

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP1721-2019

Radicación n.º 49487

Acta 118

Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Marco Antonio González Pérez.

HECHOS:

El 24 de abril de 2012, al terminar la charla que sobre abusos sexuales dictaba la sicóloga Amparo Gallego Londoño a sus alumnos de la Institución Educativa Gabriela Mistral de Belén de los Andaquíes, NLJE, de ocho años de edad para esa fecha, comentó que tres años antes fue abusada sexualmente.

La docente informó de ese suceso a la defensora de familia, a quien la niña le manifestó que, cuando tenía cinco años, un día que se bañaba en la piscina en la cual su mamá trabajaba, Marco Antonio González Pérez, un señor de 45 años de edad que realizaba arreglos locativos con su padre, la llevó hasta una caseta contigua, donde la sometió con un lazo, le abrió las piernas, la desnudó, como él también lo hizo, y la penetró con su miembro.

Después se colocó sus interiores, salió hacia la piscina y siguió bañándose junto a los niños que allí se encontraban.

ACTUACION PROCESAL:

1.- El 26 de julio de 2012, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Belén de los Andaquíes, se legalizó la captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento contra Marco Antonio González Pérez, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal).

2.- El 20 de septiembre de 2012 se radicó el escrito de acusación. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes llevó a cabo la audiencia correspondiente el 3 de diciembre del mismo año.

3.- El 25 de enero de 2013 se realizó la audiencia preparatoria.

El juicio se inició el 29 de mayo siguiente por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, pero ante el impedimento manifestado por la juez que reemplazó temporalmente a la titular, la actuación la asumió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, despacho que anuló lo actuado, y reinició el juicio que se prolongó hasta el 24 de febrero de 2014, día en que anunció el sentido condenatorio del fallo.

El 17 de marzo de 2014 se leyó la sentencia, mediante la cual se condenó a Marco Antonio González Pérez a 144 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal)

4.- Esta determinación fue recurrida por el defensor, siendo confirmada por el Tribunal

Superior de Florencia el 20 de septiembre de 2016.

5.- El 6 de agosto de 2018 la Sala admitió el recurso, llevándose a cabo la audiencia de sustentación el 28 de agosto del mismo año.

DEMANDA DE CASACIÓN:

Primer cargo. Con fundamento en la causal segunda de casación formula un cargo por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad (artículo 181 numeral 2 de la Ley 906 de 2004).

La irregularidad, que afecta la estructura del proceso, se origina en la incompetencia del Juez Segundo Penal del Circuito de Florencia, a quien le fue asignado el proceso. Según el recurrente, conforme al mandato del artículo 43 de la Ley 906 de 2004, es competente por el factor territorial, el juez del lugar donde ocurrió la infracción.

Esta regla fue desobedecida. En efecto, con el argumento de que había actuado como Juez de garantías en el mismo caso, la Juez Penal del Circuito, encargada para ese momento del despacho, se declaró impedida, enviando por esa razón el proceso al Juzgado Penal de Florencia. El demandante considera que, al reintegrarse la titular del despacho, el asunto ha debido regresar a su sede, sin que eso ocurriera, por lo cual, en su parecer, se afecta sustancialmente la estructura del debido proceso.

Ni siquiera, sostiene, la competencia podía retenerla el juez incompetente, con fundamento en el artículo 64 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual la competencia no se recupera por la desaparición de la causal de impedimento, de manera que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, como pide que se declare, al afectarse la competencia territorial que es prevalente.

Segundo cargo. Con apoyo en la causal tercera de casación demanda la nulidad por

violación indirecta de la ley sustancial por quebrantamiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

Por mandato expreso del artículo 33 de la Constitución Política, nadie está obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, y demás personas mencionadas en la citada norma, enunciado que complementan los artículos 68 y 385 de la Ley 906 de 2004.

Según la actuación procesal, dice el recurrente, la menor NLJE manifestó al terminar un taller en la institución escolar en que se hablaba de abusos contra menores, que fue ultrajada sexualmente. Bastó esa información para que la sicóloga y docente Amparo Gallego la entrevistara en privado, sin avisar a las directivas del plantel y a sus padres, quienes son los únicos que podían autorizar la entrevista. Por lo tanto, todas las declaraciones posteriores en los cuales la niña ofreció su versión, incluidas la que le ofreció a la investigadora judicial y la del juicio oral, son en su criterio ilegales.

Por infracción a la misma norma es ilegal la declaración fuera del juicio y la que ofreció en el debate oral la madre de la menor, a quien tampoco se le puso de presente el indicado precepto constitucional, solemnidad que también se omitió en las diligencias realizadas con la médico y perito de medicina legal.

Estas pruebas, que en su parecer son sustanciales para definir la autoría y responsabilidad del procesado, son ilegales y no podían ser apreciadas por el Juzgador.

Solicita casar la sentencia por estas razones.

