupuestos de legalidad.

Se presenta, básicamente, cuando al momento de apreciar alguna prueba, los funcionarios la asumieron de manera equivocada como legal, aunque no satisfacía las exigencias para su práctica o aducción señaladas por el legislador, o cuando la dejaron de apreciar, por considerar erróneamente que en su recaudo se desatendieron dichas reglas.

Para su demostración le corresponde al demandante identificar claramente la prueba indebidamente apreciada, señalar las normas que regulan su formación o aducción y

acreditar que la misma fue excluida debiendo ser apreciada o que fue valorada debiendo ser excluida. Además, desde el punto de vista de la trascendencia, es deber del casacionista acreditar las implicaciones del error en las conclusiones probatorias.

Aduce en su demanda la defensora del acusado, que la expresada voluntad del menor de no declarar en juicio en contra de su padre, fue suplida con la valoración como pruebas directas de los relatos que ofreció ante las peritos Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, psicólogas adscritas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Instituto de Medicina Legal, no obstante que en ambos casos se omitió ponerle de presente el privilegio constitucional que le asistía de no declarar en contra de su progenitor.

Dos problemas, en relación con la legalidad se plantean en el referido reproche: i) la aducción y su estimación como prueba directa de la declaración brindada por el menor, fuera del juicio, ante las psicólogas que lo valoraron; y, ii) la omisión de ponerle de presente al menor su derecho de no declarar contra su padre, en los términos del artículo 33 de la [Constitución Política](#).

En lo que atañe con el primero de aquellos aspectos, debe decirse que en verdad es un criterio admitido de manera pacífica por la Sala que, con independencia de la naturaleza de la prueba pericial, las declaraciones que realizan las víctimas ante los expertos sobre las circunstancias que rodearon los hechos, constituyen prueba de referencia, porque una cosa son esas manifestaciones y otra muy distinta la prueba que sirvió de medio para su incorporación en el juicio oral³.

Por lo tanto, las manifestaciones previas al juicio oral se consideraran prueba de referencia conforme satisfagan los presupuestos que la ley establece en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, en la medida que se trate de «(i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (v) cuando no es posible su práctica en el juicio»⁴.

De esa manera, bajo este supuesto del carácter de prueba de referencia de las declaraciones previas al juicio oral del menor D.S.LL.B. ante las sicólogas Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, el problema jurídico transita en el terreno de su admisibilidad, resultando claro que en virtud del interés superior del menor de edad, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de esta Sala, sus declaraciones previas al juicio oral, en especial cuando son víctimas de delitos sexuales, se conciben como prueba de referencia admisible. Así lo ha precisado la Sala:

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468.

La anterior doctrina fue consolidada por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, donde, de nuevo, hizo un completo recorrido por los tratados internacionales y las normas internas que consagran la obligación del Estado de proteger a los niños en el contexto del proceso penal, principalmente cuando han sido víctimas de abuso sexual.

Al analizar la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, la Corte resaltó la obligación de considerar el principio pro infans en las decisiones que deben tomar los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de protección posible a los menores víctimas de abuso sexual; dijo:

Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños

que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedó visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional⁵ proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

En tal sentido, hizo énfasis en los pronunciamientos proferidos en el plano internacional donde se resalta que los juicios por delitos sexuales pueden resultar tortuosos para las víctimas, lo que es incompatible con la obligación que tiene el Estado de brindar especial protección a los niños, principalmente cuando su edad y la naturaleza del delito hagan obligatoria la intervención en bien de la protección de su dignidad, integridad y demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013⁶, donde se regula la forma como debe tomarse la entrevista a los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se

evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización.

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que 'bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión'.

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida^{7...8}

Por lo tanto, se ha concluido que son razones de índole constitucional las que habilitan el uso de estas declaraciones como pruebas de referencia dentro del juicio penal, pero en todo caso no pueden reputarse como pruebas directas, como equivocadamente lo asumieron los juzgadores.

Ahora, de conformidad con el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, un fallo condenatorio no puede sustentarse exclusivamente en prueba de referencia, pero en este caso es evidente que aunque se le dio especial relevancia a estas pruebas, los falladores acudieron también a las conclusiones indiciarias que reafirmó con la credibilidad de lo expuesto por el menor, cuyo ataque necesariamente ha debido emprender el

casacionista para lograr el decaimiento del fallo impugnado.

La Corte ha subrayado la especial importancia que las deducciones indiciarias o inferenciales tiene para establecer el compromiso penal en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, dadas las características de estos punibles y la condición particular de la víctima, a la cual en otras latitudes se le ha denominado prueba de corroboración periférica:

De otro lado, la Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la 'prueba indiciaria' como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas⁹, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.

