

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2693-2018

Radicación n.º 52170

Acta 211

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina el cumplimiento de las exigencias formales y sustanciales de las demandas de casación presentadas por la Fiscalía Seccional 113 de la Unidad CAIVAS –Centro de Atención Integral a Víctimas de Agresión Sexual- y la representante de la víctima contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que revocó el fallo dictado por el Juzgado 16 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad y absolvió a Jaime Darío Palacios Guerrero de los cargos atribuidos por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

HECHOS

Conforme a lo establecido por el fallador de segundo grado, Jaime Darío Palacios Guerrero compartía los fines de semana con su hijo C.C.P.1, para la época de 4 años de edad², y durante esa interacción, en la residencia de aquél, ubicada en Cali, tocó el pene del menor en varias oportunidades. Esos sucesos fueron puestos en conocimiento de las autoridades

por la madre del niño el 11 de agosto de 2015.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En audiencia preliminar llevada a cabo el 1° de septiembre de 2015, el Juzgado 28 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la capital vallecaucana impartió legalidad a la captura de Jaime Darío Palacios Guerrero, a quien le fue imputado el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado³, cargo al que no se allanó. No se le impuso medida de aseguramiento, por lo que se ordenó su libertad⁴.

2. El 30 de octubre siguiente la Fiscalía Seccional 113 CAIVAS radicó escrito de acusación⁵ y lo verbalizó el 3 de mayo de 2016 ante el Juzgado 16 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad⁶.

3. La misma autoridad presidió la audiencia preparatoria⁷ y la del juicio oral⁸ y el 7 de julio de 2017 profirió sentencia en la que declaró penalmente responsable a Palacios Guerrero por el injusto endilgado. En consecuencia, lo condenó a 12 años de prisión e igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, a la vez que ordenó su captura⁹.

4. El fallo, apelado por la defensa, fue revocado el 10 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial que, en su lugar, absolvió por duda al procesado y dispuso su libertad¹⁰.

LAS DEMANDAS

1. En representación de la Fiscalía General de la Nación

Después de relacionar los sujetos intervinientes, sintetizar los hechos y la actuación procesal

y referir que lo pretendido es que la Corte case la sentencia de segunda instancia y condene al acusado, la Fiscal 113 de la Unidad CAIVAS de Cali propone un cargo por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de un falso «juicio de raciocinio», que sustenta así:

Las partes estuvieron de acuerdo con que el procesado tocó el pene del menor, sin embargo, la divergencia reside en que, a juicio de la censora, en concordancia con lo considerado por el juez de primer grado, ese proceder tuvo fines libidinosos.

La profesional Nancy Stella Araujo Pérez (transcribe apartes de su testimonio) manifestó que C.C.P. le narró los hechos por sí mismo: «él empieza a hacer su propio relato y corrobora lo que la mamá ya me estaba diciendo». Por consiguiente, no es posible sostener, como lo hizo el Tribunal, que «se desconozcan los términos de la ratificación» del niño.

Reproduce segmentos de lo expuesto por el psicólogo del CTI, Aníbal Valderrama Tovar, quien entrevistó al niño¹¹, luego afirma que el ad quem ignoró la sana crítica «al excluir la valoración positiva del testimonio del menor» (copia apartes de lo aseverado por éste en la Cámara Gesell) y concluye que la inferencia lógica «debió apuntar a la apreciación como hechos indicadores la responsabilidad penal de JAIME DARÍO PALACIOS GUERRERO», pues los tres declarantes mencionaron que hubo tocamientos recíprocos entre padre e hijo.

La colegiatura «mutiló el contenido probatorio de esas evidencias, tergiversó evidentemente su alcance al no conferirles la credibilidad equivalente al señalamiento directo del agresor», al tiempo que especuló afirmando que los testigos de cargo son de oídas.

Si el juzgador no hubiese recaído en los yerros descritos, la sentencia sería condenatoria.

