

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

AP5204-2019

Radicación N° 54814.

Acta 322

Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de Orlando Echavarría Rojas, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de septiembre de 2018, mediante el cual confirmó, con modificaciones, la sentencia condenatoria emitida el 19 de abril de 2017, por el Juzgado 41 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, que lo condenó a 155 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, luego de hallarlo autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo sucesivo.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En la ciudad de Bogotá, entre los meses de enero y agosto de 2015, en la habitación que compartían los esposos Gloria Esperanza Calderón Acuña y Orlando Echavarría Rojas, este último aprovechaba los momentos en que su esposa y Rosita Calderón Acuña –abuela de la víctima- se hallaban distraídas, para, en aquel lugar, bajarle los pantalones al niño D.M.R.C., quien en esa época contaba con 6 años de edad, untarle crema en sus genitales y luego sacar su pene y colocarlo en medio de las nalgas del menor. Hechos que ocurrieron en varias oportunidades.

Orlando Echavarría Rojas era una persona en quien el menor confiaba, pues, lo conocía como tío Orlando, toda vez que era el esposo de la tía materna de su madre.

2. Procesales

Previo solicitud¹ de la Fiscal 219 Seccional de Bogotá, el 9 de diciembre de 2015, se celebraron ante el Juzgado 45 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa ciudad, las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, contra Orlando Echavarría Rojas, a quien se le imputó la comisión de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambos agravados y en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de autor (artículos 208, 209, 211 numeral 5º -...aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor...-, y 31 de la Ley 599 de 2000)², cargos que no fueron aceptados por el inculpatado.³

Seguidamente, la fiscalía solicitó⁴ medida de aseguramiento para el imputado, a lo cual accedió el juez con función de control de garantías, quien le impuso detención preventiva en establecimiento de reclusión;⁵ decisión que, impugnada por la defensa⁶, fue confirmada por el Superior mediante providencia del 11 de febrero de 2016⁷

El 4 de febrero de 2016, el Fiscal Delegado presentó escrito de acusación⁸, que correspondió al Juzgado 41 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 15 de abril de 2016, oportunidad en la que la fiscalía acusó a Orlando Echavarría Rojas, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo sucesivo (artículos 209, 211 numeral 2º – El responsable...la impulse en depositar en él la confianza- y 31 de la Ley 599 de 2000)⁹.

La audiencia preparatoria se celebró el 29 de marzo de 2016. El juicio oral inició el 28 de noviembre de esa anualidad y luego de varias sesiones concluyó el 20 de enero de 2017, con el anuncio del sentido del fallo de carácter condenatorio.

La lectura de la sentencia¹⁰ tuvo lugar el 19 de abril de 2017; por intermedio de esta se condenó a Orlando Echavarría Rojas, como autor responsable de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo sucesivo, a 168 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Recurrida la decisión por la defensa¹¹, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de septiembre de 2018¹², confirmó el fallo confutado, pero modificó la pena a imponer, que fijó en 155 meses de prisión y la accesoria por el mismo término. Contra la anterior providencia, el defensor de Orlando Echavarría Rojas interpuso¹³ recurso extraordinario de casación; la demanda¹⁴ fue presentada posteriormente y ahora se analiza en su corrección argumentativa y debida fundamentación.

EL RECURSO

Luego de identificar a los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados y la actuación procesal, el recurrente pasa a formular tres cargos, así:

1. Primer cargo (principal): Nulidad por desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes

Al amparo de la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente asegura que dentro del presente asunto se vulneró el «derecho a conocer adecuadamente los cargos, al principio de coherencia fáctica y la congruencia que debe predicarse de la acusación y la sentencia, todo con grave perjuicio al derecho de defensa del procesado», porque la fiscalía omitió elaborar los hechos jurídicamente relevantes atendiendo los parámetros previstos en la decisión CSJ SP3108-2018, Rad. 44599, lo que condujo a que el implicado no conociera de qué hechos se debía defender, esto es, «sí del dicho de la denunciante, de lo narrado por la Médico Forense o de lo plasmado en un informe por la investigadora sicóloga del CTI».

Dice que en la audiencia de formulación de imputación, la delegada de la fiscalía solo se limitó a leer el contenido de varios elementos probatorios, pero jamás concretó los hechos jurídicamente relevantes imputados a Orlando Echavarría Rojas. De esa lectura lo único que se puede deducir es que el implicado le aplicaba crema en la cola al menor, hecho que por sí solo no se adecuaba al delito por el que fue declarado responsable.

En la audiencia de formulación de acusación, la juez de conocimiento le manifestó al delegado del ente fiscal que los hechos consignados en el escrito de acusación no eran los mismos que le habían sido imputados; ello generó que el fiscal nuevamente realizara un resumen de los elementos de convicción, incluso, dando lectura a algunos de ellos, pero en todo caso, omitiendo concretar los hechos jurídicamente relevantes enrostrados al procesado. Por lo que en esa audiencia tampoco se conoció por cuáles hechos debía defenderse en el juicio. Translitera apartes de las decisiones CSJ SP, 8 de julio de 2009, Rad.

31280 y CSJ SP606-2018, Rad. 47680.

Asegura el libelista, que la Juez de primera instancia no fue imparcial, pues, no solo le ordenó al fiscal que adecuara los hechos jurídicamente relevantes a los relatados en la imputación, sino que, además, compulsó copias para que se investigara a Orlando Echavarría Rojas por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pese a que esa conducta había sido imputada, pero por la que no se produjo acusación.

Por lo anterior, el censor solicita a la Corte que decrete la nulidad de todo lo actuado, a partir de la audiencia de formulación de imputación.

2. Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio

Con fundamento en la causal tercera de casación, el libelista asegura que el Tribunal incurrió en el yerro referido, «en la apreciación de la prueba testimonial, con violación al Principio de valoración articulado de la prueba, lo que conllevó a la aplicación indebida de los artículos 209 y 211-2 del Código Penal – normas que describen el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado- y la falta de aplicación de los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004 – presunción de inocencia e in dubio pro reo y conocimiento para condenar-».

Seguidamente, en un acápite que titula «DEMOSTRACIÓN», refiere que la condena tuvo como soporte probatorio las diferentes declaraciones del menor D.M.R.C., pese que «se advierten serias discrepancias y que afectan el núcleo fáctico de lo que pudiera haber ocurrido», sumado a que el dicho de la víctima se constituye en la única prueba directa, porque el resto de elementos de convicción obran en calidad de prueba de referencia inadmisibles.

En orden a fundamentar su censura, refiere que el testimonio de la doctora Jacqueline Cangrejo Arias se solicitó con el propósito de «declarar sobre los resultados del examen médico legal sexológico» que practicó al menor, pero no para introducir la versión anterior de la víctima. Además, su dictamen no revela ningún dato sobre la existencia de los hechos ni la forma como presuntamente ocurrieron, pues, la referencia que hizo sobre estos aspectos fue sobre lo que el menor le contó, información que «no hace parte de su conocimiento personal». Por último, refiere que la experta perdió la objetividad, hecho que se refleja con las preguntas que le hizo a D.M.R.C. al momento de hacer su examen.

Sobre el testimonio de Sonia Franco, dice el libelista que no realizó una valoración psicológica al menor, solo recibió una entrevista forense por lo que, «con dicha declaración no se aportó información que se considere conocimiento personal, en punto a acreditar la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado». Además, con su declaración se introdujeron al juicio 7 folios y un cd que «dice contener» la entrevista del menor, sin embargo, la última evidencia no fue publicitada.

En relación a la declaración vertida por la madre del menor, señora Angie Rocío Cruz Calderón, refiere el censor que, (i) no manifestó cuáles eran los «comportamientos extraños» que había notado en su hijo; (ii) no aportó información sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado; y, (iii) el menor D.M.R.C. le narró lo sucedido a la profesora Cecilia Cruz, quien no fue llamada a juicio, cuando ya se había interpuesto la denuncia en contra de Echavarría Rojas.

