

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP3337-2016

Radicación N° 46588

(Aprobado acta N° 160)

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por la defensora de GGC, contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2015 por el Tribunal Superior de San Gil, que confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad y condenó al procesado como autor del delito de acceso carnal violento, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

El fallador de primera instancia los resumió de esta manera:

La señora SCSO, madre de la menor MIES, instauró denuncia penal en contra de GGC; refiere que hace aproximadamente dos meses su hija comenzó a decir que le molestaba mucho la vagina al ir al baño, que le ardía mucho cuando orinaba, ella le preguntó que si le había pasado algo, pero ella no le quiso contar nada, sin embargo le siguió insistiendo

porque la notaba extraña y de tanto insistirle la niña le comentó que era que G Gutiérrez, quien está casado con su hija YF, le había molestado con su pene la vagina, por esta razón le sacó una cita en el hospital y allá la doctora la examinó en donde dijeron que parecía que a la niña la habían violado. Por esta razón la señora SC lleva la niña a la comisaría de familia donde en compañía del Psicólogo doctor Lugo Oswaldo Sánchez Salamanca la menor MIES hace un relato de lo sucedido. “Cuando tenía por ahí seis o cinco años, a su casa llegaba GG quien es el esposo de su hermana YFAS , le daba plata a su hermano menor AFES, para que fuera a la tienda y se comprara algo, su hermano le hacía caso y se iba, cuando regresaba AFES entonces G le prestaba la cicla para que se fuera a dar vueltas y así, aprovechando que estaba sola porque su mamá trabajaba, comenzaba a besarla y a despojarla de su ropa para luego introducirle el pene en la vagina, ella lloraba porque le dolía mucho y G le decía que no podía contar a nadie porque si no la llevaba lejos donde no volviera a ver a su familia. Dice que eso lo hizo muchas veces, y que la última vez que lo hizo le dolió como nunca le había dolido, y su hermano llegó y la encontró llorando y le preguntó que G que le estaba haciendo y ella le contó y le dijo que le prometiera que no le fuera a contar a nadie porque se iban a meter en un problema y él le dijo listo que no contaran pero que él nunca la iba a dejar sola para que G no le volviera a hacer eso”<sup>1</sup>.

## ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 22 de julio de 2011, ante el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de San Gil, con función de control de garantías, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación contra GGC, por el delito de acceso carnal violento en concurso homogéneo. El despacho le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario<sup>2</sup>.

2. El escrito de acusación se radicó el 16 de agosto del mismo año<sup>3</sup> y la respectiva formulación tuvo lugar el 19 de septiembre posterior, bajo la dirección del

Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil<sup>4</sup>.

3. Celebradas las audiencias preparatoria<sup>5</sup> y de juicio oral, que inició el 11 de noviembre siguiente y culminó el 29 de febrero de 2012<sup>6</sup>, el despacho profirió sentencia el 27 de abril de esa anualidad, por cuyo medio condenó al procesado por la misma conducta objeto de imputación y acusación. Le impuso veintidós (22) años de prisión, la accesoria de «interdicción de derechos y funciones públicas» por el término de veinte (20) años y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Dispuso compulsar copias de las piezas procesales pertinentes para que la Fiscalía investigue a GGC por la presunta comisión del delito de lesiones personales consistentes en perturbación psíquica de carácter permanente en la menor MIES, así como de la sentencia, videos y fotos obrantes en la actuación para que se investigue a los autores y partícipes de la presunta comisión del delito de fraude procesal, por la manipulación realizada al lugar de los hechos<sup>7</sup>.

4. El 4 de junio de 2015, el Tribunal Superior de San Gil, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado GC y su defensora, confirmó en su integridad la decisión del A quo<sup>8</sup>.

## LA DEMANDA

La recurrente formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

Primero. Con apoyo en la causal tercera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la indebida valoración de la prueba pericial.

Recuerda que en la audiencia preparatoria, la Fiscalía anunció una experticia psiquiátrica, pero en el juicio presentó una valoración psicológica de la menor, realizada por una

Profesional Universitaria Forense, grado 7, especialista en investigación criminal.

En el desarrollo del debate oral, el juez negó la solicitud de la defensa de excluir esa prueba, por considerar que la base pericial había sido previamente conocida.

Estima la actora que para los falladores es indiferente quién realizó la evaluación, llámese psiquiátrica o psicológica, siendo que cada ciencia aborda aspectos diferentes de la conducta humana, y si la Fiscalía buscaba determinar, entre otros aspectos, una perturbación psíquica y las características personales de la menor, «lo indicado era el médico psiquiatra y no contentarse con una valoración psicológica».