2. La representante de la víctima

La profesional comienza relacionando las partes e intervinientes, la situación fáctica, el

acontecer procesal y la providencia impugnada, para luego manifestar que lo pretendido con el recurso es la efectividad del derecho material del menor C.P.C. a la verdad, justicia y reparación, pues la absolución le causa un agravio en su condición de perjudicado con la conducta punible, por la inadecuada apreciación probatoria. Así mismo, pretende se unifique la jurisprudencia en punto de la credibilidad del testimonio de los menores (no suministra más información).

Formula dos cargos que sustenta así:

Primero (principal)

Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por «cersenamiento [sic] de la prueba»¹², con lo cual aplicó indebidamente los artículos 380, 381, 382, 389 y 404 del estatuto procesal penal.

El equívoco recayó sobre los testimonios del niño y de su madre L.C.C.G¹³, así como en el de los profesionales Aníbal Valderrama Tovar, Alexandra Vallejo Mejía y Jaime Darío Palacios Guerrero, por lo siguiente:

-No se apreció la primera parte de la narración del pequeño, cuando se le ambientó sobre lo que es verdad y mentira y se le hace entrar en confianza. Ese error condujo a que la sentencia afirmara que ese relato no parece espontáneo porque sus primeras palabras fueron que se encontraba allí para decir la verdad.

-De L.C.C.G. (trascibe apartes del fallo y del testimonio) se dejó de valorar el fragmento en el que ella se refirió a lo que sucedió con su hijo, a las atenciones psicológicas que éste recibió y el hecho que su tío Daniel lo observó cuando intentaba tocar los genitales de su primo, hecho que «corrobora la repetición de actividades libidinosas que su padre hacía con él y como se advierte fue lo que quedó fijado en el comportamiento del menor y quiso repetirlo con su primo».

-La primera parte de lo expuesto por el investigador psicólogo Aníbal Valderrama Tovar, que lo llevó luego a exteriorizar su conclusión, no fue apreciada por el Tribunal, autoridad que se limitó a examinar su actitud durante el contrainterrogatorio, y sostuvo que en estricto sentido el menor no expresó haber tocado el miembro viril del procesado. Además, lo catalogó como de oídas.

-Al testimonio de la Psicóloga Alexandra Vallejo Mejía se le cercenó lo aseverado durante el interrogatorio cruzado, justamente en donde mencionó que no le preguntó al pequeño sobre las cosas malas. De manera que ninguna injerencia tuvo en ello que uno de los familiares del niño interrumpiera la charla. De no haber mutilado la prueba, el ad quem se percataría que la misma es subjetiva, intentando respaldar los fines de la defensa.

-En su testimonio, Jaime Darío Palacios Guerrero manifestó, primero, que el médico le advirtió a él y a la madre del niño (L.C.C.G.) que éste tenía un problema en el prepucio, pero, más tarde, aseguró que no sabía si su hijo tenía una dificultad física o fisiológica en el pene. El fallador no valoró esto último.

Se violentaron los preceptos 209, 211-5, 380, 404 y 7 del Código de Procedimiento Penal. La falencia denunciada conllevó «a la inaplicación de las normas que tipifican la conducta desplegada por el señor JAIME DARIO PALACIOS GUERRERO».

Solicita se case la providencia impugnada y en su reemplazo se profiera otra de carácter condenatorio.

Segundo (principal). Violación indirecta por error de hecho derivado de un falso raciocinio

En la valoración de los testimonios de Aníbal Valderrama Tovar, L.C.C.G. el niño, Jaime Darío Palacios Guerrero y Alexandra Vallejo Mejía se desconocieron las reglas de la sana crítica.

Trae a colación dos providencias de esta Sala, una en la que se otorgó credibilidad al

pequeño, CSJ SP3989-2017, rad. 44441, otra en la que no fue así, CSJ SP5396-2015, rad. 43880 y copia un pedazo del fallo de segunda instancia (no concluye).

El testimonio de Aníbal Valderrama Tovar no se apreció en su integridad ni junto a los demás medios de prueba, se consideró no válido por ser de oídas y apartarse de la versión del menor en el juicio. Sin embargo, pese a no ser literalmente igual, en punto de si le tocó el glande al procesado, lo cierto es que ello es insustancial. No constituye regla de experiencia que cuando una persona se torna irreverente en el juicio está faltando a la verdad, pues también fue irrespetuosa la psicóloga de la defensa en el contra interrogatorio.