Manifiesta que la declaración de Nubia Rocío Franco Gómez –Coordinadora del Jardín Infantil Chamaquitos- resulta contradictoria con el dicho de D.M.R.C., porque se refirió al pene, y no al “pirilin”, dijo cola y no “rayita”; dijo que su vida es un “conflicto” palabra poco usual para un niño de la edad de la presunta víctima; negó haber sentido dolor y no relató ningún evento de penetración anal. Dijo la testigo que el menor le contó que le había narrado lo sucedido a “Aleja”, y en la institución no trabaja nadie con ese nombre; nunca

refirió que el implicado se hubiese desvestido y manifestó que jamás lo había visto desnudo; por último, cuenta que la víctima le dijo que le había contado lo sucedido a su madre y a su abuela Rosa, y esta última negó tal hecho.

Para el censor, el examen anterior pone en evidencia que el menor suministró varias versiones, por demás disímiles, sobre el mismo hecho, a diferentes personas, lo que afecta indiscutiblemente su valor probatorio, en tanto que, en su sentir, se violó la siguiente «máxima de la experiencia»: «Siempre o casi siempre que se presenten contradicciones sobre aspectos principales de un testimonio se afecta su veracidad».

Además, las contradicciones se hacen más evidentes al confrontar las varias versiones del menor, con los dichos de Esperanza Calderón – tía-, Jaime Hernán Echavarría Rojas y Rosa Calderón – abuela-. Estos declararon que mientras que el menor se encontraba en su casa, «nunca permaneció a solas con el procesado», y refirieron que el inmueble era muy pequeño. La última agregó que el menor jamás le relató evento de connotación sexual alguna.

Refiere que, si los hechos denunciados realmente hubieren tenido ocurrencia, el menor hubiese sentido un dolor intenso de difícil ocultamiento, o al menos, presentado algún síntoma psicológico que diera cuenta del abuso sexual; seguidamente copia unas tablas, cuya primera columna se titula «indicadores inespecíficos de abuso sexual» y la segunda «Síntomas ano-genitales de sospecha de abuso», para luego indicar que el menor no presenta ninguna de estas señales.

Por lo anterior, solicita a la corte casar la sentencia impugnada y que en su lugar se absuelva a su defendido.

Tercer cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia

Con fundamento en la causal tercera de casación, el libelista afirma que el Tribunal incurrió en el yerro referido «en lo que tiene que ver con el examen médico sexológico, y las supuestas consecuencias del acto criminal que trascendieron a la genitalidad de haber causado dolor, perplejidad y confusión, a pesar de la inexistencia de una valoración psicológica y de un seguimiento terapéutico...».

Así, luego de transcribir in extenso el informe base de opinión pericial entregado por la doctora Jacqueline Cangrejo Arias, refiere que al finalizar el mismo, consignó: «se recomienda atención psicoterapéutica para el menor y su núcleo familiar», aparte que, dice el libelista, el Tribunal omitió valorar, lo que «impedía a los jueces de instancia llegar a las conclusiones que propusieron en los fallos».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la Corte examina la demanda de casación interpuesta por el defensor de Orlando Echavarría Rojas, con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado estatuto, que se refieren, básicamente, a la existencia de interés jurídico, al señalamiento de la causal de casación, al desarrollo de los cargos de sustentación y a la necesidad del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

Primer cargo (principal): nulidad por desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes

La Jurisprudencia de la Sala ha señalado que la nulidad, como causal de casación establecida en el numeral segundo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, no exige en su redacción formas específicas para su proposición y desarrollo. Sin embargo, ello no significa que la demanda se constituya en un alegato de libre confección, pues, al igual que en las otras causales, debe ajustarse a determinados parámetros lógicos, de modo que se

comprendan, con claridad y precisión, las irregularidades sustanciales alegadas y la manera como quebrantan la estructura del proceso o afectan las garantías de las partes e intervinientes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, los motivos que generan esta causal son taxativos y se refieren a la nulidad derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión; por incompetencia del juez; y, por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículos 23 y 455, 456 y 457, respectivamente).

En punto a su debida argumentación y demostración, la Corte ha señalado de manera clara que cuando se alega dicha causal, el impugnante debe acudir a los principios que orientan la declaración de las nulidades, enfatizar la entidad del yerro, precisar las normas que se estiman conculcadas, especificar el momento de la actuación en que se produjo el agravio y demostrar que las irregularidades cometidas en el desarrollo del proceso, inadvertidas en el fallo, lo viciaban al punto que para remediar el efecto nocivo no existe alternativa diferente que invalidar las diligencias. (CSJ AP4952-2014, rad. 43216).

Así mismo, le corresponde al recurrente demostrar que no contribuyó a la producción del acto tachado de irregular, salvo que se trate de la ausencia de defensa técnica -principio de protección-, ni que por una actuación posterior de su parte hubiese dado lugar a la ratificación de dicha irregularidad -principio de convalidación-.

A efectos de asumir el examen del cargo propuesto, conforme con el cual, dentro del presente asunto se violó el debido proceso porque el implicado no conoció los hechos por los que fue investigado y juzgado, toda vez que la Fiscalía en las audiencias de formulación de imputación y acusación sólo se limitó a leer el contenido de algunos elementos materiales probatorios, pero omitió narrar los hechos jurídicamente relevantes indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los sucesos, tal y como lo dispone el

ordenamiento jurídico; resulta del todo relevante recordar que la Sala, de manera reiterada, ha señalado que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que (CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras): (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599).

Sobre este último punto, la Corte ha señalado que la mezcla de los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, no solo conspira contra la claridad y brevedad de que trata el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, sino en disfavor de la eficacia y prontitud de la administración de justicia. Además, podría afectar el principio de congruencia, el derecho de defensa del procesado e incidir en la delimitación del tema probatorio, dando lugar a que el juez acceda prematuramente a dicha información sin que se agote el debido proceso probatorio.

Ahora bien, como en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes, los indicadores y los medios de prueba, la Corte de manera reciente señaló que en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, el imputado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos

enrostrados (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007):

Así se expresó la Corte:

«Si se mezclan medios de prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, suele suceder que (i) se extienda injustificadamente la duración de las audiencias, con el grave impacto que ello genera para la recta y eficaz administración de justicia; (ii) entremezclar estos aspectos suele conspirar contra la claridad de los cargos incluidos en la imputación, lo que no solo afecta las posibilidades de defensa, sino, además, el estudio de la medida de aseguramiento y la terminación anticipada de la actuación en el evento de que el imputado se allane a los cargos o decida celebrar un acuerdo con la Fiscalía; y (iii) aunado a la extensión injustificada de las audiencias, es común que, bajo esas condiciones, no se incluyan en los cargos todos los referentes fácticos de las normas penales seleccionadas, lo que afecta todas las fases del proceso.

No debe olvidarse que el descubrimiento de las pruebas se inicia en la fase de acusación. Ahora bien, si la Fiscalía pretende hacer un descubrimiento anticipado, para facilitar el allanamiento a cargos o un acuerdo, debe buscar el momento adecuado para hacerlo, que, en todo caso, no será la audiencia de imputación, por las razones que se acaban de explicar.

Sin embargo, como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo, bajo el entendido de que esto último tiene un innegable carácter provisional en la audiencia de formulación de imputación, como se resaltará más adelante».

Con la anterior claridad, se tiene que en la audiencia de formulación de imputación celebrada el 9 de diciembre de 2015, la fiscal expresó lo siguiente:

«Señor Orlando Echavarría, en este momento la Fiscalía General de la Nación le va a contar la razón por la cual usted está detenido, la razón por la cual a usted se le está haciendo una investigación, qué elementos materiales probatorios tiene la fiscalía en su contra, entonces por favor le pido que preste mucha atención porque aquí lo que interesa es que usted entienda, aquí hay personas que están presentes, pero lo más interesante es que usted entienda de qué se trata la comunicación que la Fiscalía General de la Nación le va a hacer, cuales son los cargos, los elementos materiales probatorios que tiene la fiscalía para inferir razonablemente que usted puede ser probablemente autor de un delito, como se llama el delito y cuáles son las posibles penas.

Esta investigación nace de una denuncia instaurada por la señora Angie Rocío Cruz Calderón, quien nos acompaña hoy, que instauró ella misma el 14 de agosto de 2015, en el centro de atención a víctimas para abuso sexual.