Tercer cargo. Con fundamento en la causal tercera denuncia la infracción indirecta de la ley por error de raciocinio (artículo 181 numeral 3 de la Ley 906 de 2004).

Los medios de prueba, elementos materiales probatorios y la evidencia física se deben analizar en conjunto (artículo 380 de la Ley 906 de 2004). A partir de este enunciado,

considera que el juzgado y el tribunal no apreciaron las pruebas en esa dimensión, sino parcial y unidimensionalmente, y no general y contextualizadamente.

Al apreciar las pruebas aisladamente, no se percataron que la sicóloga Amparo Gallego refirió que la niña no supo precisar inicialmente en qué consistió el abuso y cuándo ocurrió, sino que fue después, al ser entrevistada ilegalmente, que adujo que sucedió cuando se bañaba en la piscina donde trabajaban sus padres, el uno en albañilería, y su madre atendiendo una tienda de comestibles en el mismo lugar, lo que pone en duda su versión.

Además, por no analizar la prueba en conjunto, el Tribunal no tuvo en cuenta que la niña siempre estuvo bajo la vigilancia de su madre, quien manifestó en el juicio que su hija no le comentó nada en relación con la supuesta agresión sexual, que no observó rastros de sangre en su ropa interior y que no presentó ningún síntoma ni problemas de salud, lo cual permite inferir que el supuesto abuso no ocurrió, y menos en la forma que la niña lo comenta: que fue sujeta con un lazo para accederla en un lugar contiguo al que se encontraba su madre.

Solicita casar el fallo y dictar el de reemplazo.

Cuarto cargo. Demanda la sentencia por haber incurrido el juzgador en errores de hecho por falso juicio de existencia (Numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004).

El Tribunal sustentó su sentencia en la credibilidad que le confirió a la declaración de la menor. Pero no tuvo en cuenta que la niña se refirió a la presunta agresión sexual al asistir a un taller en el cual se hablaba del maltrato de un padre a su hija. Por eso la sicóloga Amparo Gallego dijo que la niña no se refirió inicialmente al abuso ni en qué consistió, afirmación que concuerda con la declaración de la madre de la menor, que no notó rastros de dicha conducta, situaciones que en criterio del recurrente demuestran que la menor elaboró una ficción que no concuerda con la realidad.

Si a ello se agrega, dice, que el dictámen forense señaló que la desfloración puede tener diversas causas, entonces no existe prueba de la responsabilidad.

AUDIENCIA DE SUSTENTACION

Demandante.

Reitera esencialmente el tema de la competencia por el factor territorial en los términos en que fue planteada la censura, y reafirma los cargos de nulidad y por infracción indirecta de la ley, sin más novedades que las consignadas en la demanda.

Fiscalía.

Solicita que no se case la sentencia.

En su criterio, el primer cargo de nulidad por violación del debido proceso por desconocimiento de la competencia por el factor territorial, consistente en que al regresar la titular del despacho sobre quien no recaía el impedimento, sino sobre quien la reemplazó temporalmente, no puede prosperar debido a que no se afecta la estructura conceptual del proceso, y normativamente, al desaparecer la causa del impedimento, el expediente no debe regresar al despacho de origen.

En cuanto al segundo cargo considera que la sustentación es confusa. En primer lugar, porque las versiones fuera del juicio no tienen el carácter de prueba, como si las que con el total de garantías rindieron en el juicio la niña (Ley 1652 de 2013) y la madre de la menor. De manera que no solo se practicaron con las formalidades inherentes a dichos actos, sino que no requerían que se les pusiera de presente el derecho a la no autoincriminación, pues ni madre ni hija están comprometidas con la conducta investigada: son víctimas y no acusadas.

En cuanto a los cargos tercero y cuarto, si bien el recurrente los formuló separadamente por errores de hecho por falso raciocinio y de existencia, en su orden, no cumplió con la carga que en estas materias se exige, de manera que simplemente esbozó su particular criterio frente al examen que el tribunal hizo de las pruebas en particular y en conjunto, con apoyo en la más elaborada jurisprudencia sobre el tema.

Procuraduría.

Pide no casar la sentencia.

Los dos primeros cargos son improcedentes e infundados. En ningún caso se afectó la estructura conceptual y material del proceso. No le asiste razón al demandante.

En cuanto a los cargos por errores de hecho, de existencia y de raciocinio, en la apreciación probatoria, tampoco pueden prosperar.

Estos cargos corresponden a un solo. La niña distinguió al acusado, lo identificó físicamente, con su nombre y apodo, y coherentemente relató cómo fue abusada.

Además de que dicha declaración no fue desvirtuada, considera que el Tribunal analizó la prueba en conjunto: concatenó la entrevista que la menor rindió ante la sicóloga Rosa Elvira Hermosa Pulido, funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigación, con la declaración de la niña en el juicio, el testimonio de Amparo Gallego y el concepto médico, para concluir fundadamente que el acusado fue el autor de la conducta.