No se valoró en su totalidad lo depuesto por la progenitora (L.C.C.G.) por considerar sugestiva la pregunta que le hizo al menor para que le contara lo ocurrido con su padre. El Tribunal aplicó la regla de experiencia, consistente en que una pregunta sugestiva lleva a una respuesta irreal de los hechos, pero no tomó el contexto de la declaración de la ascendiente, en tanto previamente el menor le había relatado los tocamientos de su padre. No es posible afirmar que siempre que hay una pregunta sugestiva, hay una mentira o irrealdad.

Erró la magistratura al sostener, luego de valorar la versión del menor, que éste fue aleccionado, pues antes de manifestar que iba a decir la verdad fue ambientado por la psicóloga respecto de lo que es realidad y mentira. De manera que su forma de responder corresponde a interrogantes antecedentes. Las preguntas respecto a si recibió amenazas o dádivas por parte de su padre a cambio de guardar silencio, son consecuentes con que eso ocurre en muchos casos de violencia sexual.

Pese a que el juez plural transliteró lo exteriorizado por Jairo Darío Palacios Guerrero, no le asignó alguna «apreciación probatoria». La magistratura impuso una regla de experiencia respecto de los tocamientos por el baño y aseo diario, unido a la patología de fimosis del

menor (no la explica) pero ello conduciría a que ningún padre incurriría en delitos sexuales porque «todos tienen que bañar a sus hijos y asearlos, lo que no resulta acorde con este análisis aislado de la Sala, es que los tocamientos no sólo fueron en el baño, sino en la cama, estando en padre desnudo».

El Tribunal catalogó de desafortunado que la entrevista efectuada por Alexandra Vallejo Mejía al afectado hubiese sido interrumpida por la abuela y que esa profesional determinara que no hay secuelas en el menor. Sin embargo, no tuvo en cuenta que éste fue tratado en la EPS donde seguramente pudo superar cualquier afección.

Se violentaron los preceptos 209, 211-5, 380, 404 y 7 del estatuto procesal penal y ello a su vez trasgredió el derecho del niño como víctima, según los artículos 11 y 44 de la Constitución. Se dejó de lado la jurisprudencia que se ocupa sobre la valoración de los dichos de los menores abusados sexualmente.

Pide se case la sentencia y en su lugar se profiera una condenatoria; así mismo, que, de no reunir la demanda los requisitos, se superen los defectos conforme al artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

CONSIDERACIONES

1. El recurso de casación fue concebido como un mecanismo extraordinario a través del cual el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria realiza un control legal y constitucional a la sentencia emitida en segunda instancia por un Tribunal Superior. Para esos efectos, es preciso que en la demanda correspondiente se expresen las razones por las cuales se hace imperiosa la intervención de la Corte y se exhiba una argumentación sólida, lógica y coherente en la que con apoyo en los motivos expresamente señalados por la ley se planteen en forma ordenada y clara los errores de juicio o de procedimiento en que pudo incurrir el fallador y se resalte su incidencia en la determinación objetada.

Así, frente a los presupuestos de la censura, el actor tiene la carga de elegir adecuadamente la causal que va a utilizar como canal para formularla y luego, con suficiencia, atendiendo los principios de autonomía, prioridad y no contradicción, sin alejarse del contenido de aquella, exhibir los fundamentos en los que se apoya, para, finalmente, acreditar la trascendencia del yerro en la decisión, esto es, cómo de no haber incurrido en él, su sentido sería distinto y favorable a los intereses de quien representa.

En todo caso, teniendo en cuenta la relevancia que el legislador de 2004 otorgó a los propósitos de la casación, la Corporación puede superar los defectos del libelo y darle curso, siempre que lo considere necesario para cumplir con alguno de los fines de la casación, de cara a la posición del impugnante o a la índole de la controversia¹⁴.

