

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrado Ponente

SP16817-2014

Radicación 42738

Aprobado Acta No. 428

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de (...) el 11 de septiembre de 2013, en el cual se revocó la decisión condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado 5º Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la misma ciudad el 18 de diciembre de 2012, y en su lugar absolvió a DAOG del delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, por el cual lo acusó la Fiscalía General de la Nación.

H E C H O S

Los hechos que motivaron este proceso fueron sintetizados por el Ad quem, en los siguientes términos:

Fueron dados a conocer a través de la denuncia formulada el día 12 de Diciembre de 2006 por la señora AMAO madre de la menor I.O.A. de 3 años de edad, en donde relata

que el 2 de diciembre de 2006, le correspondía la visita de la menor a su padre DAOG, quien se la llevó a la residencia donde los abuelos paternos de la infante, pernotando (sic) la menor en dicha vivienda hasta el día 3 de diciembre del 2006, notando que la niña llegó con muchas ganas de entrar al baño, cada cinco minutos y con dolor; ante esta situación le pregunta a su hija quién la toca, respondiendo la niña que su papá le mete los deditos en la cucú y la colita.

ACTUACIÓN PROCESAL

Conocidos los hechos y después de recaudar algunos materiales probatorios y evidencias físicas, ante el Juzgado 13 Penal Municipal con función de control de garantías de (...), el 12 de septiembre de 2007 la Fiscalía 26 Seccional de esa ciudad formuló imputación en contra de DAOG, por los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, e Incesto, en concurso de conductas punibles. El imputado no se allanó a los cargos.

En la misma audiencia concentrada, ante la solicitud de la Fiscalía, fue impuesta en contra de DAOG medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia.

El 13 de marzo de 2008, previa presentación del escrito correspondiente por parte la Fiscalía, se celebró la audiencia de acusación, en la que DAOG fue acusado como autor de los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, e Incesto, en concurso de conductas punibles (artículos 208, 211-4 y 237 del Código Penal).

La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 9 de febrero y 6 de octubre de 2009.

La audiencia de juicio oral y público fue instalada el 5 de febrero de 2010, extendiéndose en sesiones de los días 22 de abril de 2010, 25 y 26 de abril y 30 de julio de 2012.

Clausurado el debate en esta última fecha, se emitió sentido del fallo declarando culpable al acusado DAOG

El 18 de diciembre de 2012, el mismo despacho judicial, emitió el fallo, siendo condenado DAOG por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cometido en circunstancia de agravación punitiva, a la pena principal de 85 meses y 10 días 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. Fue decretada la preclusión de la investigación en relación con el delito de Incesto, por prescripción de la acción penal.

Apelado el fallo por el defensor del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de (...), revocó la decisión y, en su lugar, absolvió al acusado mediante providencia del 11 de septiembre de 2013, la cual fue oportunamente recurrida en casación por el apoderado de la víctima.

LA DEMANDA

El recurrente formula un único cargo, al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, alegando la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de tres errores de hecho, los dos primeros por falso juicio de identidad y el tercero por falso raciocinio, sustentados de la siguiente manera:

1. Error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación:

Hace referencia a las pruebas testimoniales de AMAO y PAOV, madre y prima de la niña víctima, practicadas el 22 de abril de 2010.

Después de hacer la transcripción de los testimonios, concluye que el Tribunal tergiversó su contenido al sostener, a través de la mayéutica, que se encuentra en duda la realización de la conducta punible por parte del acusado.

Asegura que el fallador sesga y deforma las declaraciones de la madre de la víctima y de la prima de ésta, introduciendo aspectos que no consultan su objetividad, pues en su argumentación se vale de un abanico de posibilidades interpretativas sobre el dicho de las deponentes, lo que termina en su inaceptable tergiversación.

Es así como el Tribunal, de las manifestaciones de la madre de la niña, concluye lo que ella no manifestó, alterando su relato: que no dio trascendencia al suceso narrado por su hija, que estimó que era fruto de su imaginación o que el padre no era el autor del hecho.

Por eso, precisa, el Ad quem dio por acreditado un estado de duda, aplicando de manera indebida el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, inaplicando de paso los artículos 208 y 211-4 del Código Penal, error trascendente en tanto un razonamiento distinto habría conducido a una sentencia condenatoria en segunda instancia.

1. Error de hecho por falso juicio de identidad, por cercenamiento

Alude al testimonio de Gabriel Téllez Jaramillo, médico pediatra tratante de la niña IOA, para censurar que el sentenciador de segundo grado cercenó apartes significativos de su testimonio.

Dice que en el fallo acusado, se omitió considerar en torno a la valoración de la declaración del galeno, la mención de apartes de especial importancia referidos a que el acusado y su padre le sugirieron tratar de hacer una modificación a lo consignado en la

historia clínica, relacionada con las causas de la ruptura himeneal que había detectado en la niña.

De allí que, al cercenar tan importante fragmento de su testimonio, el Tribunal no pudo precisar que el testigo efectivamente explicó en concreto las insinuaciones que le hicieron para alterar el contenido de la historia clínica y que éste antepuso a ello su ética y moral para no acceder a tales propuestas.

Con la incursión en este error, explica el libelista, se produjo como efecto jurídico el desconocimiento de lo probado, generándose una sentencia absolutoria, la que no se habría producido de haberse tenido en cuenta los aspectos cercenados de la declaración del testigo.

1. Error de hecho por falso raciocinio

Hace referencia el censor al desconocimiento de una de las reglas de la sana crítica, concretamente de las máximas de la experiencia, la que fue empleada por el fallador para dar sustento a la inferencia de un equivocado indicio, quebrantándose de esta forma el contenido del artículo 380 de la Ley 906 de 2004.

Puntualiza que el Tribunal construyó un indicio teniendo como hecho indicador el testimonio de la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, Constanza Jiménez Rendón, errando en la inferencia que llevó a cabo, por lo que termina concluyendo en un hecho completamente distinto al obligado de tener como responsable al acusado.

Se refiere concretamente a que la psicóloga declaró que la niña le confió en su entrevista los actos sexuales de que fue víctima por su padre, encontrando que su versión no

sugería coacción o condicionamiento alguno, siendo además coherente, verosímil y espontánea, reconociendo además que la infante no atribuye connotación negativa a los actos sexuales. De ese relato no podía colegirse, a manera de regla de la experiencia, como lo hizo el Tribunal, que porque la menor no mostraba repulsión hacia su padre, no fue víctima de abuso sexual o que no fue él quien llevó a cabo los lesivos actos.

De esta manera, señala como error del fallador la inferencia lógica que realizó en la construcción del indicio, con el que descartó la responsabilidad del acusado. Yerro que se evidencia al momento de construir un enunciado con pretensiones de validez como regla de experiencia, sin serlo, con lo que sustentó un estado de duda en relación con la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

En su lugar, el libelista propone como la regla de la experiencia que debió ser empleada por el fallador, la siguiente: «siempre o casi siempre que un experimentado profesional de la psicología, emite una opinión científica sobre un menor que ha valorado psicológicamente, debe dársele toda credibilidad cuando al transmitir su conocimiento asegura que su paciente ha señalado al autor de un acto libidinoso con características de punible».

Por lo que de no haberse presentado el yerro del Tribunal al momento de realizar su inferencia lógica empleando una equivocada regla de la experiencia, no habría concluido en la existencia de duda en relación con la responsabilidad del acusado y, por lo tanto, no hubiera determinado su absolución.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación de la demanda, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. El demandante

Dijo ratificarse en lo dicho en la demanda, reiterando los reproches allí consignados.

Enfatiza en los yerros puestos de presente en el libelo impugnatorio, relacionados con la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de tres errores de hecho concernientes al cercenamiento, tergiversación y falso raciocinio en la apreciación de la prueba, lo que se tradujo en la aplicación indebida del principio de in dubio pro reo.