Pide mantener la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero. La Sala, de atender formalmente el principio de prioridad, debería pronunciarse sobre los primeros cargos en los cuales se plantean irregularidades en la actuación. Sin

embargo, como las censuras en las que se demanda errores de apreciación probatoria se aceptarán, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre los primeros, que además son totalmente infundados.

En el sentido indicado, la Corte ha precisado que de surgir tensiones entre la declaración de ineficacia de lo actuado como consecuencia de configurarse vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de exonerar al acusado de responsabilidad penal, debe preferirse la opción que reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material.¹

Segundo. En los cargos tercero y cuarto se denuncian errores de apreciación probatoria. En el primero se postula un error de raciocinio y en el otro un error de hecho por falso juicio de existencia. Es evidente que el demandante no lo hizo con la ortodoxia que el recurso demanda, pero en esencia denunció la incorrecta apreciación conjunta de la prueba, un elemento esencial para la aproximación racional a la verdad. La Corte, por lo tanto, resolverá los cargos conjuntamente por tratarse de argumentos complementarios.

Con ese propósito se precisará lo siguiente:

1.- Pruebas practicadas en el juicio:

1.1.- La menor NLJE declaró en el juicio que Marco Antonio González Pérez, un señor que trabajaba con su padre en la piscina en donde también lo hacía su madre, la accedió carnalmente. Esto dijo la menor:

“... Un día mí mamá nos llevó a las piscinas. Ese día yo no estaba estudiando en la escuela Gabriela Mistral, y yo estaba bañándome en la piscina con otros niños, y después yo me salí de la piscina para donde estaba mi mamá. Y yo iba pasando al pie de la tienda del señor

que le dicen Machuca, y Machuca me llamó, que si yo quería una menta, y yo le dije que no, y ahí este señor Machuca estaba dentro de la tienda y después se salió por una puerta pequeñita y me cogió de los hombros con las manos y me entró con rabia a donde él vende chitos, y él me cogió duro con las manos y me apretó duro los hombros... y después Machuca me acostó en el suelo de la tienda y me dio besos en la boca y me quitó los cucos -yo tenía puesto un chingue de color verde y ese chingue tiene un top, faldita y los cucos—, y Machuca tenía puesto un buzo y unas pantalonetas y unos interiores debajo de las pantalonetas, y zapatos, y se quitó el buzo, las pantalonetas y los interiores, y ahí yo le miré el pene a él y machuca puso la ropa encima de una mesa, y después Machuca se me montó encima y ahí me abrió las piernas y metió el pene en la vagina, y después él me levantó de las manos y me dijo váyase niña y yo me puse los cucos y me fui a bañarme a la piscina, y Machuca se quedó adentro de la tienda y Machuca me hizo eso una vez no más, y nadie vio lo que él me hizo, porque nadie más salió de la piscina, solo yo me salí...”

1.2.- Neyith Johana Escarpeta, mamá de NLJE, por su parte, declaró lo siguiente:

“Mi hijo tiene 12 años y mi hija 10 años.

Viví en Belén de los Andaquíes, en el año 2012, y en el 2009 también.

¿Qué actividades desempeñó?

Lo único, he ayudado a administrar un negocio de vender dulces en una piscina, la verdad no tengo muy claro la fecha y el mes.

¿En qué fecha laboró en el sitio?

No señor.

Si no recuerda los meses. ¿El año?

No estoy segura, pero creo que fue en el mes de marzo, que estuve laborando en las piscinas del señor Marcos.

¿Recuerda el año?

2009

¿Qué edad tenían sus hijos para esa época en la que usted laboró en la piscina?

Mi hija tenía 5 años y mi hijo 7 años

¿Qué hacía en ese establecimiento?

Había un negocito de venta de dulces, recoger la plata de la piscina cuando los niños iban a bañarse, de pronto una cerveza durante el día, trabajé aproximadamente como mes y medio.

¿En alguna oportunidad conoció alguna circunstancia que haya acaecido con uno de sus hijos?

No señor.

¿Recuerda porque la llamaron en el año 2012?

Me dijeron que si podía ir a la escuela, y ella me comentó y me mostró un video, pero no me dijo nada en claro, me mostró un video.

¿Le dijo la razón?

No, me mostró un video y que qué opinaba de un abuso sexual, y le dije que era muy duro para una madre saber una cosa de esas.

En Bienestar me dijeron que había sido abusada y me comentó lo que la niña había comentado.

Me preguntaron si yo había visto de pronto sangrado o algo de la niña. Contesté que no, que nunca había sabido nada de nada.