2. La causal prevista en el numeral 3 del artículo 181 del estatuto procesal penal de 2004, denominada por la jurisprudencia como violación indirecta de la ley sustancial, exige diferenciar si la trasgresión ocurrió por un error de derecho o de hecho. Este último –el que interesa en esta ocasión– se genera porque el sentenciador recae en un falso juicio de existencia, uno de identidad o de raciocinio.

El primero, que tiene lugar cuando la judicatura omite valorar una prueba que legalmente obra en el proceso o supone una inexistente; el segundo –identidad–, parte del presupuesto que el funcionario judicial ha considerado el elemento probatorio, pero al momento de apreciarlo lo adiciona, cercena o tergiversa en su contenido, haciéndole decir lo que no expresa, y, el tercero –raciocinio–, que acaece en un instante posterior, cuando al hacer la inferencia lógica violenta alguna de las reglas de la sana crítica (máximas de la experiencia, la lógica o la ciencia). En cualquiera de los eventos descritos, el libelista tiene el compromiso de demostrar la incidencia del vicio en el fallo, de forma que acreditado el yerro es totalmente imposible mantenerlo, lo que le impone analizar el contexto probatorio de la providencia y demostrar que el error pregonado es de tal entidad que necesariamente conduce a variar su sentido.

3. Con apoyo en lo expuesto, la Sala inadmitirá las demandas porque no reúnen los requerimientos mínimos para darles curso. Estas son las razones:

3.1. La presentada en representación de la Fiscalía General de la Nación

3.1.1. Un solo cargo formuló la delegada del ente acusador por la vía del falso raciocinio, no obstante, al desarrollarlo, incluyó amonestaciones propias de un falso juicio de existencia y uno de identidad, cuando criticó al fallador porque mutiló el contenido de la prueba y a la vez porque lo tergiversó, sin que alguno de esos reparos esté precedido de una apropiada fundamentación, al tiempo que los hace recaer sobre los mismos medios de convicción.

Tal propuesta se muestra lesiva de los principios de autonomía, suficiencia y no contradicción, que rigen el medio de impugnación extraordinario.

3.1.2. De otra parte, la recurrente no esclareció cual fue el componente de la sana crítica ignorado al momento de apreciar los testimonios de Nancy Stella Araujo Pérez, Aníbal Valderrama Tovar y el menor, esto es, si el juez colegiado ignoró máximas de la experiencia, de la lógica o de la ciencia, tal vez dejando tan puntual aspecto a la liberalidad de la Corte, con lo cual olvidó que la Corporación, por respeto al principio de limitación, no puede complementar o rediseñar el cargo.

3.1.3. Adicionalmente, la censora se restringió a transcribir apartes de lo manifestado por los declarantes en juicio, y dejó de lado su obligación de elaborar la crítica lógica necesaria para entender la falla judicial. Su escrito va orientado, a la manera de un alegato de instancia, a imponer su criterio sobre la base de una interpretación personal y sesgada de la realidad probatoria, en esencia, de lo declarado directamente por el menor en juicio. Es así como cuestionó al ad quem por haber sostenido que se desconocen los términos en los que el niño ratificó a la madre durante la valoración que al primero le hizo la médica legista Nancy Stella Araujo Pérez.

Al respecto, vale la pena señalar que su reparo se muestra contrario al principio de corrección material, pues, revisado el registro del juicio, fácil se constata que la profesional Araujo Pérez afirmó que los hechos le fueron narrados a ella por la progenitora¹⁵ y, pese a que agregó que el niño los corroboró, no describió los términos de la confirmación, como tampoco aportó la base técnica o científica de su pericia, a la vez que, dados los términos de la narración a la que refiere la galena, resulta difícil admitir que tales frases hubiesen sido repetidas por el afectado de 4 años de edad para la época.

3.1.4. En cualquier caso, hay desemejanzas entre la situación fáctica puesta de presente por la médica y lo manifestado en juicio por el menor, como que, según aquélla, la erección de su falo ocurrió porque el padre lo tocó, estando C.C.P. sin ropa¹⁶, sin embargo, en la Cámara de Gesell el chico adujo que ocurrió cuando estaba «con ropa»¹⁷.