Demanda que se subsane el yerro judicial en procura de los fines relacionados con la efectividad del derecho material y reparación de los agravios inferidos.

1. La Fiscalía

El representante de la Fiscalía apoya las censuras del demandante.

En torno al señalado error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, expresa que el Tribunal en efecto distorsionó el contenido de los testimonios de AMAO y PAOV , haciéndoles decir lo que no dicen.

Es patente la deformación de la prueba, advierte, pues en el contenido de los testimonios está definido el motivo por el cual la madre no denunció inmediatamente una vez recibió la información de la niña sobre los actos sexuales que sobre ella venía practicando su padre, como que prefirió consultar primero con el pediatra y con su familia, luego de lo cual enteró a las autoridades de lo sucedido.

De allí que el Tribunal elabora una serie de suposiciones que no se compadecen con lo que

de manera precisa expresaron las dos testigos, hasta el punto de desfigurar sus atestaciones, pues de su inicial perplejidad no puede colegirse la inexistencia de la conducta o la ausencia de responsabilidad del acusado.

Refiere que incurre el fallador plural en un galimatías, en tanto, inicialmente da por demostrado el abuso sexual, pero en los párrafos finales asegura que la materialidad no está demostrada por las falencias en el testimonio de la menor y las divergencias en las declaraciones de los peritos.

En cuanto al segundo error señalado, por cercenamiento, solicita que se acoja la censura. Comparte el reproche presentado por el demandante, relacionado con que en la sentencia se dice que el médico pediatra Gabriel Téllez Jaramillo, presentado como testigo de la Fiscalía, no precisó en concreto la insinuación que le hicieron el acusado y su padre para que modificara la historia clínica de la niña.

Sin embargo, considera, se omitió tener en cuenta aquella parte de su declaración en la que el galeno, de manera explícita, alude a la sugerencia de aquellos de modificar la historia clínica en relación con otras causas de ruptura himeneal. De allí que se escindió la prueba en la sentencia porque lo buscado era una variación en favor del acusado de las conclusiones del médico.

Emana de dicho hecho indicador, un sólido indicio de responsabilidad que, ante su desconocimiento, por haberse cercenado la prueba, incidió de manera sustancial en la decisión adoptada.

Frente al reparo circunscrito al falso raciocino, el Fiscal Delegado señala que pese a que la testigo experta Constanza Jiménez Rendón, psicóloga forense que examinó a la niña, concluyó que ésta se refirió de manera coherente y espontánea a los tocamientos genitales de su padre, sin que advirtiera en ella alienación parental, el juzgador glosa que si la menor no mostró rechazo hacia su progenitor es porque éste

no cometió el delito.

Al valorarse de manera desatinada el testimonio de la profesional, se desconocieron las reglas de la sana crítica, exactamente los postulados de la ciencia y la experiencia aplicables al asunto examinado.

Resalta que las erradas consideraciones del Tribunal parten del presupuesto, igualmente desacertado, de entender que el testimonio de todo infante víctima de delitos sexuales debe ser examinado como el de un adulto, sin tener en cuenta sus particularidades para evocar y describir los hechos.

Solicita que se case la sentencia impugnada.

1. La Defensa

Se opone a la pretensión del demandante.

En relación con el primer error, relativo al falso juicio de identidad por tergiversación, manifiesta que resultó de perfecta lógica la conclusión del Tribunal de encontrar inexplicable que la niña de tres años haga símiles entre el acto de manipular un destornillador con el acto de ser manipulada en sus genitales por su padre, con lo que restó credibilidad al testimonio de las señoras AMAO Y PAOV.

Además, expresa que no resulta comprensible que después de conocer las circunstancias del supuesto abuso sexual, al día siguiente permitiera la madre que el supuesto abusador se llevara a la niña para pasar con ella el fin de semana. De allí que el Tribunal ensayara distintas explicaciones posibles para que ello sucediera, como que pudo entregar la niña al padre porque pensó que se trataba de un relato fruto de la

imaginación de la menor o porque no le dio trascendencia al hecho o, quizá, porque consideró que el progenitor no era autor de esos actos.

Una buena madre, razona, habría enfrentado al padre inmediatamente. Pero además, cuando el acusado se enteró de esa información proveniente de la niña, prefirió que primero fuera examinada por un psiquiatra, antes que llevarla ante la Fiscalía, queriendo evitar mayores molestias a la menor.

Con ello, precisa, no se ha falseado el contenido material de la prueba. El error de hecho por falso juicio de identidad es la falta de armonía material entre lo que la prueba dice y el sentenciador manifiesta que dice. Y esta es una tergiversación que no se encuentra en parte alguna de la sentencia.

En lo que atañe con el denunciado error de hecho por cercenamiento del contenido material de la prueba, con respeto al testimonio del médico Gabriel Téllez Jaramillo, resalta el defensor que de su declaración emerge con claridad que el interés que alentaba al acusado y a su padre cuando visitaron el galeno, no era otro que modificara la historia clínica solamente en lo relacionado con la necesidad de precisar que otras causas podían haber ocasionado la ruptura del himen, pidiéndole que ampliara su opinión en ese sentido.

Por lo tanto, resulta intrascendente la solicitud que hicieron el acusado y su padre al médico pediatra, si de allí se pretendiera extraer algún compromiso de responsabilidad penal. Por ello, considera que no está demostrado este error.

Finalmente, en cuanto al error de hecho por falso raciocinio, pide que se desestimen los términos de la demanda. Justifica los raciocinios del fallador en cuanto entiende que en verdad es un indicio contingente el construido a partir del hecho indicador de que la niña nunca mostró repulsa o rechazo hacia su padre, lo que permitiría inferir que no fue él quien abusó sexualmente de ella.

Más que una regla de la experiencia común, pertenece al campo de la experiencia científica, como lo acredita el médico Julio Mario Vega, que aunque no es una regla fatal, sí es común y normal que los niños sientan aversión por quienes los agreden en su sexualidad.

Pero además, enfatiza, el médico Jorge Mejía López, con fundamento en los informes del centro de educación infantil al que asistía la niña, donde se reportaba que presentaba un desarrollo psicomotriz normal, concluye que su comportamiento no es propio de una niña que ha sido víctima de un abuso sexual.

Por último, pone de presente que el Tribunal consignó la debilidad del testimonio de la niña, quien aparte de haber sido inducida en su declaración, no refirió que su padre haya introducido sus dedos u objetos en la vagina. La menor, dice, sólo manifestó haber sido tocada por su padre, versión que entra en contradicción con las ofrecidas por la madre y la tía de la niña y por la psicóloga Constanza Jiménez Rendón.

De allí que, concluye el defensor, el análisis de la prueba fue articulado y no presenta quebrantamiento alguno que indique un error por falso raciocinio.

CONSIDERACIONES

Toda vez que la demanda presentada fue declarada ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos propuestos de fondo.

El recurrente reclama que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de tres errores de hecho, los dos primeros referidos a un falso juicio de identidad, debido a tergiversación y cercenamiento, y el tercero a falso raciocinio.

La jurisprudencia de la Corte ha dicho que el error de hecho por falso juicio de identidad en

la valoración de la prueba, se presenta cuando el juez o el cuerpo colegiado distorsionó en la motivación de la sentencia el contenido fáctico de determinado elemento de convicción haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque leyó de manera equivocada su texto (falso juicio de identidad por tergiversación), o le atribuye afirmaciones o negaciones que no contiene (falso juicio de identidad por adición), o le mutiló partes trascendentales al relato cercenando su expresión material (falso juicio de identidad por cercenamiento).