Frente a lo primero, con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral¹⁰. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3º

de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas derivadas de lo estatuido en el varias veces citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva.

Pero, de otro lado, la clandestinidad que suele caracterizar estos delitos generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas 'directas', lo que no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de los que pueda inferirse que los hechos ocurrieron tal y como los relata la víctima.

Así, por ejemplo, el examen sexológico puede corroborar lo atinente al acceso carnal, la presencia en la víctima de una enfermedad venérea, que también padece el procesado, puede confirmar que hubo entre ambos un contacto de carácter sexual, lo que también puede inferirse de la presencia de fluidos del procesado en el cuerpo o la ropa de la víctima, e incluso en el lugar donde ocurrió el abuso sexual. Esto último requiere de la oportuna y cuidadosa intervención de la Policía Judicial, pues este tipo de evidencias pueden ser eliminadas o alteradas fácilmente.

En el derecho español se ha acuñado el término 'corroboración periférica', para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado¹¹; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual¹²; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros (...)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el

único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros...¹³

Al respecto, advierte la Sala que el fallo de condena también se soportó en la declaración de la madre de la víctima, Francy Adriana Ballesteros Escobar, a quien se le otorgó credibilidad, sosteniéndose en la sentencia que:

Para empezar y tratando de imprimir un orden lógico a la resolución del disenso, esta Sala empezará por rememorar que el presente proceso tuvo su origen en la denuncia formulada por la representante legal del menor, FRANCY ADRIANA BALLESTEROS ESCOBAR, en la que expuso que el detonante para haberse percatado de los atropellos sexuales a los que fue expuestos (sic) su hijo D.S.LL.B. por parte del acusado y excompañero obedeció a que ese mismo día en que puso en conocimiento los hechos investigados, vecinos del sector vieron a IGNACIO ASDRÚBAL LLANO LÓPEZ besando y tocando los genitales de su hijo, dentro de un vehículo, hechos que habían ocurrido con anterioridad, por lo cual, la progenitora indagó a su hijo y éste le confirmó lo sucedido, que se veían a escondidas con su padre y éste lo abrazaba como si fueran novios y le tocaba sus genitales, aseverando que esos actos criminales venían sucediendo desde hace mucho tiempo, en casa de su abuelo y de sus tías paternas.

Dicho relato lo ratificó en juicio, tras considerar que IGNACIO ASDRÚBAL visitaba a su hijo a escondidas, cuando ella se encontraba laborando, le tenía prohibido verse por incumplimiento a sus obligaciones alimentarias, que al ser alertada por los vecinos de lo sucedido requirió a su descendiente para le contara la verdad y le confirmó que su padre le tocaba las partes íntimas cuando dormían y se bañaban, que su papá le decía que no fuera a contar.

Adicionalmente, los juzgadores resaltaron en la construcción de indicios de responsabilidad en contra del acusado IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO, las opiniones técnicas de las mismas psicólogas Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, en el sentido de respaldar las narraciones presentadas por el niño D.S.LL.B. en relación con las circunstancias en que se presentaron los hechos y la actitud presentada por la misma víctima ante los vejámenes de que era objeto por su progenitor. Así lo subrayó el juez a quo en su decisión al hilo de la experticia psicológica ofrecida por las citadas profesionales:

El silencio, inacción y pasividad prolongada del chico, no traduce la inexistencia de los insultos sexuales, ese mutismo lo explicaron las sicólogas, de un lado, por haberse presentado en el niño el denominado síndrome de acomodación al abuso, una especie de resignación a esa reiterada vivencia ejecutada por quien era una figura representativa y cercana, “dentro de la cotidianidad del menor existía un vínculo insano que no lograba reconocer por su edad, lo que le impedía reconocerse como víctima”, hasta ganar la adolescencia o pre-adolescencia donde ya adquiere consciencia de la situación y comprende que lo que viene ocurriendo no es lo correcto, operando una “retractación tardía” y, del otro, por el daño que le podría causar a su padre la revelación de los agravios, como la de ser encarcelado, lo que le podría llevar a experimentar sentimientos de culpa y esta actitud puede explicar su abstención a declarar en el juicio. La ausencia de secuelas psicológicas actuales en el menor, se debe a su capacidad de resiliencia, o sea la posibilidad que tiene de superar la situación adversa cuando avanzan en edad y cuentan con una red de apoyo familiar o profesional adecuada.

En consecuencia, al tiempo de la prueba de referencia constitucionalmente admisible en este caso, en la decisión confutada también militan elementos de corroboración que no han sido cuestionados dentro del contexto del cargo examinado, los que sin duda sirvieron de soporte al fallo de condena emitido en contra de IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO.