La defensa, en el contrainterrogatorio, buscó hacer ver que la psicóloga especialista en investigación criminal no era la persona idónea para emitir un juicio acerca de una perturbación psíquica de carácter permanente «por cuanto este concepto merece un análisis psiquiátrico forense, emitido como es obvio por un médico psiquiatra y no por una psicóloga».

Para ilustrar lo anterior, transcribe varios apartes de un artículo publicado en la Revista Colombiana de Psiquiatría, al cabo de lo cual subraya la censora que toda decisión judicial debe estar soportada en pruebas válidamente aportadas, las cuales deben ser anunciadas y solicitadas en la audiencia preparatoria. No obstante, «lo que se tiene en el proceso, no fue lo que se anunció», en clara vulneración a los principios constitucionales y legales.

Una vez recuerda que, conforme a lo previsto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, el Instituto de Medicina Legal es el órgano técnico-científico de apoyo a las investigaciones realizadas por la Fiscalía, aduce que como al proceso no se allegó prueba idónea que afirmara o desvirtuara si la menor puede decir mentiras, o si su versión es creíble o no, entonces, no ha debido ser mencionada en la sentencia y,

menos aún, efectuar con base en ella, alguna conclusión desfavorable al procesado.

De esa manera, se incurrió en un falso juicio de existencia, al dar por incorporada a la actuación una prueba que la Fiscalía no presentó.

Luego, señala que al examen preliminar del Comisario de Familia de Aratoca, Lugo Segundo Sánchez Salamanca, no se le puede considerar como una experticia porque dicho funcionario solo recibió una versión, «para que se pueda decir que puede dar fe de que el relato es creíble (sic) y mucho menos asegurar que la conducta existió (sic)».

Así mismo, aduce que la valoración efectuada a la menor, por el médico legista de San Gil, Derian Jesús Camacho Reyes, hace poco verosímil la denuncia efectuada por SCS, porque los hechos supuestamente ocurrieron cuando su hija contaba con cinco (5) años de edad y transcurridos cuatro (4) años resulta con una infección que motiva la visita al médico y le diagnostican que había sido víctima de acceso carnal.

De otra parte, la censora encuentra «ilógica y nada creíble» la apreciación de juzgado consistente en que la cópula carnal sí existió y que la elasticidad del himen de la infante permite el paso del pene erecto de un adulto, sin dejar secuelas.

Al respecto, subraya que el testimonio del médico Mario Gómez Cáceres, quien afirmó que el miembro viril de un adulto necesariamente desgarró el himen, cobra fuerza cuando la ofendida asegura que el acceso carnal ocurrió varias veces y su hermano menor dijo haber presenciado ese hecho en diez oportunidades. A este profesional, según recuerda, se le creía cuando ejercía sus funciones en Medicina Legal, sin que ahora surja razón para no hacerlo, solo porque declaró a instancias de la defensa.

Alude, enseguida, al registro fotográfico y a lo expuesto por el fallador frente a los reclamos de la defensa relacionados con la manipulación del lugar de los hechos, para referir

que existen modificaciones externas en la puerta de acceso de la vivienda y que en el álbum uno (1) no se advierten peldaños o ladrillos que hicieran las veces de escalera para subir al techo de la vivienda y remover los objetos existentes sobre la lámina de zinc, ni se demostró la visualización hacia el interior de la vivienda.

En el álbum dos (2), se registra la presencia de elementos de construcción, como ladrillos y piedras, que indican reparaciones en la vivienda y en la toma seis (6) se verifica material uniforme, nuevo y de otro color, como si se tratara de cemento fresco. En las tomas diez (10) y trece (13) se observa al menor de edad AFES efectuar el supuesto ejercicio que realizó en el año 2007, y tal vez en el 2008, cuando su edad era entre 6 y 7 años. Al momento del registro fotográfico, éste ya contaba con 10 años de edad, tiene mayor estatura, fuerza, equilibrio y destreza motriz para ascender y retirar las piedras que se encontraban sobre la lámina de zinc, levantarla e introducir su cabeza para poder observar al interior de la vivienda. Actividades que, cinco años atrás, no se encontraba en capacidad de ejecutar debido a su edad cronológica y mental.

Por consiguiente, no se aplicaron las reglas de la sana crítica, la lógica, la experiencia y el sentido común, porque bien se sabe que un niño a los 6 años se encuentra en etapa de transición y consolidación de sus capacidades motrices básicas.

También cuestiona la ausencia de medidas que determinen la posición de la vivienda respecto de otras, y su cercanía, la altura de las paredes, los términos de la constancia que se dejó en el acta del 15 de septiembre de 2011 y la imposibilidad de observar lo ocurrido dentro de la habitación, por debajo de la puerta de acceso dada la poca distancia existente entre esta y el piso.