Vale la pena recordar la relevancia que tiene el relato de la víctima cuando acude al juicio, en tanto no solo permite al juez una percepción directa, en torno a su actitud, reacciones, fluidez, coherencia y riqueza descriptiva, sino que facilita a las partes adelantar el interrogatorio cruzado, obviamente bajo el tamiz de la protección de los derechos de los niños.

Según la libelista, la colegiatura excluyó la valoración positiva del testimonio del menor, pero no explicó el sentido de su aserto, cómo tal tópico era obligatorio para el juez, cuál norma impone esa tarifa probatoria, máxime cuando el proceso de credibilidad compete por entero al juzgador al estimar la prueba testimonial del afectado, con sujeción a las reglas de la sana crítica.

3.2. En representación de la víctima

3.2.1. La abogada postuló dos cargos principales. El primero por falso juicio de identidad, por cercenamiento de los testimonios de C.C.P., su madre L.C.C.G., el investigador Aníbal Valderrama Tovar, la psicóloga Alexandra Vallejo Mejía y el procesado Jaime Darío Palacios

Guerrero; y el segundo consistente en un falso raciocinio al apreciar iguales declaraciones.

Dicho planteamiento resulta enigmático porque, a diferencia del error de identidad, el de raciocinio implica una valoración crítica y, dentro del proceso lógico de apreciación probatoria, surge en un momento posterior al de su contemplación material y supone el respeto por su contenido fáctico, de manera que su demostración impone acreditar, no que los juzgadores distorsionaron su contenido, sino que se apartaron de las reglas de la sana crítica.

3.2.2. Tratándose de defectos de coincidencia en la valoración de la prueba, la recurrente estaba obligada a transcribir los segmentos de los testimonios que consideró fueron recortados por el Tribunal y compararlos objetivamente con la síntesis y la aprehensión que de su contenido hizo el ad quem, en aras de evidenciar el vicio, pero, a la vez, le asistía la carga de enfrentarlos con el restante material probatorio, y acreditar así la insostenible declaración contenida en el fallo del cual se discrepa.

Ese no fue el proceder de la demandante, quien en completa desarmonía con lo anunciado en el libelo, desvió su discurso hacia aspectos eminentemente valorativos referidos a las inferencias lógicas que han debido extraerse, lo que derivó al escenario del falso raciocinio, aunque no verificó su efectiva materialización, con ostensible inadvertencia del principio de corrección material.

3.2.3. En el segundo cargo, eligió la actora, justamente, el camino del falso raciocinio, sin embargo, no logró satisfacer las mínimas exigencias para darle curso. Las reglas de experiencia que delató como mal aplicadas por la colegiatura, no consultan la realidad del fallo y menos lo que imparcialmente revelan las pruebas.

En efecto, en contravía con lo expuesto en la demanda, el ad quem no respaldó la absolución en el derecho que como padre tiene el acusado de tocar el miembro viril de su hijo durante el baño o el aseo, sino en que con los medios probatorios válidamente

allegados al juicio, no se pudo acreditar, más allá de toda duda razonable, que su actuar tuviese un componente libidinoso. Ese estadio de incertidumbre no lo logró rebasar la demandante, quien pretendió afrentar la sentencia a partir de especulaciones y de posturas que carecen de respaldo lógico y científico, pues tan solo reveló que el procesado palpó el glándulo de su hijo, pero no que éste hiciera lo mismo y que esos actos tuviesen un contenido lascivo.

De la lectura de la providencia objetada emerge que el juez plural no desconoció lo que revela la prueba enlistada por la representante de la víctima, en tanto halló demostrado el elemento objetivo de la conducta punible. La discusión giró en torno a determinar si en realidad esos tocamientos fueron libidinosos. Fue así como, luego de examinar las probanzas, sostuvo que no era posible concluir, con el nivel de conocimiento exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que aquellos hubiesen estado determinados por la finalidad de buscar una satisfacción de contenido sexual, «un acto contra natural de lujuria sobre su propio hijo»¹⁸.