En el mismo cargo la apoderada del acusado viene alegando la presencia del error de derecho por falso juicio de legalidad, aduciendo que los testimonio de referencia del menor D.S.LL.B. fueron obtenidos con violación del artículo 33 de la Constitución Política, en tanto en sus declaraciones ante las psicólogas Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, no se le puso de presente el derecho constitucional a no testificar en contra de su padre.

En verdad, la Sala ha tenido oportunidad de resaltar que el alcance de este derecho no puede estar sujeto a las formalidades del testimonio en juicio, sino que la prerrogativa constitucional se extiende a todas las etapas de la actuación procesal, incluso a aquellas declaraciones rendidas en la fase de investigación. Así se precisó:

El derecho a no declarar en contra de los familiares próximos abarca todas las fases de la actuación penal. Ello es así, porque incluso las declaraciones rendidas en la fase de investigación pueden generar consecuencias adversas al procesado, lo que potencialmente puede afectar “los lazos de amor, afecto y solidaridad” que suelen existir entre quienes integran una familia. En efecto, una declaración rendida por fuera del juicio oral puede ser determinante para hallar evidencias en contra del procesado, afectarlo con medidas cautelares personales o reales, etcétera.¹⁴

No obstante, en su crítica la recurrente desconoce el hecho de que aquellas entrevistas rendidas por el menor en el ámbito de las valoraciones psicológicas, adquirieron ciertas connotaciones que el propio fallador de segunda instancia puso de presente.

En primer lugar, resulta relevante en este sentido la comprensión de que al momento de

rendir las entrevistas cuestionadas el menor D.S.LL.B. tenía 11 años de edad cuando fue evaluado por la psicóloga adscrita al Instituto de Bienestar Familiar (1º de febrero de 2011) y 13 años cuando fue presentado ante la profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal (agosto 16 de 2012).

Ello resulta significativo, como se puso de presente en el fallo recurrido, porque en dichas intervenciones el menor se presentó acompañado de su madre, en calidad de representante legal, habiéndosele puesto de presente la prerrogativa constitucional en el trámite del consentimiento informado firmado por la progenitora. De esta manera se argumentó que:

[C]on relación a los cuestionamientos que hizo la defensa técnica respecto a la exclusión de estas pericias como medios de convicción por no haber sido informado (sic) la víctima y su progenitora respecto a la excepción constitucional de que trata el artículo 33 de nuestra Carta Política, ha de precisar la Sala que dicho aserto no tiene vocación de prosperidad dado que sobre el tema la perito forense en el contrainterrogatorio al que fue sometida por la libelista fue puntual en precisar que sí le puso de presente el contenido de dicha valoración psicológica, y es lo que llama el “consentimiento informado”, en el que “se les avisa y se les dice a la mamá y al niño que él está en todo su derecho de no dar la entrevista, si quiere guardar silencio...”.

Pero además, según puede constatar la Sala, en el fallo se hacen precisas remisiones jurisprudenciales, como aquella alusiva a la necesidad de priorizar y morigerar las demás garantías superiores cuando de por medio se encuentran en juego los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes¹⁵.

Asunto que, vale la pena acotar, se encuentra en consonancia con el efecto modulador que el tribunal constitucional otorga al privilegio de la excepción de denunciar y declarar cuando los deponentes son los menores de edad víctimas de delitos, especialmente referidos a los bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad personal o la libertad y la

formación sexuales, en tanto:

[E]n un contexto de dependencia y subordinación, en el que los menores requieren de sus padres o de sus otros cuidadores para su subsistencia, y en el que el núcleo familiar se conforma a partir de relaciones verticales de poder, mediadas también por sentimientos de amor, cariño y apoyo, difícilmente se puede esperar que los menores superen estas barreras y acudan a las autoridades públicas para informar sobre las irregularidades ocurridas en su entorno cercano, y para inculpar a sus propios cuidadores o parientes.¹⁶

En ese sentido, en la última decisión de constitucionalidad citada, que está referida al artículo 68 de la Ley 906 de 2004, se enfatizó que la garantía de no inculpar no es absoluta cuando de por medio se encuentran comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los eventos en que son víctimas de los delitos mencionados:

[d]ado que el derecho penal contemporáneo se edifica no solo a partir del reconocimiento de los derechos de los autores de los hechos punibles, sino también a partir del reconocimiento de los derechos de las víctimas, este eje fundamental debe tener incidencia en la definición del alcance de todas las instituciones que concretan la política criminal del Estado, como ocurre justamente con la garantía de no inculpar. Es decir, para determinar el alcance del artículo 33 constitucional, constituyen variables ineludibles de análisis los principios y reglas del ordenamiento superior que establecen el status jurídico de los niños, así como la importancia del acto de denuncia dentro la protección de los menores de edad, y las dificultades y barreras que estos enfrentan para reivindicar sus derechos por sí mismos. Y en este escenario, una vez articulada la garantía de no inculpar con los demás preceptos que integran el ordenamiento superior, la consecuencia inexorable es que dicha garantía no puede tener un carácter absoluto.