Luego, acusa un error de derecho «por indebida valoración de la prueba», en relación con testimonios de la supuesta víctima y su hermano menor, cuyos relatos no son uniformes.

Al efecto, refiere que los juzgadores apreciaron consistente y coincidente la versión de MIES, incluso, en el juicio oral, a pesar de haber transcurrido cinco (5) años del suceso.

No obstante, al narrar los hechos ante los distintos funcionarios, es coincidente en la agresión que dice haber padecido, pero no ocurre lo mismo frente a otros aspectos de igual importancia.

Es así, como en el relato que suministra el 28 de febrero de 2011, ante la Comisaría de Familia, la ofendida no advirtió acerca del supuesto testigo de los hechos, su hermano AFE.S., siendo contrario a la lógica que «olvide un aspecto tan de vital importancia como es el poder demostrar mediante un testigo su dicho, máxime cuando ese testigo era su propio hermano».

Luego, el 14 de octubre de ese año, la menor solo informó a la psicóloga forense que primero le contó a su hermano, quien no le creyó y, por esa razón, aparentando que la dejaba sola con el procesado, optó por subirse al techo de la casa, pudiendo observar cómo estaba siendo manoseada.

Por último, en el juicio oral, MIES afirmó que su hermano una vez se encerró en el baño y vio todo.

De lo anterior, concluye la impugnante que no existe un relato coincidente «y si los juzgadores hubiesen tomado el proceso despojándose de todo prejuicio y viéndolo desde el principio de inocencia», el resultado hubiera sido distinto, pues se probó que para la época de los supuestos hechos la madre de la menor no vivía en la casa donde presuntamente ocurrieron «lo que hace que se caiga todo el montaje que se realizó contra mi defendido».

En cuanto al testimonio de AFES, quien según los juzgadores corroboró el dicho de la ofendida, advierte que en sus dos salidas procesales refirió aspectos distintos a los

expresados por su hermana.

En entrevista rendida el 25 de marzo de 2011, dijo que enteró a su mamá de lo ocurrido, mientras que ésta, en su denuncia, informó que notó a su hija muy extraña y luego de insistirle, le manifestó lo que le hacía GC.

El menor dijo que ya sabía lo que el procesado le hacía a su hermana, pero ésta manifestó que AFES la encontró llorando y procedió a contarle.

En el juicio oral, el niño expuso que el procesado no se dio cuenta que lo observaba desde el techo de la vivienda y por debajo de la puerta de entrada y en la entrevista señaló lo contrario y, por esa razón, aquél resuelve apuntillar la teja y colocar una tabla en la puerta.

En el juicio oral dijo que le preguntó a su hermana el motivo por el cual siempre estaba en el baño llorando y ella le contó lo que le pasaba y desde ese día comenzó a mirar por la lata de zinc y por debajo de la puerta, siendo que en la entrevista había dicho que ya sabía todo.

Opina la demandante, de otra parte, que es contrario a las reglas de la experiencia, que la denunciante no se haya dado cuenta de los cambios que presentaba su vivienda por la intervención de GC, y que tampoco advirtiera a que su hijo tenía dinero, pese a que escaseaba en el hogar.

En la entrevista, AFES señaló que le contó a su mamá lo acontecido y en el juicio oral manifestó que se lo dijo a sus hermanas y éstas a su progenitora. No obstante, ésta última precisó en la denuncia que la niña fue quien le contó a ella. Por lo tanto, ni siquiera hay claridad de la forma como se enteró la denunciante de lo ocurrido a su hija.

También destaca que en el juicio oral AFES informó que el procesado iba a la casa



algunas veces, mientras que MIES señaló que iba todas las tardes.

En el mismo escenario, señaló que la cicla era de Luis y en el juicio oral dijo que era del implicado.

De lo anterior, deduce la censorsa que los menores fueron manipulados por su progenitora, con la finalidad de «vengar lo sucedido al verse sustituida por alguien más joven, siendo su propia hija la preferida por el acusado, optando por la solución de acabar la relación matrimonial de su hija», como efectivamente ocurrió, pues CG se encuentra privado de la libertad.

Discrepa de lo razonado por el A quo, en cuanto a que la defensa no pudo probar la relación sentimental clandestina entre la denunciante y el procesado, pues al efecto obra la declaración de éste y de HGM.

A continuación, refiere la recurrente que con las pruebas de descargo se probó que la vivienda donde supuestamente sucedieron los hechos, se encontraba arrendada, aspecto corroborado por GS y GR, quienes manifestaron haber observado allí a varios inquilinos desde el 2007 hasta el 2010, porque SCS se fue a vivir a la casa de su madre enferma.

Ello conduce a que no se le pueda creer a los hijos de ésta que el acontecer se produjo en dicha vivienda en la forma como lo narraron.