En una ocasión, le dije a la doctora Carolina, que un niño, cuando mi niña tenía 5 años, el niño tenía aproximadamente siete años, había estado encima de la niña. Me dijo ella, ¿estuvieron los niños desnudos? Le dije no señora, no me consta, me dijo no, eso es un juego de niños, llamémoslo así, porque a esa edad un niño no puede hacerle daño a una niña.

¿Volvió a ser llamada a otra institución por ese mismo asunto?

A la fiscalía para traer a la niña al sicólogo.

¿Le preguntó a la niña?

No señor. Es incómodo para la niña y para mí. La niña no me manifestó nada.

A las preguntas de la defensa:

“¿Qué hacían los niños cuando iban a la piscina?

Los niños se la pasaban conmigo, mirando al papá o bañándose.

¿Cuál de sus dos hijos es más apegado a usted?

La niña.

¿Eso significa que ella permanecía más con usted?

Sí señor.

¿Quién cuidaba a los niños cuando estaban en la piscina?

Yo, porque yo no me la pasaba ni para arriba ni para abajo, sino allí en el puesto donde está la tiendita, me la pasaba allí con ella, como la piscina queda al frente yo la estaba mirando, vigilando.

¿Se mantuvo permanentemente vigilante?

Sí señor.

¿Nunca los descuidó?

No señor.

¿Y la niña le llegó a comentar que hubiese pasado algo allá en la piscina?

No.

¿En el 2009 le lavaba la ropa interior a la niña?

Si señor

¿Y Usted observó que hubiese manchas de sangre en la ropa interior?

No señor.

¿Y usted en el 2009 tuvo que llevar a la niña a consulta médica porque tuviese alguna afectación en el área genital?

No señor.

¿Le llegó a comentar que se sentía mal en su organismo, de los hombros o lastimada en alguna parte de su cuerpo?

No señor.

1.3.- En el concepto médico forense, que incluye la anamnesis a la menor -información suministrada por la niña, en la que afirmó que tres años antes del examen fue accedida carnalmente—, y el examen físico, la perito concluyó:

“Examen físico: Buenas condiciones generales, FC: 74 x min. FR 18 x min, TA 36.5 C, Mucosas húmedas y rosadas, cardio pulmonar ruidos cardiacos rítmicos, no soplos, pulmones normo ventilados sin sobre agregados, abdomen blando depresible, no doloroso, no irritación peritoneal, SNC: alerta, orientada, no déficit.

Genitales. Se observa desgarró himeal completo, antiguo, no eritema, no sangrado, no signos de infección.

Diagnóstico: Abuso sexual abusivo con menor de 14 años.”

Igualmente, al ser interrogada por el juzgado, la médica manifestó:

Dentro de su conocimiento técnico científico y valoración que realizó concluyó desgarró himeal completo. ¿Dentro de su conocimiento, puede determinar con lo que observó en su paciente, una aproximación a ese presunto desgarró?

No.

Manifestó al defensor que se trataba de abuso sexual con menor de 14 años, ¿lo hizo a partir de esa manifestación de la menor?

A partir del testimonio, porque la paciente refirió que fue tres años atrás.

Dijo que el resultado de la ruptura del himen se puede producir por diferentes causas, ¿en esos hallazgos que encontró, puede determinar si la causa de ese desgarró fue la introducción del miembro viril?

No.

2.- Argumentos de la decisión de instancia.

Después de referirse a la filosofía del tipo de prohibición y al interés del derecho por proteger a personas en formación que no tienen capacidad de comprender el acto sexual, el Tribunal destacó, recurriendo a la más autorizada jurisprudencia sobre el tema, la importancia del testimonio de los menores cuando de juzgar agresiones sexuales se trata, y en particular cuando no existen otros testigos directos respecto de la ocurrencia de la conducta.

Estimó, luego de transcribir los apartes más importantes de la declaración de NLJE, que no se puede considerar que la niña haya inventado o dicho mentiras con respecto a cómo fue accedida carnalmente, pues su relato es uniforme y coherente. Al respecto, concluyó:

“De lo anterior, se evidencia como resultado de la entrevista que la niña está en capacidad de narrar y describir de manera clara, detallada y precisa, las circunstancias de los hechos, probablemente relacionados con el caso, a más que la menor presentaba habilidades propias para su edad, tales como, proceso de pensamiento, memoria en términos de corto y mediano plazo, habilidad verbal, motricidad gruesa y fina, y sus términos respecto al desarrollo evolutivo, su edad y desarrollo de habilidades eran acordes y coherentes.”

Se refirió a la declaración de la madre de la menor, de la cual refirió lo siguiente:

“La declaración de la madre de la víctima aludió las circunstancias que le permitió conocer sobre los hechos materia de juzgamiento, así como su conocimiento respecto del

comportamiento de aquel y, por ende, no puede fungir como uno de los fundamentos para impartir condena al procesado, pero si resulta eficaz para establecer la credibilidad la víctima, quien fungió como única testigo presencial del incidente.”