Así las cosas, se torna infundada la crítica que se materializa por parte de la demandante en torno a la supuesta omisión de poner de presente al menor la salvaguarda del artículo 33 de

la [Constitución Política](#), en las entrevistas que rindió ante las psicólogas presentadas en el juicio, puesto que, de una parte, las profesionales (al menos la funcionaria adscrita a Medicina Legal) declararon bajo juramento que hicieron la advertencia a la madre y al niño sobre la excepción de no estar obligado a incriminar a su padre, sin que en ellos fueran desvirtuadas, y, de otra, según lo visto, la referida garantía se hace relativa para evento como el sucedido en que el menor es víctima de un delito sexual.

Por lo anterior, el cargo no tiene la aptitud para su estudio de fondo por parte de la Sala.

Cargos segundo y tercero: falso juicio de existencia

La defensa del acusado plantea la presencia de dos errores de hecho por falso juicio de existencia: el primero, por omisión de la prueba que dio cuenta del conflicto existente entre la madre del menor D.S.LL.B. y el acusado; y, el segundo, por omisión de la prueba de la conducta del niño.

En relación con el error de hecho por falso juicio de existencia, al demandante le corresponde acreditar que el juez supuso una prueba que no obra en el proceso -falso juicio de existencia por suposición- o no apreció otra que si fue incorporada válidamente al expediente -falso juicio de existencia por omisión-, señalando, en el primer caso, cuál supuso y que dijo el juzgador de él, y, en el segundo, su contenido y lo que el medio expresa; acreditando, finalmente, la incidencia del yerro denunciado en la decisión contenida en el fallo.

Esos cometidos no se logran cristalizar en la demanda porque, como puede constatarlo la Sala, en relación con el segundo cargo, no es verdad que los falladores hayan omitido valorar las pruebas testimoniales de María Noelva Llano López, Juliana González Llano y del propio acusado IGNACIO ASDRÚBAL LLANO LÓPEZ, que en su entender podrían fundamentar un conflicto entre éste y Francy Adriana Ballesteros Escobar, madre del niño.

En realidad, tanto en el fallo de primera como en el de segunda instancia, son recurrentes las referencias a los testigos echados de menos, no solamente por su mención puntual como se hizo en la decisión del a quo, sino por la general aceptación de credibilidad de los hechos puestos de presente por Francys Adriana Ballesteros Escobar frente a los dichos de los demás declarantes, sobre los cuales el juez de primer grado puntualizó, en función de su crítica, que «no consiguieron desprestigiar o asolar la prueba de cargo».

Pero además, contrario a lo expresado en la demanda, el Tribunal en modo alguno desconoció la existencia del conflicto entre madre y padre del menor D.S.LL.B., al punto que dio por demostrado que algunos de los episodios lesivos que encontró demostrados ocurrieron precisamente en circunstancias en las que de manera subrepticia el acusado quebrantó prohibiciones de visita impuestas a partir precisamente de una rivalidad surgida entre los dos.

Sobre ello, debe decirse que la mayor credibilidad que otorgó a la madre en torno al origen del conflicto, no implica el desconocimiento en la apreciación de la tesis contraria. Por ello, asumiendo de mayor veracidad la posición de la progenitora Ballesteros Escobar en torno a la existencia del conflicto, el ad quem razonó que:

[r]esulta por demás evidente y así lo sostuvo la progenitora en la escena del juicio oral, la relación de pareja que durante algún tiempo sostuvo con su denunciado, del maltrato físico y emocional del que fue objeto por parte de su excompañero al punto que la (sic) relaciones se rompieron; sumado a la mínima responsabilidad que mostraba el inculpado respecto del ejercicio de su rol paterno y proveedor económico, estableciéndose con posterioridad las relaciones entre padre e hijo en la modalidad de visitas familiares, quedándose el adolescente por varios días en casa de su padre, denotando la progenitora comportamiento diferente cuando su descendiente se veía con su padre.