Contrario a lo esbozado por la actora, no se probó que el menor hubiese tocado o acariciado el falo de su padre. Si bien el ad quem no otorgó total credibilidad al investigador psicólogo del CTI Aníbal Valderrama Tovar, ello no se debió tan solo a su actitud irreverente en el juicio –que se constató también por la Corte¹⁹–, sino porque algunas de las situaciones relatadas por él –como que el pequeño tocó el pene de su padre– no fueron confirmadas por el menor en el juicio, y porque otras terminaron siendo narradas por éste en forma diversa –como el motivo de la separación de sus padres, pues mientras para el investigador ello respondió a que el procesado «se tiraba pedos²⁰, para el niño la ruptura tuvo lugar porque su progenitor le «tocó el chichí [a él]»²¹. Y, esa disimilitud de circunstancias, no pudo confrontarse con el informe o el registro técnico base del mismo, habida cuenta que no se aportó – pese a que la Fiscalía adujo que la entrevista fue grabada, no se allegó el medio correspondiente-²².

La queja de la demandante, relativa a que la psicóloga de la defensa, Alexandra Vallejo Mejía, fue parcial hacia la defensa porque no interrogó al niño por las cosas malas que le pasaron con su progenitor, ignora que Vallejo Mejía aclaró durante el contrainterrogatorio que la pregunta que en ese sentido hizo al menor fue general y, pese a que el pequeño le comentó que le habían pasado cosas buenas y malas con el padre²³, no le especificó las últimas. En concreto, explicó:

Realmente él nunca manifestó situaciones malas, él solamente dio esa respuesta, pero cuando el niño fue dibujando y fue relatando las situaciones, nunca evidenció un aspecto negativo. Por el contrario, siempre evidenció aspectos positivos [...] lo que sí se vio reflejado es que extrañaba a su padre, que quería ver a su padre. ²⁴

Es más, la misma psicóloga precisó que a ella no le correspondió valorar el testimonio, en cuanto su propósito fue verificar si realmente el infante pudo haber estado expuesto y «cuáles eran esas posibles situaciones o secuelas, para lo cual dentro de la técnica no se vieron reflejadas porque niños con [sic] víctima de abuso sexual en su área de componente sexual esconderían manos, no tendrían pies o zapatos dibujados, para lo cual el niño sí lo recalcó y sí lo dibujó»²⁵.

También se lamentó la actora de que el juez plural afirmara que el menor fue aleccionado, pero, pasó por alto que esa conclusión sobrevino no solo porque al inicio de la narración concreta sobre lo ocurrido -que no de la entrevista como lo sugiere la recurrente- el chico adujo que iba a decir la verdad, aspecto en el que fue repetitivo a lo largo de la diligencia, sino en que -ello lo pudo corroborar la Corte- la psicóloga entrevistadora fue insistente en la pregunta relacionada con si había existido algún tipo de amenaza o remuneración por parte del acusado para que guardara silencio sobre los hechos -inicialmente el menor respondió que no se acordaba²⁶, luego que no sabía²⁷, para finalmente expresar que le había pedido no decir nada²⁸.

Recriminó igualmente la actora que el juez colegiado tuviera en cuenta lo manifestado por la psicóloga Alexandra Gallejo Mejía, cuando adujo que el pequeño no tiene secuela alguna, toda vez que –según la letrada- ello pudo obedecer al tratamiento psicológico que se le prodigó al niño en la EPS, como lo indicó la madre, dato inadvertido por el Tribunal.

En relación con esta crítica, vale la pena puntualizar que en el juicio no se acreditó si en realidad se trató de un tratamiento o solo de algunas citas psicológicas, como tampoco se determinó su duración, su intensidad, el procedimiento adoptado ni los resultados obtenidos de cara a una precedente afección. La regla de la experiencia traída a colación por la libelista, conforme a la cual, esos efectos negativos se superan, carece de generalidad y de demostración o respaldo científico tratándose de menores.

Importa recordar que, pese a que la médica Nancy Stella Araujo Pérez recomendó acompañamiento por psicología, ello no obedeció a una secuela detectada en el pequeño, sino a que, según explicó: «la madre refiere que el niño está muy unido afectivamente al papá y como quiera que fuera, ehh, una serie de hechos que van a dificultar su relación a nivel familiar con todo su entorno, entonces me parecía muy importante el acompañamiento de un psicólogo»²⁹.