Mencionó igualmente la declaración de la sicóloga judicial y el concepto de la médica forense, y en ellas se apoyó para confirmar la sentencia dictada contra el acusado.

Aludió a las declaraciones de Marina García, directora de la Escuela de Audiovisuales, y de Tomás Claros, maestro de obra, quienes aseguraron que el acusado trabajó en la construcción de la escuela de Audiovisuales durante los años 2008 y 2009, desde las 7 de la mañana hasta las 5 de la tarde, sin observar comportamientos indebidos con los menores que asistían a dicha escuela.

De todo ello concluyó que la declaración de la menor y el concepto médico legal eran esenciales para ratificar la condena contra el acusado.

3.- La Sala ha señalado que la aproximación racional a la verdad, entendida como el conocimiento para condenar, se produce en el juicio, con inmediación y confrontación, y no por fuera de él (artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En ese orden, el conocimiento más allá de toda duda razonable, uno de los más altos valores y que más exigencias de objetividad plantea en el proceso penal, requiere de un juicio sistémico que implica apreciar individualmente cada evidencia –conforme a las reglas de cada medio— y el análisis sistemático con los demás medios de prueba, método legal con el cual se pretende garantizar que la conclusión que se obtiene puede soportar todos los intentos de refutación de un discurso racional.

De manera que el testimonio, que versa sobre hechos que le constan al declarante (artículo 402 de la ley 906 de 2004), se debe apreciar teniendo en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, la naturaleza del objeto percibido, la sanidad

de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, la rememoración, el comportamiento en el interrogatorio, la forma de las respuestas y la personalidad del testigo (artículo 404), y mediante una visión holística o en conjunto con los demás medios de prueba.

Desde este punto de vista, hay que reiterar que en materias tan delicadas como las que afectan la dignidad y la autonomía ética de las personas, como ocurre tratándose de atentados sexuales, la apreciación del testimonio de la víctima que es ya de por sí compleja, es mucho más complicada cuando la ofendida es menor de edad. En tal sentido, como se ha indicado en la jurisprudencia de la Sala, cuando las víctimas de agresiones sexuales son menores, su declaración es de gran relevancia y de preponderante mérito persuasivo², pero eso no significa, en modo alguno, que su dicho pueda apreciarse con prescindencia de la crítica testimonial, como al parecer lo entendieron los juzgadores en el presente caso, para quienes la declaración de NLJE y la comprobación de su desfloración, conforman una unidad incriminadora –y eso les basta— con la que se supera el umbral de la duda razonable.

En ese margen hay que convenir en que el testimonio de los menores de edad ha sido tratado con una delicada ductilidad atendiendo la reconocida primacía constitucional de sus derechos (artículo 44 de la [Constitución Política](#))³, pero eso no autoriza que su declaración se pueda analizar por fuera del conjunto probatorio, o excluyendo pruebas o mutilando otras, o al margen de toda crítica, en perjuicio de los derechos del acusado, pues como también lo ha expresado la Sala:

“Lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos,

sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria.” “ 4

O, más recientemente:

“Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediablemente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal...”⁵

Bajo esa perspectiva de análisis, se debe convenir que la menor en su relato identificó al agresor -a quien conocía porque trabajaba con su padre—, y tal como lo explicó en declaraciones anteriores, en el juicio reiteró que la sujetó con un lazo, la desvistió, mientras él también se desnudaba, y la penetró con su miembro viril. No se refirió, ni su mamá tampoco, a motivos de enemistad entre el acusado y su familia, ni a amenazas que pudieran poner en tela de juicio, por esa razón, la declaración de la niña. A partir de allí, apoyado en la jurisprudencia sobre la apreciación del testimonio de menores, y en el dictamen médico legal que corroboró que la menor presentaba una ruptura himeal antigua, el Tribunal concluyó que la declaración de NLJE era creíble.

4.- Esa conclusión es el producto de un análisis acrítico y asistemático de la prueba. Así, no analiza el testimonio mismo, ni en contexto. En su lugar, utiliza la jurisprudencia sobre el testimonio, pero no analiza el contenido de la declaración, ni la aprecia en conjunto, y a

través de una lectura simplista del dictamen pericial, hace de esta una prueba de corroboración periférica, mutilando otros medios de prueba que, desde el punto de vista de la crítica testimonial, ponen en tela de juicio la versión de NLJE.

En efecto, el conjunto de la prueba permite observar que resulta especialmente extraño que una menor de cinco años no le contase a su mamá del abuso, teniendo en cuenta que estaba junto a la niña en el momento en que dice que fue objeto de ese acto supremamente ofensivo. Es incomprensible que de haber ocurrido como lo refirió la menor no informara a su madre, a quien sí tuvo el cuidado de contarle otro menos ofensivo, como aquel en que un niño se posó sobre su cuerpo, cuando también tenía 5 años de edad, a lo que nadie le dio importancia, pese a su contenido erótico, así el protagonista fuera un menor de edad.