Aparte de ello, debe decirse que la fundamentación del fallo de condena estribó

precisamente en una serie de datos de corroboración sobre los hechos puestos de presente por el mismo niño y, en ese sentido, ninguna asociación vinculó el juzgador entre tales acontecimientos y el conflicto interpersonal, nunca desconocido.

Es por ello, que en materia de trascendencia no logra la demandante ofrecer razón distinta a que de haberse tenido en cuenta la existencia de un conflicto en la pareja, se habría concluido que la acusación de la madre y el niño habían sido producto de las relaciones disfuncionales, asunto que en realidad carece del mínimo respaldo demostrativo, además que una inferencia de esa condición de ninguna manera consulta la dirección del sentido del fallo asumido por el juzgador.

En el mismo sentido, se presenta sin sustento la supuesta omisión del testimonio de María Luz Betty Alvarado Pachón, profesora del menor, en relación con que ni ella ni los familiares más cercanos jamás identificaron cambios de actitud o rechazo hacia su padre para la época de los hechos.

Al respecto, puede advertir por la Sala que el juez de primera instancia de manera expresa sustentó que:

DAVID siempre tomó una actitud paciente, pasiva y muda frente a sus familiares –incluidas su mamá, abuela y tías-, amigos –entre ellos, a Sara Luján- y profesores –como Mary Luz Alvarado-, asumió la víctima una refleja tolerancia al vejamen, amén de su edad y por el vínculo paternal afectuoso con el abusador quien no ejerció violencia física ni ejecutó accesos que lo llevaran a hipar, gritar o resistir, bien en el tálamo o en el baño.

Concluyendo de esa manera que, no obstante esas condiciones, la pasividad del menor víctima no podía traducirse en reflejo de la inexistencia de los lesivos hechos.

Por su parte, el Tribunal realizó las conclusiones vertidas en juicio por las peritos psicológicas para subrayar con la declaración de Carolina Zuluaga Medellín que «se utilizaba

el ejercicio del poder en la relación de padre e hijo, al ser manipulado el vínculo familiar, la confianza y seguridad que le representaba a David por ser su progenitor. De allí que los sentimientos que presenta David hacia el padre son ambiguos», por lo que «no se evidencie afectación emocional o síntoma de estrés postraumático debido a la manipulación afectiva generada desde un período significativo de tiempo».

Se significa con lo anterior que no es verdad que se haya omitido la estimación del testimonio de la docente María Luz Betty Alvarado Pachón, sino que se asumió de manera preferencial la exposición técnica sobre la condición y la conducta del niño y las explicaciones que sobre ese tópico se dieron desde el campo de la psicología.

En síntesis, los yerros que bajo la modalidad del falso juicio de existencia se denuncian, carecen de fundamento debido a que la prueba que se dice desconocida, no fue ignorada, quedando así evidenciado que lo buscado alegar por la impugnante, más que la supuesta omisión de los medios de convicción, es la valoración que el fallador hizo de ellos en contravía de su propia propuesta probatoria.

En tales condiciones, las censuras de los cargos segundo y tercero deben ser inadmitidas.

DECISIÓN

De conformidad con lo consignado en precedencia, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó que con ocasión de la sentencia recurrida o dentro de la actuación, hubiese existido violación de derechos o garantías del acusado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según el imperativo del inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Cabe advertir, para finalizar, que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento

Penal de 2004 y con las reglas que ha definido la Sala17.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del acusado IGNACIO ASDRÚBAL LÓPEZ LLANO, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Entre otros, CSJ AP, 13 jun. 2007, Rad. 27537; AP, 25 jul. 2007, Rad. 27810.

2 CSJ AP 3439, 25 jun. 2014, Rad. 41752.

3 CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

4 CSJ. SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950

5 Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad más adelante.

6 Artículo 1º. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Artículo 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141. 188a, 188c. 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006. por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro

de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d. del mismo código sea una persona menor de edad. se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004. para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. Parágrafo 10. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2º. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad,

integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual Que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3º. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual Que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

7 La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

8 en CSJ. SP, oct. 28 de 2015, rad. 44056 (en el mismo sentido SP, mar. 16 de 2016, rad. 43866)

9 CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, CSJ SP, 24 Ene. 2007. Rad. 26618, entre otras.

10 CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959, entre otras

11 Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

12 Ídem.

- 13 CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.
- 14 CSJ SP-3168-2017, 8 mar. 2017, rad. 44599
- 15 Corte Constitucional, sentencia T-1227 del 5 de diciembre de 2008.
- 16 Corte Constitucional, sentencia C-848 del 12 de noviembre de 2014.
- 17 Cfr., CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24.322; CSJ AP, 5 sep. 2012, rad. 36578; CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 37948, entre otros.