En tanto, el falso juicio de identidad difiere del falso raciocinio, en la medida en que en este el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla el juzgador le asigna un mérito o fuerza de convicción con transgresión de los postulados de la sana crítica, es decir, de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

Bajo estas precisiones, la Sala emprenderá la solución de los problemas propuestos, abordándose los yerros denunciados en el mismo orden en que han sido planteados por el demandante:

1. Falso juicio de identidad por tergiversación de los testimonios de AMAO y PAOV

El error de hecho que propone el libelista corresponde a la tergiversación del contenido de los medios probatorios, esto es, que el fallador transforma su texto para poner a decir a las pruebas algo que en realidad no se deriva de éstas.

Se recuerda que en su testimonio la señora AMAO madre de la niña I.O.A., expuso que tuvo conocimiento de los hechos cuando su hija, haciendo un símil con el uso de un destornillador que le explicaba su prima PAOV expresó que su padre habituaba introducirle

los dedos por su vagina y su ano.

Manifestaron las dos testigos que ante dicha revelación la madre consultó de inmediato a su psicóloga, Clara Holguín, quien le recomendó que no insistiera con el tema y que, acorde con la rutina establecida, permitiera que la niña pasara el fin de semana en compañía de su padre mientras el asunto se aclaraba.

Expresó en particular la madre AMAO, que llegado el domingo y al regresar con su hija después de la visita paterna, la niña le comentó que le dolía su vagina, confiándole de nuevo que el padre le introducía sus dedos en esa zona atómica.

Consternada y siguiendo los consejos de su psicóloga, expresó la señora AMAO confrontó al acusado DAOG, quien aparte de negar tales hechos, le solicitó que no acudiera a la fiscalía.

Entretanto, el asunto fue ventilado al interior de las dos familias y finalmente la niña fue examinada por su médico pediatra Gabriel Téllez Jaramillo, quien dictaminó que presentaba ruptura en su himen, razón por la cual la madre decidió presentar la denuncia ante la Fiscalía.

De la lectura de la sentencia del Tribunal Superior de (...), observa la Corte que con fundamento en tales declaraciones dedujo una suerte de incertidumbre sobre lo acaecido, poniendo en tela de juicio la veracidad de los hechos y el compromiso del acusado, pues al colegiado no le resultó razonable que después de la información transmitida por la niña, la madre haya permitido que al día siguiente su hija se trasladara a pasar el fin de semana en compañía del posible abusador o que no acudiera de inmediato a formular la correspondiente denuncia.

En efecto, frente a tales hechos, el Tribunal despliega una baraja de posibilidades que los permitiría explicar, para terminar preguntándose «porque (sic) una madre que sabe de los tocamientos e incluso penetración de los dedos a su menor hija en la vagina, no reacciona de inmediato en búsqueda de la verificación de lo ocurrido y sus consecuencias ante las autoridades correspondientes y toma las medidas necesarias para que no se repita el hecho y no entrega su hija al presunto agresor para la visita del padre?»..

No obstante, no se advierte por la Sala que el fallador de segunda instancia haya trastocado el contenido de los dos testimonios, como lo sostiene el demandante, pues en realidad no alteró o distorsionó su literalidad. Sin embargo, lo que si se hace evidente es que al aprehender el contenido de los medios de prueba, recorta apartes trascendentes de su literalidad, para concluir en una serie de inferencias totalmente equivocadas dentro del juicio valorativo, lo que se corresponde más bien con un falso juicio de identidad por cercenamiento de las pruebas, que no por tergiversación.

Por esta ruta, con la aprehensión parcial del contenido de los testimonios, el Tribunal apela al empleo de una fallida regla de la experiencia que se puede sintetizar en el siguiente predicado: siempre o casi siempre, que una madre se entera de un posible abuso sexual de su hija por parte del padre, no permitiría su visita o convivencia con éste, procediendo de inmediato a presentar la denuncia. De allí que nuevamente se pregunte: «¿Porque (sic) la señora AMAO no reaccionó y presentó la denuncia para que fuese enviada de inmediato a medicina legal?»

Pasa por alto el fallador colegiado que sus preguntas tienen precisas respuestas en los mismos testimonios de AMAO y PAOVuez, fincadas en razones que en nada desdichan de una ponderada reacción ante el conocimiento de unos hechos de tan importante gravedad. De allí que despunta el cercenamiento en sus declaraciones.

En efecto, lo que hizo la madre, una vez se enteró de lo sucedido, según se encargan de explicarlo en extenso, fue consultar a una profesional de la psicología de su confianza, a fin de fijar el camino a seguir. Fue así como ésta le recomendó mantener la calma y actuar con cautela y que, mientras se verificaba la información, pues sólo contaba con la versión inicial de la niña, permitiera que su hija cumpliera con el hábito de visitar a su padre el fin de semana y que, por su bienestar, no se mencionara más el tema delante de ella.

La madre siguió el consejo profesional al pie de la letra, lo que en lugar de suscitar alguna suspicacia sobre la veracidad de los graves hechos que luego fueron denunciados, afianza la idea de que la suya fue una actuación razonable frente a los mismos. Más aún cuando se sabe que después de recibir a la niña al culminar su estadía semanal con el padre, ante su persistencia sobre lo sucedido y la presencia de síntomas que confirmaban los hechos (la niña se quejaba de dolor en su vagina y frecuentaba más de lo normal su visita al baño), confrontó a DAOG, enteró a su familia de lo sucedido y, antes de denunciar, consultó con el médico pediatra de confianza.

De esta manera, los interrogantes que plantea el Tribunal resultan impertinentes y, de paso, la máxima de la experiencia que postula deviene en infundada en virtud a que omitió en su valoración apartes trascendentales de los testimonios de AMAO y PAOV. No es cierto, en este caso en concreto, que a partir de la información que recibió de su hija, debía la señora AMAO acudir a las autoridades e impedir la visita de su hija a su padre, pues optó, antes de actuar, por asesorarse de manera adecuada.

No era esa una regla con visos de universalidad o de alta probabilidad, con la idoneidad suficiente para inferir que por no haber actuado de esa manera, esto es, por no impedir la visita de la niña a su padre o por no presentar de inmediato la denuncia penal, pudiera resultar afectado el contenido declarativo del testimonio de AMAO y de su prima PAOV.

Por esta desatinada vía, el Tribunal cuestiona la intervención de la madre ante el suceso y le otorga un valor menguado a su declaración, a tal punto que deduce de allí un estado de incertidumbre favorable a los intereses del procesado, lo que obviamente deriva de omitir en su inferencia el importantísimo dato, indebidamente cercenado, referido a que su proceder estuvo guiado en todo momento por el soporte profesional que se procuró, inicialmente de una especialista de la psicología y, después, del médico pediatra que le confirmó la veracidad de la información suministrada por su infante hija.

En consecuencia, la Sala advierte el error de hecho denunciado, el cual sin embargo corresponde a un falso juicio de identidad por cercenamiento de la prueba, que no por tergiversación, como ha sido planteado por el demandante.

Aparte de lo anterior, encuentra la Sala que el fallador extendió su juicio deductivo de la narración de la testigo AMAO, para ampliar el sentido de la duda demostrativa, cuando aquella expresó que habiendo confrontado al acusado sobre la información suministrada por su hija común, le suplicó que no lo denunciara ante la Fiscalía. Aspecto que fue corroborado por JAAR, abuelo materno de la menor, y por PAOV.

De tal afirmación, que además cuestiona el fallador por estimar que deviene en prueba de referencia (errada percepción, pues la testigo declaró sobre las manifestaciones que de manera directa percibió), infiere otra amplia gama de opciones conclusivas:

...[u]na que no es una reacción atribuible a un inocente, porque de serlo entratándose (sic) de su hija sin duda hubiere buscado la forma de encontrar al responsable de esos actos y no tratar de evitar que el presunto abuso sexual del que había sido objeto su hija fuere investigado por las autoridades competentes; otra que propendiera porque un sicólogo o psiquiatra indicara que él no era un depravado sexual; otra que no quería que su hija fuese afectada con investigaciones, como si lo hizo cuando

se realizaba la declaración de la menor en la cámara gessel (sic), que luego del interrogatorio de la fiscalía, por disposición del padre, este no quiso que se hiciera contrainterrogatorio, descartando este mecanismo de controvertir la prueba a su favor.