Ella acude porque su hijo de iniciales D.M.R.C. de 6 años, manifestó que el señor Orlando Echavarría al parecer lo había abusado sexualmente.

En la denuncia la señora manifiesta que su hijo D.M.R.C. de seis años, desde principios del 2015, de este año, la empezó a notar comportamientos extraños y además jugaba con muñecas y en uno de esos episodios que a ella le parecían raros, le dijo a su mama que él le quería contar que estaba enamorado de un compañero del colegio que se llamaba S., y que además, también le gustaba una niña; razón por la cual a la mami se le hizo extraño por qué el niño le decía que estaba enamorado de otro niño del mismo sexo masculino.

Siguió transcurriendo el año, y ella nuevamente le preguntó la razón por la cual él estaba enamorado de ese niño S. En uno de esos momentos el niño le dijo a la mama que tenía otro secreto que contarle, y que consistía en que ahora estaba enamorado de un adulto, y

que ese adulto era el tío Orlando.

Orlando no es el tío directo del niño, sino es el esposo de la tía materna de nombre Esperanza Calderón, pero el niño le dice tío a él.

El niño le dijo que el tío Orlando le aplicaba crema en la cola y que él ya sabía que los adultos tenían vellos en los genitales.

En consecuencia, la señora le preguntó que más le decía el niño, a lo que dijo que el tío le había dicho que no fuera a contar nada, y menos a la abuela Rosa, que es la mamá de la denunciante.

Ella, la señora le pregunto que, ¿en qué momento pasaba eso? y dice que cuando estaba en el apartamento de la tía Esperanza cuando ella y la mamá estaban hablando en la sala, esto ocurría en la alcoba principal del tío Orlando y la tía Esperanza.

Cuando el niño le estaba contando eso, la señora dice que el niño se siente incómodo y le dice que ya no quiere contar nada más, razón por la cual la señora decide entonces instaurar la denuncia penal para que se investiguen estos hechos.

La señora indica además que la mamá es quien lo cuida, la mama de la denunciante, en la calle 29 N° 2A-67 de lunes a viernes de 1:30 de la tarde hasta las 7 de la noche y que hay momentos en los cuales el niño, cada quince días, pasa en la casa de la abuela paterna, e indica que conoce al señor Orlando Echavarría desde hace 20 años que ella nunca noto nada extraño que el trato siempre fue normal y que tiene conocimiento por parte de otra familiar, de la hermana de nombre Yuri Calderón que hoy día tiene 30 años, que dijo que cuando ella estaba pequeña Orlando Echavarría jugaba con ella y en medio del juego también le tocaba sus partes íntimas. Que por esta razón en alguna oportunidad pensó que esta persona la iría a violar.

Eso nunca lo denunciaron, eso nunca paso a mayores.

Luego el niño en el colegio, estando con la profesora de nombre Nubia Rocío Franco Gómez, le indica a esta el 21 de agosto del 2015, que todos los niños estaban bailando estaban en un evento y el niño estaba triste, esto es el niño víctima. La profesora se le acerca y le pregunta que porque se siente triste que qué le pasa, y dice que se siente triste porque él no sabe bailar y porque además ha estado hospitalizado por taquicardia, porque no puede correr, porque se siente cansado, y además porque la vida de él es un conflicto, entonces la profesora le pregunta que como así que porque es un conflicto, que Dios está con él que le cuente que es lo que pasa, el niño D.M. le dice que bueno vuelve y le cuenta que le gusta el niño S., y además que el esposo de la tía Esperanza, que se llama Orlando, que cuando la abuelita lo lleva a esa casa, mientras que la abuelita y la tía se ponen a hablar en la sala o en la cocina, el señor se lo lleva para el cuarto cierra la puerta y le coloca una crema en la cola, después le dice, dice el niño: “y saca algo que a mí no me gusta y me lo pone por detrás”, yo le preguntó que de dónde saca eso, dice la profesora, que pensó que era algún elemento y el niño le indica que no, que lo que el tío Orlando se saca es el pene y la profesora le pregunta que cuantas veces ha pasado eso y el niño dice que muchas, que más de diez.

La profesora lo enfoca en que por favor le cuente más circunstancias y habla entonces la profesora con la mama, la mama le indica que ella ya ha colocado en conocimiento de las autoridades esta situación al parecer el niño le contó a la mama y también decidió contar en el colegio esa situación de tristeza que tenía.

Por otro lado la profesora indica que necesita, perdón, ah bueno la mamá le indica a la profesora, la señora denunciante, que además ella cree que otra menor de iniciales M.A.E. que también salió de ese jardín, esta persona también fue abusada por este señor, porque el señor la bañaba, y porque un tiempo comprobaron que la niña había sido abusada, y pensaron que eran los hermanos de la niña pero todo lo dejaron así, esa niña M.A.E. es otra

miembro de esa familia, desafortunadamente no instauraron ninguna denuncia por estos hechos.

Se allego el registro civil nacimiento de D.M.R.C., del niño, 41784897 donde dice que nació el primero de noviembre del 2008, y con el fin entonces de establecer esas cosas que el niño estaba diciendo en el colegio, a su mamá, se inicia entonces la ruta de atención a víctimas para abuso sexual.

El niño D.M.R.C., de seis años, es valorado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la doctora Jaqueline Cangrejo Arias revisa al menor y en la anamnesis o relato de los hechos (dejo constancia que el examen tiene fecha 14 de agosto de 2015 a las 14:18 horas⁹ el niño dice: “sobre tocamientos y experiencias negativas: A veces cuando mi mamá Rosa vamos donde mi tía Esperanza, y también comemos, vemos televisión, y también cuando yo estoy cansado me voy al cuarto a ver televisión, después lo apago y mi tío hace un cosita ¿qué cosita? hace una cosita que no me gusta. La cosita es que siempre saca el pirilin, me baja un poquito los pantalones, y me lo mete en la cola. ¿Cuál es el pirilin? Señala la región genital ¿Cómo se llama ese tío? Mi tío Orlando ¿Dónde vive tu tío Orlando? Mi abuelita Rosa y yo vivimos abajo en el 20 de julio, mi tío Orlando y mi tía Esperanza viven abajo ¿sentiste algo cuando tu tío Orlando hizo eso? Si, un poquito de pena y dolor en todo el cuerpo ¿eso con tu tío Orlando paso más de una vez? Diez veces ¿Dónde pasó eso? En la casa de ellos abajo del 20 de julio donde estudio yo, mi colegio es más abajito y ellos viven en la mitad, yo arriba entonces me recoge mi mamá Rosa y a veces vamos allá ¿en qué parte de la casa paso eso? En el cuarto de mi tío Orlando y de mi tía Esperanza ¿alguna vez tu tío Orlando te ha dicho algo? Si, que no le cuente a nadie ¿tú le contaste a alguien? A mi mamá, sí a mi mamá. ¿cuándo fue la última vez? cuando la última vez que me hizo eso, a la doctora que está acá, que está grabando allá, dando la vuelta allá al fondo abajito ¿Cómo es el pirilin de tu tío? Igual que el mío, pero con pelitos ¿Orlando hacia algo con la ropa de él? Se desabotonaba y ahí sacaba eso ¿Cuándo paso eso, donde estaban los demás? Ellos salían a comprar algunas cosas ¿alguna vez alguien se dio cuenta? No, solo a mi mamá

porque yo le dije ¿alguna vez has sangrado en alguna parte del cuerpo? Si, de la cabeza porque un perro me mordió, de los dedos porque me quito los cueritos ¿además te ha sangrado alguna otra parte del cuerpo? Si, la colita y la cabeza porque el perro me mordió y porque mi tío me hizo eso ¿Cuándo fue la última vez que te paso eso? Eso lo hizo la primera vez y la última vez no me acuerdo el día, pero le dije a mi mamá. La madre ingresa y dice que supo de los hechos hace 5 días, la última vez que M. fue a esa casa hace como unos 20 días antes del examen, es decir para el mes de julio del 2015.

Se realiza un examen genital encuentran genitales externos masculinos, vello publico ausente, bolsa escrotal sin lesiones, pene y prepucio sin lesiones, glande sin lesiones, meato urinario sin lesiones.