Por otro lado, luego de exponer las razones por las cuales no comparte el criterio valorativo del juzgador, en relación con las declaraciones de LEOF, OC, HGM, CJR, RCR, YFAS, ICR y la del propio acusado, apunta que no es válido, jurídica ni probatoriamente, que solo se le pueda dar credibilidad a la investigadora judicial, cuando ninguno de los vecinos que enunció acudió a demostrar que la denunciante sí vivía en ese lugar. En cambio, la defensa acreditó que para la época de los hechos, ella y sus hijos residían en la casa de su madre enferma.

Por último, la defensora recaba en el romance del procesado con su suegra SCS, quien no pensó en las consecuencias de su apresurada denuncia, y en la manipulación de la escena al momento de efectuarse el registro fotográfico.

Segundo.

Bajo el enunciado de la falta de aplicación de una norma sustancial y la violación de una garantía fundamental, la actora, de manera preliminar, ilustra sobre el alcance y vinculación de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, con jurisprudencia constitucional y penal, y con doctrina extranjera.

Luego apunta que, en este caso, la Fiscalía no logró probar, más allá de toda duda razonable, que para el momento de los acontecimientos SCS vivía en la casa donde supuestamente su hija fue abusada.

Tampoco demostró que la menor MIES fue abusada sexualmente, por cuanto el himen se encuentra íntegro y sin secuelas antiguas ni frecuentes, siendo imposible que si hubo penetración, no hayan quedado secuelas.

El perito de Medicina Legal que realizó el examen no es idóneo, pues se trata de un médico general sin especialización en la materia.

Los juzgadores dieron credibilidad a los menores, «a pesar de que no fueron coherentes ni creíbles» y, además, valoraron «una prueba denomina (sic) experticio psiquiátrico (sic) y presentaron un dictamen psicológico».

No hay certeza de la ocurrencia del hecho, ni de la responsabilidad del procesado.

Por todo lo anterior, se debió dar aplicación al principio in dubio pro reo.

Solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se absuelva a su asistido de los

cargos que le fueron formulados por el ente acusador.

## CONSIDERACIONES

1. De manera consistente se ha señalado que en el marco del sistema procesal penal acusatorio, previsto en la Ley 906 de 2004, la viabilidad del recurso de casación está atada al cumplimiento de puntuales requisitos que impiden concebirlo como una tercera instancia. Las censuras, por tanto, deben estar ceñidas a los presupuestos de claridad y precisión, dado que en virtud del principio de limitación, la Sala no está facultada para complementarlas o readecuarlas.

La misma normativa establece, en su artículo 180, que la impugnación tiene como objetivos alcanzar (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías fundamentales, (iii) la reparación de los agravios inferidos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Esa carga argumental debe estar debidamente acreditada y guardar plena correspondencia con el fundamento demostrativo de los yerros judiciales que se exponen en el libelo, cuya inadmisión deviene irrefutable cuando “el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierte fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”, tal como lo prevé el artículo 184, numeral 2º ejusdem.

2. En el asunto que se examina, la libelista no precisó, puntualmente, la necesidad de alcanzar alguna de las finalidades del recurso y, adicionalmente, en la postulación de los reproches desatendió los requisitos de orden lógico y argumentativo definidos por el legislador y desarrollados con amplitud por la jurisprudencia, a fin de evitar que se acuda al recurso como si se tratara de una instancia adicional.

3. La causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, anunciada en el primer cargo, comprende aquellos errores de hecho y de derecho en los que puede incurrir el juzgador, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

3.1. El falso juicio de existencia por suposición, que predica de algunos elementos de comprobación, hace referencia al desconocimiento de las reglas de apreciación, y se estructura cuando el juzgador fundamenta su decisión en una prueba que no se incorporó válidamente a la foliatura. Su demostración comporta indicar el elemento imaginado o supuesto por el fallador y cómo su valoración incidió en la parte resolutive de la providencia recurrida.

Ese cometido solo se logra confrontando el contenido de la prueba inventada, dejando ver que las demás analizadas carecen de la fuerza persuasiva necesaria para mantener la declaración de justicia.

3.2. En este caso, la demandante no evidenció que el sentenciador se soportó en un medio de convicción inexistente y desacierta al afirmar, categóricamente, que la Fiscalía anunció una experticia psiquiátrica y en el juicio presentó una valoración psicológica, para deducir que se dio por incorporada al proceso una prueba que dicho ente no presentó.

Lo anterior es así porque, según se verifica, en la audiencia de juicio oral celebrada el 28 de febrero de 2012, a raíz de la oposición de la defensora del procesado, el Fiscal explicó que con independencia del nombre de la pericia, envió la solicitud al Departamento de psiquiatría, pero entiende que Medicina Legal tiene un departamento que está conformado por psiquiatras y psicólogos y la elabora el experto al que se le haga la asignación.