La duda reconocida por el ad quem se hizo aún más fuerte de cara a lo exteriorizado por el acusado, quien renunció a su derecho de guardar silencio y aseveró que la queja de la madre pudo obedecer a lo que ocurrió la última vez que compartió con el menor y lo bañó, cuestión que siempre hacía porque al niño le gustaba que él lo aseara³⁰:

Yo me metía al baño desnudo con el niño, el niño desnudo completamente y yo también y entonces yo lo enjabonaba a él no solamente las partes íntimas sino todo el cuerpo, las orejas, lo estregaba, normal, el rabito [...] y en un momento yo me acordé de la sugerencia que nos hizo el médico tanto a L.C.C.G [la madre] como a mí, de que al niño había que manipularle el prepucio porque eso podía tener consecuencias más adelante de que de

pronto le hicieran una cirugía de circuncisión, entonces para despegar el prepucio pues, y entonces yo le iba a hacer con mi mano al niño, entonces yo le hice en el chichí y cuando yo le estaba haciendo entonces el niño se sacudió y dijo ¡uyy! no papá no me hagas así que me duele, y entonces, entonces, a mí me dio pesar del niño, entonces yo como estaba desnudo, yo cogí y le expliqué con el pene mío, le dije, mira papi, coges el jabón te pelas el chichi así, te echas jabón y te juagas, le expliqué yo con el pene mío y el niño así lo hizo y entonces cuando él lo hizo así yo le dije, papi cuando estés en tu casa con tu mamá dile que te haga lo mismo porque yo vi al niño que el niño tenía el chichí pegado.

Que el procesado afirmara al final de su intervención no saber que su hijo tenía un problema físico o fisiológico en el pene, no resulta contradictorio con su relato inicial, puesto que allí solo hizo mención a una recomendación médica, orientada a manipularle el prepucio para evitar consecuencias futuras, no a una enfermedad ya diagnosticada, como lo sugirió la actora.

Es más, ese inconveniente físico fue detectado en la valoración médica adelantada por la profesional Nancy Stella Araujo Pérez, quien comunicó que el menor tiene un pene fimótico³¹, padecimiento que consiste en que «el prepucio es largo y se empieza a adosar a la ehh, al glande, a la cabeza del pene y es una condición clínica que [...] como médica consideraba que era importante que lo vieran antes de que tuviera una urgencia médica³².

Ninguna consideración o ataque hizo la recurrente al respecto.

3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal

o jurisprudencial, sino como consecuencia de examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.

En este sentido, la Corte ha dicho que: “la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental” (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

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

Y, en lo que corresponde con los dictámenes psicológicos, la Corte sostuvo en reciente ocasión:

En este orden de ideas, la Sala debe resaltar los siguientes aspectos generales frente a los dictámenes psicológicos que suelen presentar las partes como fundamento de sus teorías

en casos de abuso sexual: (i) en cada caso debe precisarse si es “necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos artísticos o especializados” (Art. 405); (ii) es imperioso verificar si el dictamen se edifica sobre una base científica aceptable (Arts. 415, 417 –numerales 4, 5 y 6-, 422, entre otros); (iii) en todo caso, debe establecerse si la prueba resulta útil, bajo el entendido de que no lo será cuando exista “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiba escaso valor probatorio (...) o sea injustamente dilatoria del procedimiento” (Art. 376); (iv) debe constatarse la idoneidad del perito (Arts. 408 –inciso segundo-, 413, 417, entre otros); (v) el experto debe explicar la base fáctica de su opinión y la forma cómo analizó la misma a la luz de los respectivos principios científicos (Art. 417); y (vi) debe explicar el alcance de las reglas o principios utilizados –orientación, probabilidad o certeza- (Art. 417 –numeral 6-), la manera como ello incide en el nivel de probabilidad de sus conclusiones, el margen de error inherente a la misma, entre otros.