Examen anal y perineal

Posición para el examen: genupectoral, hallazgos: Forma circular y tono normal. Descripción y ubicación de lesiones: eritema ligero de pliegues anales, región perianal con eritema y piel refringente y restos de deposición. Signos de contaminación venera, no hay.

Análisis, interpretación y conclusiones:

La doctora Jaqueline Cangrejo señala: Menor con relato que corresponde a abuso sexual.

El examen genital es normal. Al examen anal y perianal se haya eritema y restos de deposición perianal, compatible con dermatitis, lo cual es un hallazgo inespecífico para abuso sexual.

Tercero: Hechos como los referidos por el menor pueden suceder sin dejar huella que se encuentre al momento del examen físico. La ausencia de lesiones no desvirtúa el relato del examinado.

Se recomienda atención psicoterapeuta para el menor y su núcleo familiar.

Se indica a la madre del menor que requiere exámenes para detección de infecciones de transmisión sexual, resultados que deben ser conocidos para esta investigación.

Hallazgos para una edad clínica de 6 años. No existen huellas externas de lesión reciente al momento del examen que permitan fundamentar una incapacidad médico legal.

Igualmente, el 25 de agosto de 2015 se realiza una entrevista al menor por parte de la investigadora Sonia Lorena Franco, esta es una entrevista forense que se le realizan a los niños, niñas y adolescentes que al parecer han sufrido un abuso sexual, y allí el menor a manera de relato de los hechos indicó:

se le pregunta al niño si ha pasado algo con alguna parte de su cuerpo que a él no le haya gustado responde con la cabeza afirmativamente, el niño refiere: «es que yo tengo un tío que es adulto, yo a veces lo visito cuando mi mama Rosa me saca del colegio y cuando llego, en el cuarto veo un momento televisión, y poco a poco cuando se acaba la televisión, la apago, viene mi tío Orlando, entonces él viene al cuarto, entonces cada día me hace lo mismo...pues siempre es así: cierra las cortinas y cuando mi mama Rosa y mi tía Esperanza están comiendo, o están ocupadas comiendo y viendo televisión, y entonces mi tío Orlando hace una cosita, como sacar el pipí de mi tío y siempre me saca la colita mía y me coge el pipí y me lo echa ahí y me echa crema”, dice el niño que la crema la saca de un cajoncito, que está en el cuarto de él.

El niño continúa diciendo: «me baja un poco los pantalones, no todo, y me echa crema en la colita y entonces ahí si me lo mete, el pipí en la rayita”. El niño dice que Orlando le mete el pipí en su colita, y luego dice que lo mete en la rayita, y que cuando esto sucede, el niño siente dolor.

En los dibujos anatómicos, que son dibujos que acompañan la entrevista forense, el niño

señala las partes de su cuerpo, y con color, con un marcador de color azul señala la parte que conoce como pipí y con un marcado de color verde la parte que conoce como colita y rayita.

Estos son los elementos materiales probatorios que hay y que llevan a la fiscalía a una inferencia razonable de autoría o participación del señor Orlando Echavarría en las conductas conocidas como acceso carnal abusivo con menor de 14 años, dice la norma penal lo siguiente...A este tipo penal le debo imponer una circunstancia de agravación punitiva de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 211 que dice: ... En consecuencia, pues este es un delito agravado por este numeral 5º, se tiene conocimiento que el señor es un tío político que aunque no sea el tío consanguíneo del niño a esa casa lo llevan de vez en cuando de visita, la abuela materna, la mamá de la señora, para que éste comparta un tiempo allá en esa casa, además hay un grado de confianza de la víctima con el señor a punto que el mismo niño le refiere como tío, lo conoce como tío, así sea un tío político, es decir que la pena ya no va de 12 a 20 años, sino de 16 a 30 años por la circunstancia de agravación punitiva.

En este evento y de conformidad con lo que pudimos leer el señor no solamente le haría al niño acceso carnal abusivo tal y como él lo señala cuando siente dolor, sino además hay una serie de tocamientos en el cuerpo del menor cuando refiere que su tío le aplica crema y le pone el pene en la rayita, allí podemos entonces inferir que estamos frente al delito contemplado en el artículo 209 como acto sexual con menor de 14 años...con la misma circunstancia de agravación punitiva contemplada en el numeral 5º del artículo 211 por ser entonces un pariente así sea lejano del niño y por el grado de confianza depositada por la víctima, en consecuencia, la pena de prisión que iba de 9 a 13 años quedaría contemplada de 12 años a 19 años punto 5 meses.

El niño ha referido que esto sucedía en muchas oportunidades cuando iba a la casa de estos familiares, es decir, que debo informarle que estamos enfrente de un concurso de

conductas punibles de conformidad con el artículo 31 del código penal que señala...Quiere eso decir señor Orlando que como quiera que según el niño el delito se cometió en varias oportunidades si usted llega a ser condenado, vencido en juicio y condenado, un juez de conocimiento será el que establece según el número de veces que se haya cometido el delito, cuál es la pena final que él va a imponer. Por ahora, lo importante es que sepa que las penas que le estoy mencionado señor Orlando»¹⁵.

Dicho lo anterior, la defensa le solicitó a la delegada de la Fiscalía que le aclarara los siguientes puntos¹⁶: (i) la fecha de los hechos; (ii) la existencia del concurso heterogéneo, y (iii) la circunstancia de agravación punitiva. Así respondió:

«Efectivamente esta delegada indicó que la fecha de la denuncia es 14 de agosto de 2015, esa no es la fecha de los hechos, eso quiere decir que esa la fecha en que se le pone de conocimiento a la fiscalía general de la nación unos hechos de los cuales da cuenta la señora madre cuando indica que desde enero de 2015 su hijo va a esa casa continuamente porque la abuelita materna así lo lleva, no podemos tener exactamente una fecha de los hechos porque es un niño de 6 años que en mi opinión es un niño supremamente inteligente y que descubre muchas cosas en la entrevista forense, pero desafortunadamente no puede llevar el registro de las fechas exactas de los hechos como ocurre en la mayoría de los casos de abuso sexual, sin embargo, cuando estamos en el examen sexológico el niño refiere que la última vez que paso eso fue cuando le conto a su mamá, haciendo alusión que aproximadamente en el mes de agosto del año 2015.

Por otro lado la segunda solicitud de la mesa de la defensa corresponde a que porque estoy señalando que hay acceso y actos, como lo dije y se desprende de los elementos materiales probatorios, el niño refiere que el tío le hizo introducción del pene en su cola porque refiere sentir dolor, porque así lo indica en los elementos materiales probatorios, pero también indica que su tío le haría untamientos de crema en su cola y le pondría el pene en la rayita, es decir, que en algunas oportunidades había acceso y en otras solamente había el hecho

del tocamiento del pene en la cola del nene, es decir que por eso es que la fiscalía está haciendo la diferenciación para imputarle unos accesos cuando el niño siente dolor, y otros cuando solamente son los tocamientos.

Por otro lado, es importante que se entienda en que consiste el agravante del numeral 5º del artículo 211, allí el legislador escribió o describió mejor cuales son las circunstancias en las cuales se agrava la conducta. Uno, es cuando son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad, primero civil, cónyuge o compañera permanente. Otra es cuando son miembros de la misma, perdón, que vivan en la misma unidad doméstica y otro, aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor y que es el caso que nos ocupa. En este caso, la víctima conoce a esa persona como su tío, y hay un grado de confianza, por su mami, la abuelita que lo lleva a esa casa, y él escucha que es su tío, esto quiere decir que hay un grado de confianza, por eso necesariamente se agrava la conducta, hay un grado de confianza entre el niño y la persona Orlando, que conoce como el tío»¹⁷.

No cabe duda, entonces, que en la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes, la Fiscal, en lugar de limitarse a exponer de manera sucinta y clara la hipótesis fáctica, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos enrostrados al procesado, la conducta que se le atribuía, los elementos estructurales de los delitos imputados, etc.; lo que hizo fue referir el contenido de la denuncia, la versión de la víctima y los informes suscritos por Nubia Rocío Franco Gómez y Jacqueline Cangrejo Arias, confundiendo así los hechos jurídicamente relevantes con el contenido de los medios de prueba que soportan la imputación.