Acto seguido, la abogada solicitó la exclusión de la prueba y el Juez, una vez escuchó a

las partes, recordó que en la audiencia preparatoria se solicitó una valoración de neuropsicología y psiquiatría forense, y la letrada admitió haber recibido, con la debida anticipación, la base de opinión pericial «de una psicóloga que es la doctora Myrtha, no de un psiquiatra, es de una psicóloga...la prueba está debidamente decretada, se descubrió en su oportunidad». Así entonces, denegó la solicitud y dispuso escuchar el testimonio de la experta que elaboró el estudio, Myrtha Cecilia López Rojas<sup>9</sup>.

En su exposición, la perito psicóloga señaló -entre muchos aspectos- que las evaluaciones asignadas a su área tienen un objetivo forense, y que para el efecto utiliza el protocolo básico de evaluación psiquiátrica y forense, del Instituto de Medicina Legal.

Y cuando la defensora, aquí recurrente, le preguntó acerca de las diferencias entre una experticia psicológica y una psiquiátrica, le informó que dentro de los planes de formación y capacitación de la entidad, hace varios años se propuso unificar esas evaluaciones forenses, que «peritos psicólogos y psiquiatras, indistintamente, pueden hacer las valoraciones, valga decir, de perturbación psíquica, de estado de salud...»<sup>10</sup>.

De todo lo anterior se sigue que, si en el juicio se practicó la prueba que previamente fue descubierta y admitida por el juez en la oportunidad correspondiente, no es posible aducir que «lo que se tiene en el proceso, no fue lo que se anunció».

Por consiguiente, el reproche no traduce el señalado defecto de apreciación, sino la pretensión de prolongar un debate ampliamente definido en las instancias, pues, nótese también, que en sede del recurso de apelación, la casacionista insistió que la psicóloga que valoró a la menor no es la persona idónea para emitir un juicio acerca de una perturbación psíquica porque ese análisis corresponde hacerlo a un médico psiquiatra.

Al respecto, el Ad quem indicó que tal aseveración carece de sustento probatorio y científico y que, de acuerdo con la doctrina especializada en la materia, la psicología

clínica forense abarca, entre otros campos de actuación, «la evaluación del testimonio en menores víctimas de abusos sexuales y la evaluación de víctimas que han sufrido daños físicos o psicológicos, criterio acogido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses al expedir la “Guía para la realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales”<sup>11</sup>.

En sede del recurso extraordinario, la demandante se dedica a controvertir esos juicios para desvirtuar el mérito conferido al precitado dictamen, bajo el reiterado argumento que ha debido realizarlo un profesional de la psiquiatría, sin suministrar fundamento distinto a la transcripción de unos apartes de una publicación que ilustra sobre la perturbación psíquica desde una perspectiva forense.

De esa manera, acude a la casación con la pretensión de obtener una respuesta que atienda a sus intereses defensivos, porque incursiona en un discurso de oposición, fruto de su propia visión, que nada verifica sobre la materialidad de algún error susceptible de denunciar en esta sede extraordinaria, donde no es posible examinar posturas netamente subjetivas.

Con ese errado entendimiento, asegura, entre otros aspectos, que al proceso no se allegó prueba idónea que afirmara o desvirtuara si la menor puede decir mentiras, o si su versión es creíble o no, con lo cual nada aporta a la demostración del yerro por suposición de prueba anunciado desde un comienzo.

3.3. Los restantes reclamos contenidos en el cargo que se analiza, evidencian con mayor nitidez la pretensión de la demandante, de sobreponer su propia valoración a la realizada por los juzgadores, en el marco de un alegato libre y confuso, que abarca todos aquellos aspectos de las decisiones de primera y segunda instancias que no comparte.

Bastante se ha insistido que la posibilidad de cuestionar el mérito persuasivo otorgado a los diferentes elementos de convicción, es demostrando que en ese ejercicio el sentenciador vulneró los principios de la sana crítica, pues la simple disparidad de criterios no constituye error demandable en casación.

Para tal efecto, es necesario acudir a la hipótesis del falso raciocinio, caso en el cual, es imperativo acreditar que el juzgador, en sus apreciaciones, arribó a conclusiones ilógicas o irrazonables, por desconocimiento de las reglas de la lógica, la ciencia y/o la experiencia, y señalar el aporte científico, el raciocinio lógico o la deducción por experiencia que se debió aplicar en el asunto sometido a examen, en orden a acreditar una realidad distinta a la declarada en el fallo confutado.