En lo pertinente, en la audiencia del 5 de febrero de 2014, Nini Johana Escarpeta, madre de NJLE, declaró sobre el tema lo siguiente:

“Me dijeron que la niña había sido abusada y tenía el himen desflorado.

(39:00) Me preguntaron si había visto sangrado a la niña y les dije que nunca. Nada de nada.

¿La niña le comentó si había sucedido algo en el sitio en donde usted laboraba?

(39:24) No señor, lo que me comentó la niña, lo que yo comenté en el Bienestar familiar, que en una ocasión, le dije a la doctora Carolina, que un niño cuando mi niña tenía cinco años, el niño tenía aproximadamente siete años, había estado encima de la niña. Me dijo ella, ¿estuvieron los niños desnudos?’ Le dije no señora, a mí no me consta porque eso no fue así. Me dijo eso es un juego de niños, llamémoslo un juego de niños. Un niño a esa edad no puede hacerle daño a una niña. (Se subraya)

¿Usted habló con la niña respecto de lo sucedido?

No señor. Me recate de no estar preguntándole a la niña, porque eso es como incómodo, tanto para la niña como para mí. (41:10)

¿Pero alguna vez la niña voluntariamente le manifestó algo sobre eso?

(41:26) No señor.

Es muy preocupante, entonces, que NLJE le contara a su madre un hecho que las sicólogas consideraron simplemente anecdótico, pero que indudablemente le llamó la atención a la niña y que, sin mediar ninguna amenaza o recriminación, no hubiera avisado a su mamá de una agresión sexual de unas proporciones inocultables, de haber ocurrido como NLJE la relató. Al omitir este segmento de la declaración de Nini Johana Escarpeta, mamá de NLJE, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad al mutilar apartes de la prueba, esenciales para valorar sistémicamente el testimonio de la menor y su credibilidad.

Desde la experiencia, resulta incomprensible que quien fue objeto de vivencias de contenido erótico -así se haya atenuado su importancia por ser obra de un menor—, calle frente a actos agresivos y de mayor significado, o los oculte, o decida después de ser objeto de semejantes abusos seguir con su día y sus juegos, como si nada hubiera pasado, sin que además nadie, ni ese día, ni después, notaran rastros de la agresión en su cuerpo o en su forma de actuar, como lo percibió la sicóloga Rosa Hermosa, quien refirió en su concepto que entrevistó a una niña tranquila, colaboradora, y no a una con vestigios de haber sido abusada sexualmente.

A nadie, inconcebiblemente, se le ocurrió preguntarle en el juicio sobre estos temas tan delicados, quizá con el argumento de que la niña podía ser revictimizada -cuestión que desde luego se debe evitar a toda costa y siempre, pero que no puede ser la excusa para aclarar temas sensibles—, y por qué calló cuando en otras oportunidades no lo hizo, siendo que no fue intimidada para que no lo hiciera.

Por todo ello, la declaración de NLJE, aislada del conjunto probatorio y apreciada acríticamente, puede conducir a un enunciado verosímil pero no verdadero. Verosímil, en cuanto se soporta en un suceso que la testigo narra y que aparenta ser verdad en la forma que la testigo lo cuenta, pero no verdadero, en cuanto la reflexión conjunta de la prueba demerita su credibilidad.

O peor, suponer, como a veces se sortea estas situaciones, que la niña no fue accedida, sino maltratada, porque una niña a esa edad no puede distinguir entre el acceso carnal, y el simple intentó de hacerlo, lo cual implica caer en el error de suponer lo que la menor dice, y no lo que expresa, falseando de esa manera su narración.

4.- El otro medio probatorio que soporta la decisión del Tribunal es el concepto médico legal.

En los términos del artículo 405 de la Ley 906 de 2004, la prueba pericial es procedente cuando es “necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.” Por tratarse de conocimientos especializados, al perito se le debe interrogar “sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.”⁶ La médica que realizó la pericia, según expresó en audiencia, señaló que su experiencia, para el momento en que realizó el examen forense a la menor, se circunscribía a la que tenía como profesional que realizaba el año rural en la sección de urgencias en el Centro de Salud en Belén de los Andaquíes. Esa experiencia limitada seguramente explica que no haya tenido en cuenta variables imprescindibles que su concepto requería, tales como las secuelas que pueden producirse cuando existe penetración del miembro viril en una persona menor de seis años.

En el concepto pericial, pese a que la niña le comentó a la médica forense que había sido accedida carnalmente cuando tenía cinco años de edad, no se analizaron las secuelas que se pueden generar en esas condiciones, por lo cual el examen médico legal se limitó –en lo

cual pesa mucho la formación del perito, una profesional sin experiencia en estas materias, según lo indicó al rendir el concepto—, a corroborar que la menor presentaba un desgarramiento antiguo del himen, que también explicó que podía obedecer a diferentes causas.