Lo mismo ocurrió en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 15 de abril de 2016, con la diferencia que en esa oportunidad sólo se acusó a Orlando Echavarría Rojas por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo sucesivo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 209 y 211 numeral 2º de la Ley 599 de 2000, pues, en la anterior diligencia, se le imputó la circunstancia de

agravación prevista en el numeral 5º de la última norma citada y, además, un concurso heterogéneo con acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

Pese a la confusión en la que incurrió la delegada de la Fiscalía entremezclando los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación y acusación, lo que indiscutiblemente conspira contra la claridad y brevedad que debe caracterizar este acto procesal, lo cierto es que al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica de los mismos, por lo que se cumplieron los objetivos de ambas diligencias, por lo tanto, dentro del presente asunto tal yerro resulta intrascendente, en tanto, no se vulneró ninguna garantía fundamental.

En efecto, al escuchar los audios que contienen ambas diligencias, resulta indiscutible que los hechos endilgados a Orlando Echavarría Rojas tuvieron ocurrencia en la ciudad de Bogotá, entre los meses de enero y agosto de 2015, en la habitación que compartían los esposos Gloria Esperanza Calderón Acuña y Orlando Echavarría Rojas. Éste último, aprovechaba los momentos en que su esposa y Rosita Calderón Acuña – abuela de la víctima- estaban distraídas, para, en aquel lugar, bajarle los pantalones al niño D.M.R.C., quien para esa época contaba con 6 años de edad, untarle crema en sus genitales y luego, sacar su pene y colocarlo en medio de las nalgas del menor. Hechos que ocurrieron en varias oportunidades.

Se indicó que Orlando Echavarría Rojas era una persona en quien el menor confiaba, pues, lo conocía como tío Orlando, toda vez que era el esposo de la tía materna de su madre.

Ahora, si bien la defensa al inicio del juicio oral no presentó teoría del caso, lo cierto es que en los alegatos de conclusión¹⁸ el defensor se limitó a (i) solicitar la absolución por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, porque, pese a haber sido imputado, no fue enrostrado en la acusación; y, (ii) atacar la credibilidad de las pruebas

practicadas en el debate, para concluir que existe duda respecto de la existencia del reato de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Sin embargo, ni en esa audiencia, ni en ninguna otra, el defensor formuló objeción alguna respecto de los hechos atribuidos a Orlando Echavarría Rojas, es decir, desde un inicio para el procesado y su defensor quedó absolutamente claro que los hechos se circunscribieron a aquellos que fueron referidos anteriormente, suficientemente claros en su exposición de tiempo, modo y lugar, así se hubiesen amalgamado con las pruebas en que se basan.

Y, finalmente, la condena se produjo exactamente por esa misma situación fáctica.

En conclusión, el error en que incurrió la Fiscalía al confundir los hechos jurídicamente relevantes con el contenido de los medios de prueba, en este asunto resultó del todo intrascendente, pues, de modo alguno significó una violación a las garantías procesales del acusado, concretamente, del derecho de defensa, contradicción, debido proceso y congruencia.

Por lo demás, es necesario aclarar que, si bien, en la jurisprudencia reciente de la Sala se detalla la irregularidad que comporta vincular los hechos jurídicamente relevantes con la mención de elementos de juicio o de las inferencias surgidas a partir de los mismos, ello no significa que se genere, per se, algún tipo de nulidad, precisamente, porque la declaratoria de esta requiere demostrar la vulneración material efectiva de alguna garantía o del debido proceso en su estructura básica.

Ahora bien, asegura el libelista que la Juez de primera instancia no fue imparcial, pues, no solo le ordenó al fiscal que adecuara los hechos jurídicamente relevantes a como habían sido relatados en la imputación; sino que, además, compulsó copias para que se investigara a Orlando Echavarría Rojas por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pese a que esa conducta había sido imputada, pero por la que no se produjo acusación.

Pues bien, en el escrito de acusación, en el acápite de “Hechos”, el Fiscal consignó lo siguiente:

«De los hechos objeto de esta investigación, tuvo conocimiento la Fiscalía General de la Nación a través de la denuncia instaurada por la señora ANGIE ROCÍO CERUZ (sic) CALDERON, identificado con la cédula de ciudadanía N°..., el pasado 14 de agosto de 2015, progenitora del menor D. M. R. C. de 6 años de edad, en la que manifiesta, que empezó a notar conductas extrañas en el comportamiento de su menor hijo, ya que le gustaba jugar con las muñecas y mostrando interés por hacerle ropa a esas muñecas. Que hace un mes a la fecha de la denuncia, estuvo conversando con su hijo y le dijo que le iba a contar un secreto, que estaba enamorado de un compañero del colegio que se llama S. pero que también le gustaba una niña, por lo que acudió al colegio a fin de indagar sobre quien era S., manifestándole la profesora que era un niño que actualmente no estaba en el mismo curso de su hijo D. Para el domingo siguiente antes de irse a dormir, volvió a conversar con su hijo acerca de S., y en ese momento le manifestó que tenía otro secreto que contarle, que estaba enamorado de dos personas que eran S. y un adulto,, que ella le preguntó quién era el adulto y le dijo que estaba enamorado de su tío ORLANDO, quien es el esposo de su tía materna, pero que sus hijos le dicen tío, luego le comentó que el tío ORLANDO le aplicaba crema en la cola y que él ya sabía que los adultos tenían bello (sic) en los genitales y que además le dijo que no fuera a contar nada a la abuela ROSA. Situación que ocurría en el apartamento de la tía ESPERANZA en la alcoba de ORLANDO, cuando ella y su mamá estaban conversando en la sala, sin que el menor le quisiera contar nada más al respecto, ya que mostro pena por lo que le decía».19

Al inicio de la audiencia de formulación de acusación, la Juez de Conocimiento indicó que los hechos consignados en el escrito de acusación no coincidían con los que le habían sido imputados a Orlando Echavarría Rojas²⁰, porque estaban incompletos. Por ello requirió al Fiscal para que los ajustara de la misma forma a como habían sido relatados en la audiencia de formulación de imputación.

Ello, contrario a lo expuesto por el libelista, de modo alguno de constituye en una irregularidad, porque el juez de conocimiento está en la obligación de controlar que la acusación contenga los precisos elementos que consagra el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que atañe a los hechos jurídicamente relevantes (CSJ AP5660-2018, Rad. 52311), sin que ello implique insinuar ni, menos, ordenar, que opte por una hipótesis fáctica en particular (CSJ SP14191-2016, Rad. 45594).

Finalmente, el que la Juez de Conocimiento haya compulsado copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo sucesivo, de ningún modo se constituye en muestra de parcialidad, pues, tal determinación obedece al deber legal de los funcionarios públicos de poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión u omisión de hechos que puedan ser constitutivos de delitos (Cfr. CSJ AP, 18 Abr 2012, Rad. 38356).

Por todo lo expuesto, el cargo planteado se inadmitirá.

Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio

El falso raciocinio constituye una modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, que consiste en el manifiesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el proceso de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. En otras palabras, el juez incurre en un error protuberante en el proceso inferencial mediante el cual fija el mérito de una prueba, por la desatención de los parámetros que garantizan la persuasión racional.

En ese orden, la debida sustentación de ese error de hecho requiere que el demandante indique (i) lo que dice de manera objetiva el medio probatorio; (ii) qué se infirió de él en la sentencia atacada; (iii) cuál fue el mérito persuasivo otorgado; (iv) el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo,

debiendo a la par indicar su consideración correcta; y, (v) la trascendencia del error, expresando con claridad cuál debe ser la adecuada inferencia de la prueba, con la indeclinable obligación de acreditar, a través del examen conjunto de los medios suasorios, que la enmienda del yerro daría lugar a una declaración de derecho esencialmente diversa y opuesta a la atacada.

La sola lectura de los enunciados postulados por el demandante como propios del yerro propuesto, revela evidente que no atendió el compromiso exigido por la Corte de acuerdo a las reglas interpretativas desarrolladas por la jurisprudencia anteriormente expuesta. Además, incurrió en protuberantes errores, que impiden conocer cuál en concreto es la violación trascendente que se reputa del fallo demandado.