Téngase en cuenta que la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia de segunda instancia, no se puede desquiciar a través de una argumentación dirigida a presentar una valoración de las pruebas distinta a la efectuada por el juez plural -cuyo criterio prevalece frente al del sujeto procesal-, o a destacar las imprecisiones de los relatos de ciertos testigos, como ocurre en este caso.

El falso raciocinio implica identificar aquellos razonamientos que se muestran absurdos, ilógicos o desfasados y que demuestran un claro alejamiento del método de persuasión racional, sin caer en el frecuente desacierto de estructurar otra hipótesis de solución, para sobreponerla a la declarada por el fallador y obtener así que la Corte revalúe el asunto, como si de una tercera instancia se tratara.

3.4. En el sub lite la censora, además de eludir la anterior carga demostrativa, focaliza su discurso a desacreditar la prueba de cargo, especialmente, los testimonios de la menor víctima, su hermano y su progenitora, con argumentos que no tocan, en lo sustancial, con los juicios apreciativos de los sentenciadores.

Es por ello que, aparte de su manifiesta inconformidad, ningún yerro logra demostrar al

aseverar, simplemente, que la valoración efectuada a la menor por el Comisario de Familia de Aratoca, no puede ser considerada como una experticia, porque dicho funcionario solo le recibió una versión, sin mencionar que en dicho análisis, legalmente incorporado a la actuación con el testimonio del citado funcionario, se hizo alusión al estado emocional que presentaba la víctima al momento de narrar los hechos -ansiedad, sudoración, taquicardia y ruborización- así como a los sentimientos que experimentaba hacia el agresor -ira y temor- todo lo cual le permitió concluir que MIES había sido víctima de un abuso sexual, tal como la misma lo relató.

Y cuando dilucida, subjetivamente, que el examen realizado a la víctima, por el médico legista, Derian Jesús Camacho Reyes, hace poco creíble la denuncia efectuada por la progenitora SCS, no hace más que valorar el asunto a su manera, por fuera de los motivos plasmados por el sentenciador para soportar su decisión en estos testimonios.

Fuerza señalar que el Ad quem, con base en los hallazgos del mencionado galeno y en la doctrina científica que previamente trajo a colación, señaló que «precisamente por el himen elástico que presenta la citada menor, la circunstancia de que al momento de practicársele el examen sexológico no se hubiesen encontrado desgarros o lesiones a nivel genital, de ninguna manera descarta que la niña MIES hubiese sido objeto de los accesos carnales materia de este pronunciamiento, lo cual se debe establecer o desechar con el análisis en conjunto de los demás medios de prueba legalmente recaudados en el juicio oral»<sup>12</sup>.

En el cometido de desvirtuar lo anterior, la recurrente se apoya en el testimonio del médico Mario Gómez Cáceres, quien declaró a instancias de la defensa y afirmó que el miembro viril de un adulto, necesariamente, desgarrará el himen y esa hipótesis, dice, cobra fuerza cuando la ofendida y su hermano menor aluden a que el acceso carnal ocurrió en varias oportunidades.



Empero, nada comenta frente a los motivos por los cuales el sentenciador se apartó de ese criterio médico, cifrados en que dicho profesional no emitió una pericia propiamente dicha, porque no valoró ni examinó a la niña, «sino que se limitó a observar en la audiencia el dictamen sexológico practicado por el perito de la Fiscalía y a criticarlo con conocimientos y exposiciones abstractas, sin ningún sustento científico y sin que explicara las razones de sus conclusiones»<sup>13</sup>.

En fin, es incuestionable que el discurso de la demandante es por completo extraño a la naturaleza del recurso de casación, cuyo objetivo es constatar la ilegalidad del fallo de segunda instancia y, si es del caso, proceder a la corrección del agravio, pero tal propósito no se avizora a lo largo del libelo.

3.5. De otra parte, la Sala observa que la censora insiste en destacar, de cara a los registros fotográficos elaborados por la Investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación, en distintas fechas, las modificaciones hechas a la vivienda donde habitaba la ofendida y su familia, para desestabilizar el mérito otorgado al relato del niño AFES.

Omitió mencionar, como es la constante, que los falladores no fueron ajenos a esa situación e igualmente precisaron su falta de incidencia en los señalamientos del menor.

Puntualmente, el fallador de segundo grado expresó:

Ahora bien, en contraste con lo afirmado por la defensora del acusado en la sustentación de la impugnación, la Sala considera que no resulta ilógico o irrazonable que el menor AFES hubiese podido observar directamente, a través de sus sentidos, los abusos sexuales de que era objeto su hermana MIES por parte del procesado por el techo y por debajo de la puerta de la vivienda en que ocurrían los mismos, toda vez que acorde con los registros fotográficos incorporados tanto por la Fiscalía como por la propia defensa se establece claramente que si (sic) era posible que el menor observara lo que estaba

pasando al interior del inmueble, tanto por el techo como por debajo de la puerta, resaltándose que a pesar de que sí existían algunos pedazos de ladrillo y de bloques, así como una roca sosteniendo las tejas de zinc, estas sí se podían levantar fácilmente para mirar hacia las habitaciones de la vivienda.