Decantándose al parecer por esta última explicación a la reacción del procesado, el juzgador colegiado termina desviando el centro de atención que concitaba la declaración de la testigo, sumando razones a su aserción de asentar la duda probatoria en relación con la responsabilidad del procesado.

Indebida deducción, advierte la Sala, pues ninguna regla de la experiencia puede avalar que su resistencia a que los hechos fueran conocidos por la Fiscalía, se originara en el interés de que su hija no «fuese afectada con investigaciones», lo que tampoco puede corroborarse por el hecho de renunciar al contrainterrogatorio de la niña dentro de la audiencia de juicio oral y público, como se consigna en la sentencia.

Por supuesto, tampoco podría inferirse su responsabilidad penal de tal reacción, pero en definitiva no es una cuestión que acredite una duda probatoria, como en últimas deriva el juzgador, por lo que no puede servir de soporte para afianzar la presunción de inocencia del procesado, como erradamente lo viene deduciendo.

1. Falso juicio de identidad por cercenamiento del testimonio de Gabriel Téllez Jaramillo

El vicio denunciado por el demandante tiene que ver con el testimonio del médico Gabriel Téllez Jaramillo, bajo el reproche consistente en que el sentenciador de segunda instancia suprimió apartes de su declaración, para con base en ello adoptar una

conclusión equivocada.

Al respecto, importa transcribir la deducción que llevó a cabo el Tribunal:

Otra situación que se ha entendido como indicante de la participación del procesado en los presuntos vejámenes sexuales cometidos en la menor IOA, es lo narrado por el testigo perito GABRIEL TÉLLEZ JARAMILLO, Médico Pediatra tratante de la menor víctima, quien fue el primer profesional de la Salud (sic) que valoró a la menor ante el conocimiento de los hechos y dio a conocer a la madre de la menor que efectivamente ésta presentaba himen con área cicatrizal a las 5 de las manecillas del reloj, pues este profesional además de rendir testimonio como médico, indicó como testigo directo que el procesado DAOG y su padre acudieron a su consultorio en principio mencionó que solicitaron explicación de lo ocurrido con la menor, si había otras causas para que ocurriera el desgarró y luego habla de insinuación sin que explicara en concreto esta, solo mencionó que hiciera modificación en lo escrito en la historia clínica sin indicar que parte de esta y sin ahondar al respecto.

Dentro de la sentencia refutada es presentado este argumento como razón de más para desdecir de la tesis de la responsabilidad penal del acusado, diluyendo la precisa afirmación del deponente en una supuesta inconcreción de sus afirmaciones.

La Sala comprende que es válido el reparo formulado por el casacionista, cuando advierte que del testimonio del médico Gabriel Téllez Jaramillo, no se deja resquicio para la duda al hacer referencia al motivo de la visita que recibió del acusado y de su padre.

Su manifiesta intención estribó en que el galeno modificara la historia clínica en lo que tenía que ver con las posibles causas de la ruptura himeneal de la niña I.O.A. De allí que resulta sesgada la conclusión del Tribunal, fruto ello del desconocimiento de aquellos fragmentos de la declaración del testigo, donde precisó:

... [e]l señor vino a mi consultorio, él estaba nervioso, estaba preocupado, el abuelo también, yo realmente les di una explicación, porque ellos querían saber qué había pasado con mi historia clínica, entonces primero le puse de presente que mi historia clínica no podía tener ningún cambio por mi ética profesional, por el beneficio del paciente y del médico. Como segundo punto, ellos me trataron de pedir otras causas de ruptura himeneal».

Concluyendo, más adelante, que: «Ellos sugirieron tratar de hacer una modificación a lo escrito en mi historia clínica».

Aspectos que, sin duda, el Tribunal dejó de contemplar, quedando en evidencia que hubo una expresa solicitud al pediatra para que modificara el contenido de la historia clínica de la niña y, con ello, atemperara su teoría consistente en que la causa más probable que podría explicar la ruptura del himen era la manipulación del área genital.

Es posible, como lo dejó planteado el defensor del acusado en su intervención en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que aquella solicitud del acusado y de su padre tuviera como especial interés que el médico adicionara o ampliara su opinión en la historia clínica, en el sentido que la ruptura himeneal pudo originarse en causas distintas a la manipulación sexual. No obstante, si así fuera, tendría que concluirse que había allí un marcado propósito de diluir la carga incriminatoria que podía gravitar sobre el acusado bajo la percepción del abuso sexual de que fue víctima la infante.

Ciertamente, lo relevante es que cercenando estos aspectos en la valoración del testimonio del médico Téllez Jaramillo, el fallador diezma el valor incriminatorio que surge de este puntual incidente, trocándolo por un persistente estado de duda en torno a la responsabilidad del acusado al querer significar, más allá de lo que la realidad señala, que no hubo claridad sobre los propósitos que envolvía el requerimiento del acusado, lo que se produce como efecto de no asumir la valoración del contenido integral de la

declaración del facultativo.

Este aspecto cobró significación en la decisión del A quo, revocada por el Tribunal, en tanto se pudo establecer desde un comienzo, del contexto del testimonio del médico pediatra, la improbabilidad de que la ruptura de su himen tuviese causas diferentes a la manipulación ajena, por lo que es comprensible que lo haya explicitado de esta manera en la historia clínica de la infante.

Valga decir, el médico Téllez Jaramillo aclaró al acusado y a su padre que ciertamente podían existir otras causas de ruptura himeneal distintas a la manipulación en los genitales de la niña, como sería el caso de los traumatismos a horcajadas o la penetración del pene, pero en ambos eventos se habrían presentado lesiones de bastante intensidad, constitutivas de un agudo dolor y profuso sangrado en la primera situación, hasta la ruptura total del himen y rasgadura de la horquilla, en la segunda, patologías incapacitantes las dos, lo que, según estableció, haciéndoselo saber a ellos y puntualizándolo en su intervención en el juicio oral, no se correspondía con los hallazgos resultantes del examen clínico de la menor.

Por lo anotado, entonces, la Corte advierte que respecto del testimonio del médico Gabriel Téllez Jaramillo, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad alusivo a cercenamiento de la prueba.

1. Falso raciocinio frente al testimonio de la perito psicóloga Constanza Jiménez Rendón

Se hace consistir la censura en el quebrantamiento por parte del Tribunal de los postulados de la sana crítica, apelando a una máxima de la experiencia insostenible dentro de la construcción de un indicio, abordando como hecho indicador el contenido

del testimonio de la psicóloga de Medicina Legal, Constanza Jiménez Rendón.

Concretamente, refiere el demandante que el Ad quem otorgó poder persuasivo, en camino de librar de responsabilidad penal al acusado, a un indicio cuya inferencia lógica no se corresponde con la regla de la experiencia que se postula como soporte del silogismo.

Regla construida por el Tribunal bajo el siguiente tenor: si la menor no prestaba temor o rechazo hacia su padre, es señal indicativa de que no fue él quien ejecutó en su contra los hechos constitutivos de acceso carnal abusivo.

En realidad, tratándose de valoraciones del comportamiento, surge evidente que ese tipo de consecuencias no pueden entenderse ni apreciarse desde la experiencia empírica, sino desde los análisis de los expertos en las disciplinas del estudio de la conducta humana, siendo carga del juzgador la formulación de la proposición que ha sido confirmada como regla constante e invariable, nacida en nexo de causalidad de las cualidades y condiciones del objeto de estudio.