Dijo el libelista que la única prueba directa es el testimonio del menor D.M.R.C., en tanto que las declaraciones de Jackelin Cangrejo Arias – médica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-, Sonia Lorena Franco –psicóloga del CTI- y de Angie Rocío Cruz Calderón –madre del menor-, además de que no suministraron ninguna información sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad del implicado, se constituyen en prueba de referencia inadmisibles, en tanto, se limitaron a narrar lo que el menor les había contado.

Lo primero que se advierte es que, con tales afirmaciones, el censor desconoce el principio de corrección material, en virtud del cual las razones, los fundamentos y el contenido del ataque deben corresponder en un todo con la verdad procesal, pues, no es cierto que las referidas pruebas sean impertinentes, ni mucho menos que se constituyan en pruebas de referencia inadmisibles.

La doctora Jackelin Cangrejo Arias – médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – realizó un examen sexológico al menor D.M.C.R. y, además de relatar lo que el menor le narró para efectos de la anamnesis²¹, también refirió los

hallazgos que de manera directa pudo percibir, luego del examen físico, anal y perianal practicado a la víctima, y concluyó en el informe base de opinión pericial, que leyó en juicio²², lo siguiente:

- «1. Menor con relato que corresponde a abuso sexual.
2. El examen genital es normal. Al examen anal y perianal se halla eritema y restos de deposición perianal, compatible con dermatitis, lo cual es un hallazgo inespecífico para abuso sexual.
3. Hechos como los referidos por el menor pueden suceder sin dejar huella que se encuentre al momento del examen físico. La ausencia de lesiones no desvirtúa el relato del examinado.
4. Se recomienda atención psicoterapéutica para el menor y el núcleo familiar.
5. Se indica a la madre que el menor requiere exámenes para detección de infecciones de transmisión sexual, resultados que deben ser conocidos en esta investigación.
6. Valoración de edad: Hallazgos para una edad clínica aproximada de 6 años.
7. Valoración de lesiones: no existen huellas externas de lesión reciente al momento del examen que permitan fundamentar una incapacidad médico legal».

En este punto, debe reiterarse que, cuando se está en presencia de una actuación adelantada por un atentado al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de un menor de edad, la prueba pericial adquiere una doble connotación en punto a su debida valoración: se constituye en prueba directa, como quiera que el experto relata lo por él percibido directamente por los órganos de los sentidos; y, en prueba indirecta o de referencia, en cuanto a la narración que hace el perito acerca de las manifestaciones previas

al juicio oral que hiciera la víctima sobre las circunstancias que rodearon los hechos.

En estos casos, resulta claro que, en virtud del interés superior del menor de edad, reconocido por la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de esta Sala, sus declaraciones se conciben como prueba de referencia admisible, como así se plasmó en CSJ. SP, oct. 28 de 2015, rad. 4405623, trayendo a colación las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013 proferidas por la Corte Constitucional, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre muchas otras.

La psicóloga Sonia Lorena Franco²⁴ – psicóloga de la Fiscalía General de la Nación – manifestó que realizó una entrevista forense al menor D.M.R.C., y con su testimonio se introdujo el informe de investigador de campo y el CD, en donde consta la entrevista, elementos que se constituyen en prueba de referencia admisible, como quiera que no se introdujo con la declaración del testigo como “testimonio adjunto”.

Sobre este tema, la Corte en la decisión CSJ SP2709-2018, Rad. 50637, señaló lo siguiente:

«Como lo anterior se estableció en un caso donde la declarante era mayor de edad, deben hacerse las siguientes precisiones frente a los casos de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas: (i) según se indicó en precedencia, la Fiscalía cuenta con múltiples opciones para el manejo del testimonio de las víctimas menores de edad; (ii) cada una de esas posibilidades está sometida a los requisitos y limitaciones allí referidos, que deben ser considerados en la planeación del caso; (iii) el ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de este tipo de declaraciones a título de prueba de referencia; (iv) para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”-, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio

oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo; (v) esta oportunidad debe garantizarse, incluso con las limitaciones inherentes a la práctica del testimonio de menores; y (vi) si esto último no es posible, por la indisponibilidad del testigo o por cualquier otra razón, la declaración anterior tendrá el carácter de prueba de referencia, porque encaja en la definición del artículo 437 y, además, por la completa imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Así, mientras en la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala se pronunció sobre la posibilidad de incorporar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, cuando se trata de niños que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves, incluso cuando estos son presentados como testigos en el juicio, en esta oportunidad se aclara que ello puede hacerse a título de prueba de referencia o de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado en juicio (“testimonio adjunto”), lo que dependerá, en esencia, de que el menor esté disponible como testigo, esto es, que pueda ser interrogado y contrainterrogado sobre lo que expresó con antelación, sin perjuicio de las cautelas que deben tomarse para garantizar su integridad»

Y, la señora Angie Rocío Cruz Calderón – madre de la víctima- si bien narró lo que el menor le había contado, también declaró que percibió de manera directa los siguientes hechos: (i) que el niño D.M.R.C. estaba presentando algunos comportamientos que le llamaban la atención, como «agresividad, quería estar mucho tiempo solo y una vez me hizo una referencia de que él quería a un niño del colegio, que sentía atracción por un niño del colegio»²⁵; (ii) el estado de ánimo del niño – inquieto, triste, ansioso y nervioso- en el momento en que le contó lo sucedido²⁶; y, (iii) puso en conocimiento los hechos a la Fiscalía General de la Nación y a la profesora Cecilia, de quien no recordó su apellido.

Dijo el libelista que con el testimonio de la psicóloga Sonia Franco se introdujo al juicio un CD que «dice contener» la entrevista del menor, sin embargo, la última evidencia no fue publicitada; debate que resulta del todo intrascendente porque en el juicio oral se recibió el

testimonio del menor, el cual, junto con las demás pruebas practicadas, se constituyó en el fundamento de la condena, por fuera de la referida entrevista.

Refiere el censor que el menor suministró varias versiones, por demás disímiles, sobre el mismo hecho, lo que afecta indiscutiblemente su valor probatorio, pues, se violó la siguiente «máxima de la experiencia»: «Siempre o casi siempre que se presenten contradicciones sobre aspectos principales de un testimonio se afecta su veracidad».

De manera concreta indica que, en la versión que le narró a Nubia Rocío Franco Gómez – Coordinadora del Jardín Infantil Chamaquitos- se refirió al pene y no al “pirilin”, dijo cola y no “rayita”, le dijo que su vida es un “conflicto” palabra poco usual para su edad; aseguró que le había contado lo sucedido a “Aleja”, y en la institución no trabaja nadie con ese nombre; no dijo que el implicado se hubiese desvestido; le contó que le había relatado lo sucedido a su madre y a su abuela Rosa, y esta última negó tal hecho.

Indica que las contradicciones se hacen más evidentes, al confrontar las varias versiones del menor con los dichos de Esperanza Calderón – tía-, Jaime Hernán Echavarría Rojas y Rosa Calderón – abuela-, quienes al unísono afirmaron que mientras que el menor se encontraba en su casa, «nunca permaneció a solas con el procesado», y que la vivienda era muy pequeña, lo que imposibilitaba los encuentros relatados por el menor.

Encuentra la Sala relevante recordar que, en torno a las máximas de la experiencia, la Sala ha precisado: «En efecto, una máxima no puede consistir en la percepción particular de quien la formula o en especulaciones carentes de objetividad. Para que se pueda considerar como tal, es preciso demostrar que el enunciado expuesto se aplica de forma más o menos uniforme en el mundo material o histórico social» (CSJ AP, 30 jun. 2006, rad. 21321).

Recuérdese que reglas de la experiencia:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos

concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (CSJ SP9111-2016, 6 jul. 2016, rad. 46454)

En realidad, alejándose de esas condiciones, el recurrente no ofrece ninguna razón que fundamente que la proposición presentada como máxima de la experiencia posea la connotación de ser considerada como un fenómeno de observación cotidiana, al punto que su no asunción por el fallador pudiera ser definida como una transgresión a la sana crítica, omitiendo además, en su intento fallido de construir un axioma, acreditar que dicha expresión reúne una vivencia o experiencia de la cotidianidad reputada de abstracta y general, por ser constante, reiterada e histórica.