A partir de tales elementos de juicio, si se atiende sin objeción alguna la versión de NLJE, habría que concluir que el atentado a la libertad, integridad y formación sexuales, del cual dijo haber sido víctima, tuvo lugar antes de cumplir seis años de edad, lo que implica que de haber sido accedida en tales condiciones (ahí me abrió las piernas y metió el pene en la vagina), como lo enseña la experiencia, le habría ocasionado algún tipo de lesión, que en este caso no le impidió salir a compartir nuevamente en la piscina con sus amigos, como si nada hubiera ocurrido.

Luego, si se atiende sin mayor objeción el relato de la niña y si se asume, como la menor lo asegura, que fue penetrada vaginalmente, la consecuencia lógica que se impone es que la secuela de ese acto no podía pasar desapercibida, dado que no se trata de una menor con himen complaciente, nada de lo cual, por supuesto, se revela en el concepto sexológico, pese a que la médica tuvo la información necesaria e indispensable para explorar en tales condiciones las secuelas de la agresión. En tal sentido, es inconcebible que la madre de la menor no hubiera notado el menor rastro de haber ocurrido ese tipo de abusos, pues siempre estuvo al tanto de la menor, según dijo. No la descuidó un instante, como afirmó en su declaración, y más si lavaba su ropa interior, la aseaba, la protegía y cuidaba, sin que notara el más leve indicio de una agresión que, de haber ocurrido como NJLE la narró, resultaba cuando menos inocultable físicamente, considerando la edad de la niña y la del presunto agresor.

De manera que estas circunstancias obligaban a la fiscalía, y a los jueces, a ser supremamente prudentes al momento de apreciar su dicho, más aún si no se contaba con ninguna otra evidencia directa en contra del acusado.

En esas condiciones, la coherencia de la declaración de la menor, no puede deducirse solamente, como lo concluyó el Tribunal, de que en términos muy similares haya narrado las circunstancias en que pudo ocurrir el hecho ante la funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigación (declaración que se introdujo legalmente al proceso), y posteriormente en el juicio, sino en la corroboración de su dicho con las demás pruebas que obran en el proceso.

Si así es, ¡cuánta inquietud genera que una niña de cinco años pudiera ir nuevamente a la piscina a seguir su día como si nada hubiese ocurrido, sin que nadie notara el menor vestigio de un acto que por los efectos dramáticos que se habrían producido, de haber ocurrido como la niña los contó, no podrían ocultarse!

5.- Como toda prueba, el dictámen médico legal debe analizarse individual y en conjunto.

En tal sentido, recuérdese que la Corte, en la SP del Rad. 50637, al analizar la pertinencia y necesidad de la prueba pericial, sintetizó lo siguiente:

“Cuando la parte pretende utilizar dictámenes periciales para demostrar su hipótesis factual, debe tener claros los aspectos analizados en precedencia, entre los que cabe resaltar: (i) cuál es la base fáctica del dictamen; (ii) cómo pretende demostrar ese componente del dictamen; (iii) cuál es el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que busca demostrar con la opinión; (iv) cuando pretende fundamentar su teoría del caso en prueba de referencia, debe precisar cuáles son los datos adicionales que se demostrarán con el experto, bien porque los haya percibido “directa y personalmente” o porque puedan acreditarse con su opinión; (v) tiene el deber de constatar si esa información es suficiente para cumplir el requisito previsto en el artículo 381 en cita; etcétera.

Por lo que se ha indicado, la base de la opinión pericial, consistía en determinar rastros de abuso sexual, para lo cual el perito debía considerar el relato de la menor acerca de las circunstancias en que pudo ocurrir tal suceso, cuestión que la perito omitió.

En ese orden no es aceptable que en el concepto pericial se omitiera analizar las circunstancias que refirió la menor: un acceso carnal a los cinco años de edad, y el juez tampoco podía ignorar esas particularidades al practicar y juzgar el mérito de la prueba. Esa es precisamente la importancia que tiene el principio de inmediación que, no se puede limitar como se cree, a estar presente en la práctica de la prueba, o a escuchar lo que ocurre en la audiencia, sino a participar, con las limitaciones propias del sistema procesal y dentro del irrestricto respeto a las partes, en la aproximación racional de la verdad.⁷

En el examen médico realizado el 3 de mayo de 2012, la médica refirió que la menor le explicó que fue accedida tres años atrás, y que el agresor le introdujo el pene varias veces por la vagina, limitándose la experta a constatar rastros de una desfloración antigua que, según explicó en audiencia, no podía determinar si era consecuencia indefectible de un acceso carnal. No evaluó, en todo caso, el entorno fáctico que le puso de presente la examinada, sin que la defensa, ni la fiscalía, ni el juez, indagaran sobre ese aspecto, como tampoco lo hicieron al recepcionar el testimonio de la menor.