Las expertas en esa área planteada por el Ad quem serían las psicólogas, conocedoras del comportamiento de las personas, de lo cual deriva que en el supuesto demandado como componente de la sana crítica podría acuñarse aquella regla del actuar humano habitual, demostrada por la existencia de algún estudio de esa índole que por medio de pruebas de campo y análisis confiables y aceptados por la comunidad, para concluir que en la generalidad de los casos, las infantes víctimas de delitos sexuales reaccionan en los mismos términos.

Lo primero que hay que dejar por sentado, es que la psicóloga Constanza Jiménez Rendón refirió que en la valoración que efectuó a la niña I.O.A., ésta expresó de manera

natural que su padre efectivamente le realizaba tocamientos, con los dedos y con un palito, en las áreas vaginal y anal, lo que ocurrió en varias oportunidades en la residencia paterna.

Además, la profesional refirió que en el relato de la menor no se advertía condicionamiento o coacción, vislumbrándose espontáneo, claro, coherente y verosímil, exento de contradicciones.

Tan importante como lo anterior, de cara al enunciado que termina construyendo el Tribunal, es la revelación de la psicóloga forense Jiménez Rendón, en el sentido de que la niña I.O.A., en correspondencia con el desarrollo personal propio para su edad, no atribuye una connotación negativa a los actos sexuales ni alcanza a discernir sobre el carácter delictivo de los mismos, al punto de comprenderlos como inofensivos.

Sin embargo, en procura de sostener su tesis de un estado de duda sobre el compromiso de responsabilidad del acusado, el Tribunal construye del testimonio de la experta psicóloga la inferencia que así consignó en la sentencia:

... [p]ero si se observa desde otra arista, que la menor no presenta temor o rechazo hacia su padre porque este no fue quien llevó a cabo tales actos, a más porque todo menor cuando ha tenido un sufrimiento, máxime si hubo una ruptura himeneal, esta en el momento que ocurrió debe haberle producido a la menor dolor, en consecuencia su actitud frente al causante así sea de mínima edad era ó (sic) es presentar repulsión hacia el responsable.

Hipótesis sobre el comportamiento humano que se presenta ausente de cualquier respaldo fundado en una prueba técnica que se base en experimentos u observaciones anteriores relativos a esa clase de reacción de los individuos que presenten

condiciones semejantes, en edad y desarrollo, a la niña, con lo que pudiera afirmarse dentro de la dimensión de lo razonable la existencia de una regla que justifique que ante la presencia de la premisa invocada por el juzgador (no presentar repulsión hacia el responsable), se enlace la probable consecuencia de la inocencia del acusado.

La imperfección de una aserción de tal especie se hace notable cuando se desconoce en su formulación las precisas opiniones de la testigo profesional que da cuenta de la verosimilitud en la dicción de la niña, lo que hace inconsistente la construcción de una máxima en los términos presentados por el Tribunal.

No se entiende cómo se perfila tal arista para demeritar la fuerza suasoria que entrega la versión de la niña, referida a las maniobras impúdicas ejecutadas por su progenitor, ofrecida de manera reiterada ante los médicos y psicólogos que la atendieron y expresada en su intervención en el curso del juicio oral y público, bajo el argumento sofístico de que la no presentación de repudio hacia su padre significaba que la niña faltó a la verdad o que había sido objeto de una alienación parental.

Queda en descubierto el pobre raciocinio del Ad quem, cuando en su construcción silogística, desconoce las variables que se hace menester considerar en este caso en particular, referidas a la revelaciones técnicas de la psicóloga forense Jiménez Rendón, en el sentido de que aparte de la consistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones en el relato de la menor, las condiciones personales relativas a su desarrollo psicológico para el momento de los hechos, acorde con su edad cronológica, logran explicar con suficiencia la ausencia de repudio hacia su abusador.

Opinión pericial que en nada riñe con el contenido de los informes de Beatriz Eugenia González y Paola Andrea López Zorrilla, fonoaudióloga y educadora del centro preescolar al que asistía en aquella época, quienes dieron cuenta de su adecuado

proceso de formación, sin que se reportara anomalía alguna en su comportamiento.

No obstante, de tales informes y de los testimonios de los médicos Marco Tulio Velásquez Vega y Jorge Mejía López, ginecólogo y pediatra, respectivamente, ofrecidos por la defensa, quienes refieren que los niños abusados suelen presentar conductas de retroceso y rechazo hacia los agresores, recaba el Tribunal en su equivocado razonamiento de inferir la ausencia de compromiso del acusado del hecho de no ser rechazado por su hija y de que ésta no presenta atraso en su proceso educativo, desconociendo de esta manera las precisas conclusiones de la profesional psicóloga.

En verdad, se hace frágil el raciocinio del juzgador colegiado cuando, a la experticia de la psicóloga forense Constanza Jiménez Rendón, verdadera especialista en la disciplina del comportamiento humano, antepone los testimonios de los médicos pediatra Mejía López y ginecólogo Velásquez Vega, quien, este último, a pesar de admitir que jamás ha hecho una valoración a personas abusadas sexualmente y que su especialidad se circunscribe a la parte anatómica de los órganos genitales de la mujer, sin fundamentación alguna se atreve a brindar opiniones sobre la actitud de rechazo de los menores a sus ofensores sexuales.

Así las cosas, lo que advierte la Corte con esta forma de valorar la prueba, es que el juez de segunda instancia incurre en un falso raciocinio al contravenir los postulados de la sana crítica, específicamente en la indebida construcción de la máxima de la experiencia referida al actuar humano habitual, sobre la que formuló de manera impropia un indicio, para concluir en la no intervención del acusado en los hechos por los cuales fue condenado por el A quo. En consecuencia, el cargo de falso raciocinio está llamado a prosperar.

Ahora bien, más allá de los contornos del error acertadamente denunciado, la

Corte encuentra necesario resaltar que, para reforzar su tesis argumentativa, el Ad quem, aparte de lo expresado por la perito forense Jiménez Rendón, acude a la invocación del testimonio de la psicóloga psicoanalista Luz Patricia del Socorro Alegría, quien brindó terapia a la niña, manifestando en el juicio que en el curso de su tratamiento, ésta le expresó que su padre «le metía los dedos en la cucú y en la colita».

Sin embargo, contrariando el adecuado discernimiento al que obligaban las declaraciones de las profesionales versadas en la disciplina de la psicología, la una perito forense y la otra tratante, en relación con la versión que de manera uniforme les entregara la menor, el Tribunal termina concluyendo lo siguiente:

... [p]ara la Sala las incriminaciones realizadas por la menor en el testimonio rendido en cámara gesell (sic) y lo expuesto ante las dos profesionales de la psicología que rindieron testimonio en el juicio oral, generan duda en principio por haber encontrado la versión de la menor diferente por que (sic) en esta no habló de penetración sino de solo tocamientos, además se observó no natural ni espontánea, cuando además se itera porque (sic) se habla de imputarle acceso si la menor solo mencionó tocamientos de parte del progenitor, estas circunstancias conllevan a estimarlos poco creíbles.

De hecho es importante subrayar que no solamente la niña I.O.A., confió a las expertas en psicología los vejámenes que su padre le practicaba, consistentes en actos de manipulación y penetración dactilar en sus zonas vaginal y anal, pues igual señalamiento hizo a su madre, AMAO a su prima, PAO; a su abuelo, JAAR; al médico pediatra, Gabriel Téllez Jaramillo; y, al médico legista, Luis Carlos Pérez Gutiérrez.

De allí que para la Sala resultan ajenas a cualquier comprensión racional, las razones expuestas por el Tribunal para dudar de la veracidad de las aserciones de la niña, lo que fundamenta además en que, en su entender, durante el juicio no lució espontánea y natural y que aludió a tocamientos por parte de su padre y no a penetración, como hasta ese

momento lo vino sosteniendo.