A ello debe agregarse que la regla que según el impugnante fue desatendida por el Tribunal («Siempre o casi siempre que se presenten contradicciones sobre aspectos principales de un testimonio se afecta su veracidad»), no puede ser catalogada como una máxima de la experiencia, en primer lugar, porque no puede afirmarse que ese enunciado reúna una vivencia o experiencia de la cotidianidad que dé cuenta de la forma como casi siempre suceden las cosas (universalidad o generalidad). En segundo lugar, porque tal enunciado tiene relación con el proceso valorativo de las pruebas y no con las reglas que se extraen de la observación repetida de fenómenos cotidianos; afirmación que, valga la pena decir, la Sala no comparte, pues, el hecho de que una persona narre de manera distinta un mismo suceso por ella presenciado, no implica, per se, que su dicho sea inverosímil.

En efecto, esta Corte ha sostenido que al analizar un testimonio, lo que destruye su valor y credibilidad es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales relevantes, cuya depreciación será mayor cuando sea menos explicable la contradicción. En contraste, las contradicciones sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad del testimonio, aunque sí la aminoran, sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud. (CSJ

SP, 17 Jun. 2010, Rad. 33734, reiterada en CSJ SP, 22 May. 2013, Rad. 40555).

De cualquier forma, la crítica que hace a las sentencias de primera y segunda instancias por haber dado credibilidad al testimonio del menor D.M.R.C., resulta del todo irrelevante, pues, intenta fundamentarla trayendo a colación las supuestas «contradicciones» en las que incurrió el testigo, referidas en su mayoría a aspectos triviales, que pretende magnificar, como, por ejemplo, que el menor se refirió en algunas ocasiones al pene, y en otras al “pirilin”, o que diferenció la “cola” de la “rayita”, para especificar el lugar concreto en donde el implicado ponía su pene.

En virtud de ello, resulta pertinente reiterar cómo para la Sala siempre ha sido claro que cuando se presentan contradicciones, «el sentenciador goza de la facultad para determinar con sujeción a los parámetros de la sana crítica, si son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para revelar la verdad de lo acontecido»²⁷.

Además, encuentra la Sala que los reproches que ahora plantea el censor, fueron esbozados por él en los alegatos de cierre y en la sustentación del recurso de apelación propuesto contra la sentencia de primer grado, solo que no tuvieron eco ante los falladores, quienes examinaron sus argumentos de manera amplia y profunda, y suministraron respuesta a cada uno de ellos.

En efecto, sobre las presuntas contradicciones en las que incurrió el menor, esto dijo y el A-quo:

«La tesis defensiva propende, entre otros aspectos, por socavar la credibilidad de las declaraciones rendidas por DMCR, argumenta imprecisiones en su relato, pero asimismo, que al momento de rendirlas, se evidenciaron erráticos direccionamientos y abordajes por parte de quien le preguntaba por los hechos materia de investigación (su progenitora, la coordinadora del colegio, la médico legisla que practicó el examen sexológico y la psicóloga

con la que se realizó entrevista forense).

(...)

Contrario a lo que postula la defensa, el testimonio de DMRC emerge espontáneo, libre y fluido. Si bien es cierto que se advierten imprecisiones en torno a ciertas circunstancias concomitantes y antecedentes a los hechos (como pudieran ser la hora en que tuvieron ocurrencia o el orden de las personas a quien el menor relató lo acontecido), no es menos cierto que tales aspectos, resultan ser insulares y ligeros, pues, por un lado, no se toma en cuenta por parte del defensor que la declaración en juicio se produjo casi un año después de las primeras versiones (lo que la expuesta doctrina científica especializada, estima como factor determinante en la variación de ciertos sucesos) y por otro lado, el núcleo fáctico del relato, como se aprecia en la pretérita exposición de los testimonios a cargo de la Fiscalía, ha permanecido incólume y consistente en punto a que el ciudadano ORLANDO ECHAVARRÍA ROJAS, efectuó tocamientos libidinosos en la región genital y perianal del menor DMRC, lo que sucedía en la habitación de aquél, cuando se encontraba a solas con la víctima.

En lo anterior se coligen sin mayores dubitaciones, criterios de coherencia interna en los diversos relatos ofrecidos por el agredido, incluido el efectuado en sede de juicio oral, pues al margen de las nimias inconsistencias puestas de presente por el defensor, los elementos fundamentales para predicar la consumación del tipo penal de acto sexual con menor de catorce años, confluyen claramente.

(...)

En lo que respecta al cotejo de las versiones emitidas por el menor, con respecto a las aseveraciones efectuadas por los demás testigos, existe una palmaria relación, por tanto las profesionales de la salud como la denunciante y la coordinadora del jardín infantil “chamaquitos”, explicaron con suficiencia, tanto desde un enfoque científico (pilar que rige

la sana crítica o persuasión racional) como desde el vivencial, lo que el menor DMRC finalmente reveló, así como sus particularidades emocionales, lo que permite observar coherencia externa entre las pruebas practicadas».

Y, el Ad-quem respondió uno a uno los reproches que fueron planteados por el censor al momento de sustentar el recurso de apelación, que reprodujo de manera idéntica en la demanda de casación, de la siguiente manera:

«Como se observa, en cada versión el menor refiere que cuando su abuelita Rosa lo recogía en el Colegio y lo llevaba a la casa donde vivía la tía Esperanza con su esposo ORLANDO ECHAVARRÍA ROJAS, a quien el menor también llama tío, peste varias veces le tocó sus partes íntimas, tras aprovechar que el niño de tan solo 6 años, se encontraba en la habitación matrimonial de Esperanza y Orlando, mientras que la abuelita Rosa y la tía estaban en el comedor o salían de la casa, advirtiéndole al menor que se quedara callado y no le contara a nadie.

(...)

6.23 Así mismo, el defensor en su escrito de impugnación también sugiere que el menor D...M...R...C..., ha faltado a la verdad, porque en una de sus salidas procesales indico que su tío lo tocaba cuando su abuela Rosa y su tía Esperanza comían, y en otra, dijo que eso ocurría cuando ellas salían a comprar “unas cositas”.

Es palmaria la descontextualización de aquella manera tan particular de interpretar el testimonio del menor D...M...R...C..., pues si bien, en efecto el 14 de agosto de 2015, a la psicóloga Sonia Franco, del Área de delitos contra la Vida e Integridad Personal del C.T.I., le manifestó que los abusos ocurrían mientras “están comiendo”, en tanto que, a la doctora Sonia Franco del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, le manifestó que los abusos se presentaba mientras los demás de la casa iban de compras, en el juicio oral, el niño precisó que, el tío ORLANDO le tocaba el pene con las manos, mientras su abuela y

su tía se encontraban en la sala o salían de la casa.

6.24 Es decir, el reproche del defensor resulta irrelevante pues, si bien el menor lagunas veces mencionó que nadie se dio cuenta de que ORLANDO lo tocaba, porque su abuela y su tía estaban cenando, y en otras, dijo que ellas salían a la calle, lo cierto es, que siempre refirió que dichos tocamientos ocurrieron en la habitación y en la cama de aquél, dando cuenta, que en dicho lugar, ORLANDO tenía instrumentos musicales, aspecto que corroboró en sede de juicio oral la esposa del implicado Gloria Esperanza Calderón Acuña.

Adicionalmente no puede perderse de vista que se trata de un niño de escasos 6 años de edad, a quien de ninguna manera puede exigírsele precisión en ese aspecto puntual, máxime que, si el niño se encontraba en la habitación con el tío ORLANDO, mal podía conocer de manera precisa en donde estaba en ese momento su abuela Rosa y su tía Esperanza.

6.25 Ahora, para reforzar su tesis, resalta el defensor que con los testimonios de Esperanza Calderón y Rosa Calderón (esposa y cuñada de ORLANDO ECHAVARRÍA ROJAS, respectivamente) se acreditó que siempre que el menor D...M...R...C..., se encontraba en la casa, ellas también estaban presentes.