En ese contexto, si el artículo 420 de la Ley 906 de 2004 dispone que al apreciar la prueba pericial se debe considerar, entre otros elementos, “la consistencia del conjunto de respuestas,” las que deben corresponder con la base de la opinión pericial (artículo 415 de la Ley 906 de 2004), entonces las conclusiones no corresponden al escenario fáctico que debió examinar, y no reflejan por lo tanto la seguridad y consistencia que la prueba pericial demanda.

De otra parte, como lo ha señalado la Corte, si bien las declaraciones que ofrecen los afectados al médico legista no pueden ser apreciadas por el juez sino se incorporan al juicio con observancia del debido proceso (CSJ SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637), eso no significa que la legista se pueda desentender de los datos fácticos que le entrega la examinada. En este caso, si la niña le manifestó que fue accedida sexualmente

cuando tenía cinco años, la legista debió referirse a las consecuencias que un acto de esa magnitud podía causar a una niña a esa edad, o si era posible y por qué, que ningún rastro quedara de esa agresión.⁸

Si a ello se agrega, como lo sostiene algún sector muy importante, que la prueba pericial no es una prueba en sí, sino que está destinada a brindar al juez elementos de apreciación, entonces hay que concluir que el concepto pericial es precario, en este caso, para sustentar el conocimiento más allá de toda duda razonable, al no haber considerado el perito situaciones que le fueron expuestas por la presunta víctima (hechos) y que era imprescindible explorar (opinión).

6.- Las demás pruebas practicadas no aportan mayor ilustración a la decisión: la de la psicóloga y docente Amparo Gallego, porque se limita a exponer a manera de referencia las circunstancias en que la niña le comentó del abuso del cual habría sido objeto, tema que se llevó al proceso a través de la declaración de NLJE. Tampoco la de Rosa Elvira Hermosa Pulido, psicóloga del CTI, con la que se pretendía, entre otros objetivos, entrevistar a la víctima y establecer “la valoración psicológica de la menor”, pues esta explicó que le estaba vedado realizar este tipo de estudios. Con todo, señaló en su concepto que la menor presentaba una “actitud tranquila, confiada y con disposición de suministrar información sobre el caso”, datos que la investigadora percibió directamente y que no concuerdan con los parámetros de lo que se conoce como el “síndrome del niño abusado” o de cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso.

7.- Dos son los pilares fundamentales de un debido proceso en un Estado democrático: la presunción de inocencia y el respeto de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la presunción de inocencia solo se disipa si judicialmente se obtiene el conocimiento más allá de toda duda razonable que permite desvirtuar la garantía reconocida a favor del ciudadano.

Como consecuencia de los errores puestos de presente, las pruebas decretadas y practicadas no llevan a la exigencia que se requiere para acreditar la autoría y responsabilidad del acusado por la conducta por la cual fue juzgado. Se configura, por el contrario, una duda razonable en relación con los cargos imputados.

Los cargos prosperan. Por la tanto, se absolverá a Marco Antonio González Pérez de los cargos por los cuales fue acusado. Se ordenará, en consecuencia, su libertad inmediata por este caso.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- Casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Florencia el 20 de septiembre de 2016, mediante la cual confirmó la condena impuesta a Marco Antonio González Pérez, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal).

2.- Absolver a Marco Antonio González Pérez de los cargos por los cuales fue acusado.

En consecuencia, se ordena la libertad inmediata del acusado por razón de este caso. Se girará la orden de libertad correspondiente.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. SP del 10 de junio de 2008, Rad. 28693 y SP de 17 de junio de 2009, Rad. 27816, y SP del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948.

2 CSJ. SP (lo del tema de la jurisprudencia sobre menores)

3 Cfr., por todos, y en detalle, CSJ. SP, del 11 de julio de 2018, Rad, 50637.

4 CSJ. SP del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, reiterada en SP del 10 de octubre de 2.007, radicado 24.110.

5 CSJ. SP del 11 de junio de 2018, radicado 50637. En igual sentido, y en detalle, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866

6 Numeral 1 del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal

7 En la CSJ SP del 30 de enero de 2017, Rad, 42656, que reitera lo expresado en la del 12 diciembre de 2012, rad. 38512, se ha dicho que “al no estar consagrado en el cumplimiento de los deberes adquiridos por el Estado frente a Instrumentos Internacionales que reconocen los derechos humanos la implementación o el respeto absoluto de la intermediación, no es por lo tanto un componente esencial del debido proceso y solo hace parte del sistema previsto en la Ley 906 de 2004.”

8 En la sentencia del 21 de octubre de 2013, Rad. 32983, se analizó un caso similar en dónde se destacó que en ciertos casos en donde la menor de edad es accedida, las consecuencias de esa relación abusiva son necesaria y físicamente traumáticos.