Al margen de la discusión sobre la confiabilidad del análisis de la validez de declaraciones en casos de abuso sexual, las partes y el juez deben tener en cuenta lo siguiente: (i) el respectivo dictamen psicológico no exonera a la Fiscalía de diseñar y ejecutar un programa metodológico orientado a recaudar la “mejor evidencia”, en procura de que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para tomar la decisión (CSJAP, 08 Nov. 2017, Rad. 51410); (ii) por las características de estos casos, suele tener una importancia notoria la “corroboración periférica” (CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras); (iii) las entrevistas a los menores, además de ser practicadas adecuadamente, deben ser debidamente documentadas, no solo por mandato expreso de la Ley 1652 de 2013 (CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras), sino además porque ello constituye un presupuesto necesario para la aplicación de técnicas como el CBCA, facilita el ejercicio de la contradicción, le proporciona al Juez un mejor acercamiento al relato, etcétera; (iv) debe evitarse la doble victimización o victimización secundaria, pero también es importante proteger las garantías del procesado (CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866); (v) para ambos

propósitos puede resultar útil que la declaración del menor se tome como prueba anticipada (ídem); (vi) en todo caso, el Juez no puede eludir la obligación de valorar las pruebas, individualmente y en conjunto, bajo el entendido de que el dictamen psicológico constituye, precisamente, uno de esos medios de conocimiento; (vii) al realizar esa valoración debe tener en cuenta los criterios previstos en la Ley 906 de 2004, entre los que cabe destacar “el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas” (Art. 420); etcétera. (Cfr. CSJ SP1557-2018, rad. 47423).

Por las razones que anteceden se inadmitirán las demandas y la Corporación ha revisado íntegramente la actuación y no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales.

4. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y concordante con las reglas definidas por la Sala en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, precisadas en AP3481-201433, es procedente la insistencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Inadmitir las demandas de casación presentadas por la Fiscalía Seccional 113 de la Unidad CAIVAS y la representante de la víctima contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

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 La Corte omite el nombre del niño para garantizar su derecho a la intimidad.

2 Nació el 11 de septiembre de 2010, según el registro civil obrante a folio 92 del cuaderno principal.

3 Por el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

4 Cfr. Acta en folio 5 del cuaderno principal.

5 Cfr. Folios 10 a 13 Id.

6 Cfr. Folios 23 y 24 Id.

- 7 12 de octubre de 2016 (cfr. folios 36 a 39 Id.).
- 8 12 y 15 de mayo de 2017 (cfr. folios 89, 90, 93 y 94 Id.).
- 9 Cfr. Folios 96 a 104 Id.
- 10 Cfr. Folios 149 a 158 Id.
- 11 Folio 178 del cuaderno principal.
- 12 Cfr. Folio 221 Id.
- 13 Se omite el nombre de la madre para garantizar al niño su derecho a la intimidad.
- 14 Artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.
- 15 Cfr. Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 12 de mayo de 2017, registro bajo el título “parte una”, minuto 1:50:05.
- 16 Cfr. Minuto 1:51:35 Id.
- 17 Cfr. Minuto 30:35 Id.
- 18 Cfr. Página 17 del fallo de segunda instancia.
- 19 Cfr. Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 12 de mayo de 2017, registro bajo el título “parte una”, minutos 2:32:06, 2:34:36, 2:38:24, 2:35:30, 2:40:55 y 2:43:16.
- 20 Minuto 2:17:42 Id

- 21 Minuto 53:56 Id.
- 22 Cfr. Páginas 7 y 8 del fallo.
- 23 Cfr. Página 17 Id., minuto 3:16:41 del disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 12 de mayo de 2017, registro “parte una”.
- 24 Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 12 de mayo de 2017, registro bajo el título “parte una”, minuto 3:18:29.
- 25 Minuto 3:19:10 Id.
- 26 Cfr. Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 12 de mayo de 2017, registro bajo el título “parte una”, minuto 31:31.
- 27 Cfr. Minuto 31:50 Id.
- 28 Cfr. Minuto 32:37 Id.
- 29 Cfr. Minuto 1:55:53 Id.
- 30 Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 12 de mayo de 2017, registro bajo el título “parte 2”, minuto 37:07 y ss.
- 31 Cfr. Minuto 01:53:03. Parte una
- 32 1:54:39
- 33 Radicado 42597.