Y en efecto, Esperanza Calderón – esposa del implicado- y Rosa Calderón – cuñad del implicado y abuela del menor- al unísono así lo precisaron; no obstante, su presencia en la residencia, para el momento en que ORLANDO ECHAVARRÍA ROJAS, tocó al niño en sus partes íntimas, no desdibuja el relato del menor, pues lo cierto es, que lo que hechos sucedieron en la habitación y en la cama de aquél, fuera de la vista de aquellas, no en la cocina o en la sala de la casa donde ellas se encontraban, lo que permite afirmar que el hecho de no percibir lo que ocurría no significa que no se presentara en la realidad o que el menor mienta».

6.26 Finalmente alega el defensor, que el niño utilizó un lenguaje no real, sino aprendido,

ello como consecuencia del indebido abordaje, por parte de la progenitora y de la psicóloga del jardín donde aquél asistía.

Contrario a ello, avizora la Sala que el relato del menor fue espontáneo, al punto que siempre aportó circunstancias vividas, en la medida que las recordó, se las preguntaron, o estimó relevantes, las cuales pese a sus escasos 6 años, incluyeron detalles básicos relativos a la forma en que se presentaron los hechos objeto de controversia.

(...)

En el caso de D...M...R...C..., en vez de una maduración precoz y la influencia negativa de terceros acerca de la sexualidad, se percibe un niño por obvias razones ingenuo, que nada gana a cambio de sus declaraciones.

6.28 Por esa razón, la crítica efectuada en la impugnación a las manifestaciones de menor, las cuales tilda de fantasiosas, no resulta de recibo, máxime que no ofrece pruebas diversas o de mayor entidad que sustenten su refutación.

Adicionalmente, ninguna evidencia tiene a demostrar que el niño afectado hubiese sido sometido a presiones por parte de su progenitora, para que acusara falsamente a implicado».

Los muy precisos argumentos presentados por los falladores en las sentencias, no fueron abordados por el impugnante para hacer ver algún exabrupto de raciocinio que los deslegitime, por lo que ante la completa ausencia de argumentación encaminada a verificar la existencia de algún tipo de vicio trascendente en el análisis probatorio realizado por las instancias, la crítica del demandante se convierte en un alegato de instancia en el que cataloga de trascendentes algunas contradicciones que los falladores examinaron bajo otra óptica, desde luego diferente a la suya, pretendiendo imponer su tesis defensiva y su particular estudio de la prueba, conforme con la cual debe restársele credibilidad al dicho

del menor D.M.R.C. y, ante la ausencia de pruebas que demuestren, más allá de toda duda razonable, la existencia de los hechos, absolver al procesado; conclusiones que no solo se encuentran desprovistas de sustento, sino que resultan contrarias a las pruebas practicadas en el juicio.

Sumado a lo anterior, la Corte encuentra que los falladores de instancia analizaron la prueba practicada en juicio, tanto la de cargo como la de descargo, descartaron los argumentos de la defensa y, por último, llegaron al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del procesado en la conducta a él atribuida; valoración que se muestra consonante con la realidad que traslucen los medios de convicción incorporados al juicio, sin que se observe desconocimiento alguno de las reglas de la sana crítica.

Finalmente, el libelista refiere que si los hechos denunciados realmente hubiesen tenido ocurrencia, el menor debió haber sentido un dolor intenso de difícil ocultamiento, o al menos, presentado algún síntoma psicológico que diera cuenta del abuso sexual, afirmaciones que se constituyen en meras especulaciones desprovistas de respaldo probatorio.

Por lo expuesto, el cargo se inadmitirá.

Tercer cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia

Dice el libelista que al final del informe base de opinión pericial suscrito por la doctora Jacqueline Cangrejo Arias, consignó: «se recomienda atención psicoterapéutica para el menor y su núcleo familiar», aparte que, dice el libelista, el Tribunal omitió valorar, lo que «impedía a los jueces de instancia llegar a las conclusiones que propusieron en los fallos».

Lo primero que se advierte es que el censor equivocó la vía casacional para formular el

ataque, pues, el error de hecho por falso juicio de existencia se presenta cuando el fallador omite apreciar el contenido de una prueba legalmente aportada al proceso (falso juicio de existencia por omisión); o cuando, por el contrario, hace precisiones fácticas a partir de un medio de convicción que no forma parte del proceso (falso juicio de existencia por suposición)²⁸; y no cuando, conforme sus propias afirmaciones, se cercena un aparte de ella.

En este caso, lo procedente es alegar la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, en el que se incurre cuando el juzgador, al emitir el fallo impugnado, pasa por alto el contenido objetivo de determinado medio de prueba, bien sea porque hace una lectura equivocada de su texto (falso juicio de identidad por tergiversación), o le agrega aspectos que no contiene (falso juicio de identidad por adición), o le mutila partes relevantes (falso juicio de identidad por cercenamiento); sin embargo, esta no fue la vía escogida por el recurrente, ni mucho menos desarrollada de cara a las exigencias decantadas por esta Corporación.

Sumado a lo anterior, se advierte que la proposición del demandante resulta del todo intrascendente, pues, el aparte que se dice fue cercenado, esto es, que al final del informe base de opinión pericial suscrito por la doctora Jacqueline Cangrejo Arias, consignó: «se recomienda atención psicoterapéutica para el menor y su núcleo familiar», no repercutió de ninguna forma en la declaratoria de responsabilidad.

En efecto, de ese aparte sólo se puede concluir que la profesional sugirió que se le brindara al menor y a su núcleo familiar atención psicoterapéutica, aspecto que no guarda relación con la responsabilidad de Orlando Echavarría Rojas en los hechos investigados.

El cargo se inadmitirá.

Conclusión

Comoquiera que no se sustentó un error en la sentencia, sino la mera discrepancia del recurrente con la valoración probatoria allí contenida, la demanda se inadmitirá.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte en reiteradas decisiones (CSJ, SP, 12 de dic de 2005, rad. 24322; CSJ, SP, 28 de sep 2011, rad. 33181; CSJ, SP, 17 de oct 2012, rad. 34946, entre otras).

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

RESUELVE

Primero: INADMITIR la demanda de casación presentada a favor de Orlando Echavarría Rojas.

Segundo: De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra esta providencia procede el mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 A folios 12 y 13, carpeta del juzgado.
- 2 A partir el record 40:57, audiencia de imputación del 9 de diciembre de 2015.
- 3 A partir del record 1:10:02, audiencia de imputación del 9 de diciembre de 2015.
- 4 A partir del record 1:11:06, audiencia preliminar del 9 de diciembre de 2015.
- 5 A partir del record 3:08:42, audiencia preliminar del 9 de diciembre de 2015.
- 6 A partir del record 3:10:10, lb.
- 7 A folios 29 a 34, carpeta del juzgado.
- 8 A folios 38 a 41, carpeta del juzgado.
- 9 A partir el record 29:39, audiencia de formulación de acusación.
- 10 A folios 87 a 108, carpeta del juzgado.
- 11 A folios 110 a 124, carpeta del juzgado.
- 12 A folios 10 a 45, carpeta del Tribunal.
- 13 A folio 48, carpeta del Tribunal.
- 14 A folios 75 a 108, carpeta del Tribunal.

- 15 A partir del record 26:50.
- 16 A partir del record 47:31.
- 17 A partir del record 52:09.
- 18 A partir del record 46:15.
- 19 A folio 41, carpeta del juzgado.
- 20 A partir del record 5:51.
- 21 A partir del record 16:42.
- 22 A partir del record 22:24.
- 23 Ver también, CSJ SP, mar. 16 de 2016, rad. 43866
- 24 A partir del record 25:49, sesión del juicio oral del 20 de enero de 2017.
- 25 A partir del record 10:42
- 26 A partir del record 12:20.
- 27 CSJ SP, 11 de octubre de 2011, rad. 16471; CSJ AP, 24 de abril de 2013, rad. 40841, entre otros.
- 28 Entre otros pronunciamientos, en CSJ AP, 27 feb. 2013, Rad. 40585, y CSJ AP, 20 nov. de 2013, Rad. 42324.