Además, la constancia que se dejó consignada en el acta de inspección a lugares, en el sentido de que se había realizado una ligera modificación del techo de la vivienda no constituye ninguna irregularidad que le reste credibilidad al dicho del aludido niño, como equivocadamente lo pretende hacer creer la censura, pues precisamente por esas alteraciones es que algunas fotografías tomadas en la primera visita realizada por la investigadora de la Fiscalía ALBA LUZ MORENO NIÑO el 30 de abril de 2011 no coinciden con las tomadas el 15 de septiembre de ese mismo año, pero, tal y como se indica en el acta, esas modificaciones son ligeras, es decir, no estructurales, o en otras palabras no tienen ninguna trascendencia frente a lo observado por el menor AFES, pues como ya se indicó, en todo caso en ambas visitas era posible levantar las tejas y observar al interior de la vivienda, circunstancia que explica porque (sic) la defensa en la impugnación se limitó a señalar esas presuntas irregularidades pero no precisó cuál era su influencia práctica en la valoración probatoria y de qué manera podría incidir en la sentencia hasta el punto de hacerla más favorable para los intereses de su prohijado<sup>14</sup>.

Ese análisis es por completo ignorado por la demandante, quien se dedica a pregonar, entre otros aspectos, que los sentenciadores desconocieron las reglas de la sana crítica, la lógica, la experiencia y el sentido común, porque AFES no podía realizar las actividades que describe, pues un niño de 6 años se encuentra en etapa de transición y consolidación de sus capacidades motrices básicas, lo cual, no pasa de ser un argumento genérico que soporta en sus propias conjeturas, de espaldas a la realidad procesal.

3.6. Lo mismo ocurre cuando insinúa que los juzgadores incurrieron en un error de derecho, porque sin precisar alguna de las hipótesis que pretende hacer valer

–si un falso juicio de legalidad o uno de convicción–, se olvida del enunciado para recriminar la «indebida valoración de la prueba» respecto de los testimonios de la víctima y de su hermano menor, cuyos relatos no advierte uniformes.

De ese modo, la libelista invoca cualquier reparo, así sea incoherente, para arremeter contra las apreciaciones del juzgador, en lugar de demostrar la ocurrencia de un yerro judicial trascendente y determinante en la declaración de justicia.

No obstante, importa recordar que frente a conductas punibles de contenido sexual con menores de edad, el testimonio de la víctima cobra especial relevancia al momento de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el ataque. Empero, la posibilidad de controvertir su mérito, no puede limitarse a destacar las inconsistencias en que pudo haber incurrido en sus diferentes versiones porque, en esos casos, el juzgador goza de plena facultad para establecer cuáles de ellas son verosímiles, o si solo lo son en parte, siempre que en ese ejercicio respete los parámetros de la sana crítica.

Es por ello que el ejercicio comparativo de la impugnante, entre los relatos suministrados por la víctima y su hermano menor, en los distintos escenarios, para hacer ver sus inconsistencias, no sirve para desestabilizar la legalidad de la sentencia recurrida, porque esa situación, claramente advertida por los juzgadores, no les impidió asignarles plena credibilidad:

El juez colegiado dijo lo siguiente:

El relato de la menor MIES fue claro, concreto y detallado, siendo además consistente y coherente en señalar al sentenciado como la persona que la accedió carnalmente en varias oportunidades, versión que fue corroborada por su hermanito AFES, sin que las contradicciones referidas por la defensa en la sustentación de la alzada en cuanto a la forma en que dieron a conocer la noticia a su progenitora o como el victimario era

observado por el menor AFES, afecten el núcleo esencial de sus declaraciones, esto es la identificación del agresor y la manera en que la niña MIES fue objeto de los vejámenes sexuales, lo que permite inferir que lo narrado por los infantes fue producto de una experiencia realmente vivida y no un libreto aprendido bajo la influencia o presión de su mamá<sup>15</sup> (subraya la Sala).

La defensora no abordó esos juicios para establecer, objetivamente, en qué consistió la equivocación en el proceso de valoración, sino que consideró más adecuado oponerse a ellos, presentando su personal interpretación probatoria, actitud que se aparta del presupuesto de debida fundamentación, que rige la impugnación extraordinaria.

Con la misma dialéctica asume el análisis de las pruebas de descargo, testimonios de la esposa y amigos del acusado, las cuales descartó el Tribunal, al considerarlas dubitativas, especulativas y contradictorias.