Soslaya el juzgador que quien acudió a rendir testimonio, a través de la cámara de Gesell, era una niña de 6 años de edad, rememorando hechos ocurridos cuando contaba con 3 años, por lo que resultaba imposible una mayor precisión y naturalidad en su relato, cuando el mismo tuvo que llevarse a cabo de manera protocolaria dentro de las técnicas propias de la representación a efectos de la recuperación de la memoria a través de la profesional en psicología.

También ignora que en razón de su minoría de edad y la naturaleza del delito investigado, este es uno de esos casos en que de manera excepcional debe modularse la forma de prestar su declaración, al punto de ser legítimo en aras de la protección de los valores superiores del niño, otorgar prelación al principio pro infans, armonizándolo con los principios de concentración y de inmediación de la prueba, esenciales en el sistema penal acusatorio, en tanto son de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia, las manifestaciones de la víctima ante las sicólogas y el médico forense, como componentes esenciales de las mismas experticias¹.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

A este respecto, basta recordar que para la Sala² ciertamente dichas pruebas ostentan plena autonomía y son objetos de valoración en la sentencia en correspondencia con las demás practicadas en el juicio, toda vez que comprenden todo cuanto los testigos escucharon directamente exponer a la menor ofendida sobre los hechos, haciendo desde la perspectiva de su especialidad conceptos de rigor, que son incorporados dentro del ámbito propio del juicio, junto con sus declaraciones y en estricto apego a los principios de publicidad, inmediación y contradicción³.

En tal medida, se precisa dar valor demostrativo, por vía de integración probatoria, al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral, siempre que

se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado; con mayor razón cuando esas declaraciones de la niña, como en este caso, se han comprendido dentro del dictamen pericial rendido en el juicio oral por la psicóloga forense Constanza Jiménez Rendón, a cuya confrontación pudo aplicarse la defensa del procesado.

Si a ello se agrega que la forense, como se ha resaltado, halló en la menor un relato espontáneo, coherente y verosímil, apenas resulta lógico asumir como ciertas sus aseveraciones, sin que se perciba el estado de incertidumbre que columbra el fallador del hecho de que en el juicio, al declarar en la cámara de Gesell, no se haya referido a la penetración vaginal sino a actos de tocamiento por parte de su ascendiente.

Tal manera de razonar se hace artificiosa, pues apenas resulta ser una obviedad que si la niña relata procedimientos de manipulación en su vagina y, sumado a ello, se sabe que presenta una ruptura en su himen, cuya causa más probable, como nadie tiene en discutir, corresponde a la conducta abusiva, su origen no puede ser otro que el declarado por la menor ante los facultativos que tuvieron la ocasión de examinarla, sin que en el razonamiento tengan cabida sutilezas semánticas como las que suscribe el Tribunal.

Sobre este aspecto, importa destacar que se ofreció dentro del juicio suficiente información proveniente no solamente del médico pediatra Gabriel Téllez Jaramillo, cuya idoneidad, de manera infundada, pone en tela de juicio la defensa, quien de manera particular atendía a la niña y que en primer lugar detectó la irregular condición en su anatomía, sino también del médico legista Luis Carlos Pérez Gutiérrez, presentado como perito por la fiscalía en el juicio oral, quien confirmó el desgarro himeneal evidenciado por la cicatriz antigua en la membrana a las 5 de las manecillas del reloj.

Tan importante como el hallazgo clínico relacionado con el desgarro en el himen de la niña I.O.A. -sobre cuya existencia hubo consenso, no solamente de parte de los testigos

ofrecidos por la Fiscalía, sino también por los propios presentados por la defensa (Marco Julio Vega y Jorge Mejía López)-, resulta ser la (...)ficación pericial de sus posibles causas, sabiéndose que además de la eventualidad de ser producto de maniobras dactilares contextualizadas en el abuso sexual, podría ser ocasionado de manera accidental por traumatismos a horcajadas o por penetración de órgano viril y hasta por la misma manipulación exploratoria de la menor.

Sin embargo, al igual que el pediatra, como ya se dijo, el forense dejó sentado con toda claridad que los traumatismos a horcajadas y el acceso vía vaginal del órgano sexual masculino, habrían tenido consecuencias inocultables, en tanto, en todos los casos generan emergencias médicas de urgente atención e incapacidad física a la niña. Mientras que resulta improbable la automanipulación vaginal, ya que, difícilmente produciría la fisura del himen, pues es una zona anatómica de tanta sensibilidad que obligaría a la menor a su interrupción.

Con ello se significa que el desgarró himeneal no pudo haber sido provocado por factores distintos a la introducción de los dedos de manera abusiva por entre la vagina de la menor. Fue esta la racional y acertada conclusión del A quo, pero además así parecía comprenderlo de forma precisa el Tribunal en su decisión de segunda instancia cuando sostuvo:

En este orden de ideas para la Sala esta (sic) plenamente demostrada la existencia del desgarró de la parte himeneal de la menor a las 5 de las manecillas del reloj, ahora el interrogante que se debe aclarar es si ese desgarró es consecuencia de vejámenes sexuales para la configuración del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Desde el marco de la lógica si encontramos un desgarró, como el que aquí se ha determinado y no hay prueba de evento fuerte -caída u otro similar- que fuese la causa del desgarró, al descartarse estas y las manipulaciones de la menor, aparece

la posibilidad que las haya producido un tercero y que respecto de la conducta de este sea predicable la existencia de maniobras sexuales que han producido el desgarró; y luego preguntarnos quien (sic) es el responsable de esa conducta? (sic)

Así entonces, con las advertencias expuestas entendida la existencia de presuntas maniobras sexuales ingresa la Sala al análisis del resto de la prueba testimonial en aras de determinar si existe caudal probatorio suficiente para endilgar responsabilidad penal en el procesado DAOG (sic), como posible tercero que hubiere causado tales maniobras.

De manera que, afirmando la existencia del comportamiento sexual abusivo en contra de la niña I.O.A., resulta incomprensible que el Ad quem concluya, alejándose de su propia lógica argumentativa e incurriendo en violación al principio lógico de identidad, que no encuentra «elementos materiales probatorios» (sic) suficientes para afirmar la existencia de la conducta punible, entendiendo que no hubo evidencia que el desgarró himeneal haya sido producto de un vejamen sexual: «dejando claro que la colegiatura no afirma que no hubieren existido o que el aquí procesado no los hubiere realizado, sino que del cúmulo probatorio legalmente allegado no se posible, se itera, concluir de manera diáfana la existencia del hecho».

Al margen de lo anterior, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones en relación con la prueba científica alusiva a los hallazgos médicos en el área vaginal de la niña I.O.A., la cual, no obstante que no es materia del recurso de casación, ha sido controvertida por la defensa del acusado en el curso del juicio oral y en el contexto del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que se estima conveniente su estimación por comprometer el juicio de responsabilidad del acusado.

Al respecto, debe recordarse que fue el médico pediatra tratante Gabriel Téllez Jaramillo, durante la exploración llevada a cabo al examinar a la niña el 11 de

diciembre de 2006, quien inicialmente detectó la existencia de una lesión himeneal que ubicó en área cicatrizal de origen traumático a las 5 de las manecillas del reloj. Diagnóstico que fue corroborado por el médico forense Hernán Campo Gaona, adscrito al Instituto de Medicina Legal, quien llevó a cabo reconocimiento sexológico el 12 de diciembre de ese año.

Posteriormente, el 25 de enero de 2007, el médico tratante Téllez Jaramillo, examina de nuevo a la menor, encontrando además de la pared cicatrizal inicialmente advertida a la altura de las 5 del reloj, otra cicatriz a las 8, lo que explica como posible adosamiento de la lesión inicial en el proceso de cicatrización. Opinión que en buena medida comparte el perito de Medicina Legal, Luis Carlos Pérez Gutiérrez, quien reemplazó en el juicio oral a su homólogo Campos Gaona, en razón de la obligada ausencia de éste.