Mírese, a manera de ejemplo, que según la demandante, para el momento de los hechos, la vivienda donde supuestamente ocurrieron se encontraba arrendada.

En contraposición, la colegiatura precisó que con la versión de GRA, vecina de dicho lugar -quien mencionó que la denunciante residió allí de manera intermitente y que después de que el procesado y la esposa de éste se fueron de allí, vivió un poquito más-, no es posible establecer, si para la época de autos, la víctima no residía allí.

Fuerza insistir que la pretensión de desvirtuar la declaración de justicia contenida en el fallo, precisa de evidenciar el defecto de apreciación y su innegable incidencia. Por manera que, al igual que los anteriores señalamientos, también carece de utilidad para los fines del recurso, pretender estructurar otra óptica de valoración, como ocurre en este caso, donde, sin fundamento serio, la actora procura sustituir el criterio judicial por el suyo, aduciendo que los menores fueron manipulados por su progenitora, con la

finalidad de «vengar lo sucedido al verse sustituida por alguien más joven, siendo su propia hija la preferida por el acusado, optando por la solución de acabar la relación matrimonial de su hija», como efectivamente ocurrió, pues CG se encuentra privado de la libertad.

No atiende, que la ilegalidad del fallo debe partir de una concreta situación acaecida dentro del proceso, aspecto de obligada referencia para denotar el yerro sustancial en que incurrió el juzgador.

4. En el segundo cargo, la insuficiencia argumentativa es evidente porque, sin invocar alguna de las causales de casación, anuncia la falta de aplicación del principio in dubio pro reo.

Recuérdese que frente a esa especie de propuestas, es posible acudir a la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando haya ocurrido que el sentenciador reconoció la existencia de la duda pero no la aplicó, sino que terminó condenando al procesado.

Si por el contrario, en el fallo se advierte que no existe duda probatoria, es menester plantear la violación indirecta de la ley sustancial y demostrar que los juzgadores, al momento de apreciar las pruebas, incurrieron en algún error de hecho o de derecho y que ese desacierto condujo a pregonar la certeza acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, sin estar acreditado y, acto seguido, es menester desvirtuar las pruebas que soportan la decisión censurada.

En ese caso, es menester invocar el numeral tercero del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, que contempla como causal de casación el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

No procedió así la demandante y tampoco enseñó, como era de esperarse, la trascendencia del dislate en la parte dispositiva de la sentencia.

Únicamente insistió en las quejas aludidas en el cargo anterior, referidas a que la Fiscalía no probó, más allá de toda duda razonable, que para la época de los hechos la denunciante no vivía en la casa donde supuestamente fue abusada su hija, como tampoco la ocurrencia del ilícito.

Para ese efecto agrega, como aspecto novedoso, que el perito de Medicina Legal que realizó a la menor el examen sexológico no es idóneo, porque es un médico general sin especialización en la materia, pero no justifica la razón de tal reproche, ni el yerro que pretende hacer valer.

Apenas exterioriza su desacuerdo porque los juzgadores le asignaron valor suasorio esa prueba pericial, que determinó «himen semilunar elástico que puede permitir el paso de un pene sin desgarrarse»<sup>16</sup>, en tanto que desecharon la tesis opuesta del profesional de la salud que acudió al juicio a instancias de la defensa, según se analizó en el cargo anterior.

5. Se concluye, que la defensora de GGC dejó de atender a los mínimos requerimientos de claridad, precisión y coherencia, indispensables para entender el sentido de las censuras, así como la demostración de los dislates aducidos y la concreción de sus consecuencias.

Como de otra parte no se observan causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, no surge la necesidad de pronunciarse de oficio.

6. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo

184 de la Ley 906 de 2004, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Corte desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic.2005, rad. 24322 y precisadas en AP-3481-201417.

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

#### RESUELVE

INADMITIR la demanda formulada a nombre de GGC contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con el artículo 184, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

#### NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GS OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 9 Carpeta del Tribunal.

2 Folio 8 Carpeta del juzgado.

3 Folios 12 a 18 lb.

4 Folios 26 y 27 lb.

5 Folios 30 a 32 lb.

6 Folios 36 a 37 y 114 a 117 lb.

7 Folios 120 a 151 lb.

8 Folios 8 a 55 Carpeta del Tribunal.

9 Récord 7:11 en adelante.

10 Récord 49:25 3n adelante.

11 Folio 38 Carpeta del Tribunal.

12 Folio 48 Carpeta del Tribunal.

13 Folio 49 lb.



14 Folios 43 y 44 lb.

15 Folio 39 lb.

16 Folio 47 carpeta del Tribunal.

17 Radicado 42597.