El legista Pérez Gutiérrez, teniendo a la vista las fotografías incorporadas como prueba dentro del juicio oral, coincide en que claramente la alteración del himen a las 5 corresponde a un desgarro. En relación con la irregularidad percibida a las 8 del reloj, refiere que en su parecer se trata de una escotadura, pues difiere en sus características del evidente desgarro apreciado a las 5; sin embargo, aclara que su conclusión en este sentido carece de la certeza que le ofrecería la observación directa sobre el área en cuestión.

La defensa del procesado, encontró alrededor de este tema inconsistencias fundamentales que lo llevaron a calificar como falacia científica la opinión técnica del médico pediatra y la conclusión forense del perito Pérez Gutiérrez, adosando a éste compromiso institucional con la teoría de la Fiscalía y solidaridad conceptual con el médico pediatra.

De tal modo que, con apoyo en el testimonio técnico del médico Marco Julio Velásquez Vega, ginecólogo experto en reproducción humana, inserta como materia de

incertidumbre dos cuestionamientos: en primer lugar, si el hallazgo en el himen a la altura de las 5 de las manecillas del reloj, corresponde a un desgarramiento, más bien, a una escotadura congénita; en segundo lugar, si el hallazgo a las 8, se corresponde con una segunda escotadura genética o con otro desgarramiento producto de manipulación abusiva.

Sobre lo cual adelanta dos conclusiones valorativas alternativas que, según su comprensión, erigen duda razonable en favor del procesado: la primera, si para los días 11 y 12 de diciembre de 2006, cuando la niña es examinada y reconocida por el pediatra Téllez Jaramillo y por el legista Campos Gaona, respectivamente, presentaba su himen las depresiones naturales en el meridiano de las 8 y éstos no las advirtieron, repunta su falta de idoneidad científica; la segunda, si tales escotaduras naturales no existían y se trataba lo hallado el 25 de enero de 2007, en el meridiano 8, de un nuevo desgarramiento, el mismo no pudo ser producido por la acción del acusado, pues en ese lapso no tuvo contacto físico con su hija.

Pues bien, la controversia fue resuelta por el Tribunal al desatar el recurso de apelación, afirmando que no existen las dudas que advierte la defensa del acusado, pues entendió que ninguno de los testigos cuestionó que lo visible a las 8 de las manecillas del reloj no corresponde a un desgarramiento himeneal, en tanto la fisura detectada a las 5 indudablemente lo es, soportándose para tal efecto en la credibilidad que le mereció la prueba pericial brindada por el legista Luis Carlos Pérez Gutiérrez.

Tal conclusión del Ad quem se presenta acertada y se corresponde con una adecuada percepción, desde la crítica probatoria, de la información técnica presentada en el juicio por el testigo experto Gabriel Téllez Jaramillo, médico tratante de la niña, y por el perito Luis Carlos Pérez Gutiérrez, adscrito al Instituto de Medicina Legal, opiniones que resistieron la confrontación presentada por la defensa con fundamento en la pericia del médico Marco Julio Velásquez Vega.

Debe aclararse que es una imprecisión el señalamiento de compromiso institucional con la teoría del acusador, el que se hace sobre el experto forense presentado en el juicio oral, pues si bien por su naturaleza jurídica el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es un establecimiento público de orden nacional, perteneciente a la Rama Judicial y adscrito a la Fiscalía General de la Nación (artículo 33 de la Ley 938 de 2004), sus peritos no se encuentran comprometidos con las teorías que en el curso del proceso penal pueda presentar la Fiscalía, más allá, obviamente, del interés del delegado de esta entidad por obtener de las pruebas que presenta el convencimiento judicial de sus pretensiones punitivas, lo que por su naturaleza se inscribe dentro del esquema de partes propio del sistema penal de tendencia acusatoria.

El real compromiso de los peritos, adscritos o no a instituciones del Estado, es el de cumplir su rol consistente en llevar a cabo valoraciones que requieran de sus especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, tal como lo prevé el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, encontrándose sometidos, para el cometido de su misión, a la obligación de transmitir de manera imparcial, la verdad sobre el conocimiento obtenido, de manera directa y personal, de lo que es materia de experticia conforme el dictado de las habilidades propias de su formación profesional o técnica (artículos 383, 389 y 402 ibídem).

No existió, de parte de la defensa, objeción alguna dirigida a desdecir de la honestidad del médico legista a la hora de abordar su valoración de lo que fue objeto de experticia, más allá del cuestionamiento sobre su idoneidad y la atribución de falacias científicas sobre sus apreciaciones, aspecto éste ofrecido ausente de fundamento.

Sobre ello, importa precisar que en materia del conocimiento científico, la prueba pericial plantea serias dificultades a la hora de suministrar al derecho el respaldo epistémico suficiente para la determinación judicial de los hechos.

Es un estándar de la filosofía popperiana de la investigación científica, la idea de que la ciencia nunca prueba nada de manera concluyente, simplemente somete a métodos experimentales las hipótesis teóricas, hasta encontrar alguna lo suficientemente respaldada para soportar los intentos de falsación. Método científico que resulta hostil a la pretensión judicial de encontrar respuestas claras, inequívocas y razonablemente verdaderas, que aseguren la irrevocabilidad de las decisiones judiciales.

Sin embargo, aceptando las limitaciones epistémicas de la ciencia, concretamente de la médica en este caso, en el sentido de que sus dictámenes no son concluyentes, se hace necesario acudir a sucedáneos de fiabilidad probatoria que permitan la fundamentación racional de las decisiones judiciales a partir de la aprehensión del conocimiento científico transmitido en el juicio.

En este sentido, ha entendido la Corte que «[l]a Ley 906 de 2004 consagró un modelo objetivo de conocimiento basado en la crítica racional de teorías»⁴, derivado de la fórmula prevista relativa a la necesidad del «convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda», con lo que se precisa que el fundamento para la condena no estriba en la aprehensión de la verdad material, sino en su mayor y objetiva aproximación.

Acorde con ello, el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, consigna aquellos factores que soportan verdaderos sucedáneos de credibilidad, tratándose de la prueba pericial: «[l]a idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, 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 sus respuestas».

Con fundamento en ello, tanto el juzgador individual como el colegiado, dieron credibilidad

al perito Hernán Campo Gaona y a su homólogo Luis Carlos Pérez Gutiérrez, quien por su obligada ausencia lo relevó en el juicio.

La fundamentación para aceptar sus conclusiones no contiene las deficiencias que en su momento la defensa le atribuyó, pues ciertamente la claridad de los peritos para señalar la existencia de un desgarró en la superficie del himen, ubicado a las 5 del cuadrante del reloj, no da margen a la especulación en torno a la posibilidad de que se tratara no de un desgarró sino de una escotadura congénita o natural.

Por lo mismo, la existencia de la irregularidad en la superficie del himen a la altura de las 8 del reloj, fue apreciada por el perito presentado en el juicio como una escotadura congénita, argumentando su conclusión a partir de las mismas diferencias existentes con la fisura de las 5. Asunto que efectivamente no fue advertido por el pediatra tratante Téllez Jaramillo, presentado como testigo experto, que no como perito; tampoco por quien efectuó el reconocimiento médico legal, lo que sin embargo no contradice la opinión pericial presentada en el juicio oral.

Por la misma sustentación científica es que de manera razonable puede inferirse la alta probabilidad en la validez de la hipótesis de los peritos, en relación con el agente causante del trauma, esto es, que posiblemente fue generado por efecto de una manipulación abusiva, en detrimento de las demás hipótesis que darían cuenta de una lesión a horcajadas o fruto de la autoestimulación.

Además de la racionalidad en sus explicaciones científicas, la fiabilidad que ofrece la opinión del médico legista Pérez Gutiérrez, deriva de su misma especialidad científica y de su experiencia en la valoración clínica relacionada con reconocimientos sexológicos, estimando entre 800 y 900 dictámenes de esta especie, 70% llevados a cabo en menores de edad. Frente a lo cual, la defensa opuso la opinión pericial del médico Marco Julio Velásquez Vega, quien no obstante su especialidad en ginecología, reconoció que

jamás llevó a cabo una valoración por abuso sexual.

En todo caso puede afirmarse que la prueba científica nunca es suficiente para determinar la existencia de un hecho o la responsabilidad del procesado. Es preciso ser evaluada contextualmente, con el resto de las pruebas. Sin ser perito de peritos, corresponde al juez proveer una solución normativa, eligiendo lo que hay que creer sobre las hipótesis planteadas por los expertos, en consideración con la información que emana del resto de las pruebas.

En dicho escenario resultaba completamente racional la determinación del A quo, cuando a los datos proporcionados por la prueba pericial, los que no son refutados por el colegiado, incorporó la información proveniente de la niña, de su madre y de las especialistas en psicología, para concluir no solamente en la presencia de acceso sexual abusivo, sino también en el conocimiento más allá de toda duda razonable de la responsabilidad del acusado.

1. Trascendencia de los yerros

Los errores de hecho, por falso juicio de identidad y falso raciocinio, referenciados en líneas precedentes, evidencian el vicio en la fundamentación del fallo, de tanta trascendencia que condujo a revocar la sentencia condenatoria de primer grado, para en su lugar absolver al procesado.

Si se eliminan esos vicios valorativos, es claro que permanece incólume la decisión del A quo, como quiera que las pruebas recaudadas conducen a determinar, dos aserciones desconocidas por el Tribunal: la primera, que la niña I.O.A. fue objeto de un acceso abusivo en su cavidad vaginal y, la segunda, que el autor de tales maniobras lo fue su padre DAOG.

Apenas a título de resumen de los elementos probatorios que delimitan la responsabilidad del acusado llamado a juicio en este proceso, la Sala estima necesario destacar que la existencia de la conducta punible consistente en el acceso carnal del que se hizo víctima a la niña I.O.A. es un asunto que difícilmente puede ser soslayado, por mucho que se razone en el sentido de que el hecho científicamente demostrado del rompimiento de su himen pueda ser atribuido a disímiles causas.

El prudente comportamiento observado por la madre ante el conocimiento de los hechos, transmitido por su hija, en nada revierte la fiabilidad probatoria que emerge de las declaraciones periciales presentadas en el juicio y que postulan el desgarramiento himeneal de la niña y su causa muy probable de abuso sexual.

Igualmente, ninguna « regla de la lógica, la experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano », como sostiene el Tribunal, avala su persistente idea de una duda razonable en relación con la responsabilidad penal del acusado DAOG, cuando sobre él, como artífice de la conducta, hubo un señalamiento directo de su propia hija, cuyo relato se comprobó verosímil y ajeno a cualquier influencia malintencionada que pueda generar alguna mácula para su credibilidad.

En suma, argumentos tan deleznales como los ofrecidos por el Tribunal, son producto, según lo advierte la Sala, de los múltiples errores en la contrastación y valoración de la prueba, con tal trascendencia que, suprimidos los mismos, deviene necesario casar el fallo demandado.

En consecuencia, lo anotado es suficiente para que se revoque el fallo de segundo grado atacado en casación y en su lugar se otorgue plena vigencia a la condena impartida por el A quo.

Por último, se hace necesario precisar que si bien el recurso extraordinario de casación no constituye una oportunidad para rebatir el criterio del juzgador como si se tratara de

una instancia adicional, sí comporta un control de legalidad y constitucionalidad concreto frente al fallo recurrido, que propende por la eficacia de los fines previstos en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, como lo son, la guarda de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios, la unificación de la jurisprudencia y la realización del derecho material.

En ese orden, la Corte se ve impelida a un pronunciamiento de fondo sobre un aspecto de la sentencia de primera instancia que cobrará vigencia, que entraña un quebrantamiento al principio de legalidad, garantía fundamental que constituye límite al poder sancionatorio del Estado.

Llegado el momento de la individualización de la pena, el A quo determinó la sanción correspondiente al delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, previsto en el artículo 208 del Código Penal, sancionado con pena de 64 a 144 meses de prisión, en consideración al aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Dedujo, además, la circunstancia de agravación punitiva del numeral 4 del artículo 211 ibídem, por haberse realizado la conducta sobre persona menor de 14 años, por lo que fijó los extremos punitivos entre 85 meses más 10 días y 216 meses de prisión.

Sin embargo, es claro que se incurrió en un error en la sentencia al mantener la doble imputación de la conducta, en virtud de la asunción de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho, desconociendo que mediante sentencia C-521 del 4 de agosto de 2009, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la causal contenida en el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal.

En efecto, en aplicación del principio de conservación del derecho, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal, en el entendido de

que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto, bajo la comprensión que la norma infringiría el principio non bis in ídem, al establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena de los dos tipos básicos, la misma circunstancia de hecho: que la víctima sea una persona menor de 14 años.

Al momento del fallo de primera instancia, fechado el día 18 de diciembre de 2012, en virtud de su función de adelantar el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional ya había fijado su interpretación en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes en relación con la aludida circunstancia de agravación punitiva, por lo que en virtud del principio de favorabilidad debía ser asumida como componente de la estructura típica en la (...)ficación jurídica de la conducta reprochada al procesado.

De tal manera que la deducción de la circunstancia de agravación punitiva, tal y como lo hizo el juez A quo, resultó por un todo contraria a la Constitución y determinó una flagrante afectación al principio de legalidad del delito y, con ello, de la pena, lo que afrentó el debido proceso del acusado (artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 6º de la ley 599 de 2000).

Así las cosas, para ajustar la sentencia a su estricto ámbito de legalidad, procederá la Corte a retirar de la (...)ficación jurídica la agravante prevista en el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, deducida en la sentencia por el fallador. De esta manera, se determina que para el momento de ocurrencia de los hechos, la pena prevista para el delito por el que se declaró responsable al acusado, Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, es de 64 a 144 meses de prisión, de donde se obtienen los siguientes cuartos de movilidad: primer cuarto, de 64 a 84 meses de prisión; cuartos medios de 84 meses más 1 día a 124 meses; y, último cuarto, de 124 meses más 1 días a 144 meses de prisión.

Siguiendo los derroteros fijados en la sentencia, la Sala se ubicará en el primer cuarto, aplicando la pena mínima, esto es, 64 meses de prisión. Por el mismo lapso, se impone la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...) el 11 de septiembre de 2013, en razón de la prosperidad de los cargos formulados en la demanda presentada por el abogado representante de la víctima.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria de primera instancia dictada por el Juzgado 5º Penal del Circuito de (...), en contra de DAOG modificando la pena principal que se fija en sesenta y cuatro (64) meses de prisión, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que se fija en el mismo lapso, como autor del delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

TERCERO: Expídase orden de captura en contra del condenado en mención.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr., entre otras, CSJ SP, 17 Sep. 2008, rad. 29609; CSJ AP, 10 Mar. 2010, rad. 32868; CSJ SP, 18 May. 2011, rad. 33651; CSJ AP, 10 Oct. 2012, Rad. 39511; en el mismo sentido, sentencia de la Corte Constitucional C-177 de 2014.

2 Decisiones 24468/06; 25738/06; 26411/07; 34258/10 y 34235/11, entre otras

3 CSJ AP. 27 Jun. 2012, Rad. 35791

4 CSJ SP, 26 Oct. 2011, Rad. 36357