

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

SP3216-2019

Radicado N° 45517.

Acta 204.

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

1. Examina la Corte, en sede de casación, el fallo de segunda instancia emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de septiembre de 2014, mediante el cual confirmó la sentencia proferida el 5 de mayo del mismo año por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de esta capital, en el que condenó a EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA, en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso heterogéneo con acto sexual con menor de catorce años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo; al tiempo que MARTHA XIMENA CANO PINEDA fue sentenciada como autora del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con inducción a la prostitución e incesto.

HECHOS

2. El 20 de agosto de 2012 MARTHA XIMENA CANO PINEDA convenció a su hija K.M.M.C., de 13 años de edad, para que tuviera relaciones sexuales con EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ

HERRERA, compañero sentimental de la primera, con el propósito de obtener mejores condiciones económicas.

2.1. En efecto, para esa fecha MARTÍNEZ HERRERA arribó al lugar de residencia de CANO PINEDA, ubicada en el sector de Bosa de la capital del país, en donde los dos adultos copularon en presencia de la niña K.M.M.C., quien, seguidamente, acatando aquella sugerencia, sostuvo relaciones sexuales con el compañero sentimental de su progenitora, al tiempo que la última los observaba.

2.2. Los vejámenes sexuales que incluyeron, además, tocamientos en los senos de la menor, se repitieron en múltiples oportunidades en el mismo inmueble, una de ellas, el 21 de septiembre de ese año, última vez en que K.M.M.C. fue accedida por MARTÍNEZ HERRERA, al paso que el 20 de octubre siguiente la menor grabó, en el teléfono celular de aquél, el encuentro sexual que ese día la mencionada pareja de adultos sostuvo.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3. El día 9 de enero de 2013, ante el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se celebró audiencia concentrada en la que (i) se impartió legalidad a la captura de EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA y MARTHA XIMENA CANO PINEDA, a quienes (ii) se les formuló imputación, así: respecto del primero de los enunciados, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales abusivos con menor de catorce años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo; y, en relación con CANO PINEDA, como autora del punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, inducción a la prostitución e incesto, en concurso homogéneo y sucesivo, y en concurso heterogéneo y sucesivo, en condición de cómplice, con acceso carnal abusivo agravado; cargos que no fueron aceptados por los imputados, al paso que (iii) les fue impuesta medida de aseguramiento restrictiva de la libertad en establecimiento de reclusión.

3.1. La fiscalía presentó escrito de acusación el 11 de febrero de 2013 en el que consignó la siguiente calificación jurídica respecto de cada uno de los implicados:

EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ LÓPEZ: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con acto sexual con menor de catorce años, las dos conductas en concurso homogéneo y sucesivo bajo circunstancias de agravación artículo 211 numeral 1-2 (Por cometerse la conducta con el concurso de otra persona) y 2 por la confianza que la víctima depositada (sic) en su agresor, de conformidad con lo reglado por los artículos 208 y 209 del Código Penal cargo que se enrostra al acusado a título de autor.

MARTHA XIMENA CANO PINEDA: Acto sexual con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo bajo circunstancias de agravación artículo 209 y 211 numeral 1-2 (Por cometerse la conducta con el concurso de otra persona) y 2 por la confianza que la víctima depositada (sic) en su agresor, en concurso heterogéneo con inducción a la prostitución e incesto de conformidad con lo reglado por los artículos 213 y 237 del Código Penal, cargo que se le enrostra al (sic) acusado a título de autor (sic) y en calidad de cómplice del delito de acceso carnal con menor de catorce años...

3.2. Correspondió el conocimiento de la actuación al Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, despacho que el 27 de febrero de 2013 llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación; en ella se endilgó a los implicados las conductas punibles que fueron consignadas en el escrito precedente.

3.3. La audiencia preparatoria se surtió el 24 de abril de esa misma anualidad.

3.4. El juicio oral se desarrolló en sesiones de 13 de octubre de 2013, 13 de enero y 25 de febrero de 2014, cuando se dio a conocer el sentido del fallo.

3.5. Mediante sentencia de 5 de mayo de 2014, los acusados fueron condenados, así:

3.5.1. EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA, (i) a la pena principal de 230 meses de prisión, como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso heterogéneo con acto sexual con menor de catorce años, conductas delictivas agravadas y en concurso homogéneo y sucesivo, conforme se desprende de los artículos 208, 209, y 211, nums. 1º y 2º del C.P., modificados por la Ley 1236 de 2008; (ii) a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, al tiempo que (iii) no le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

3.5.2. MARTHA XIMENA CANO PINEDA, (i) a la pena principal de 190 meses de prisión, como autora responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con inducción a la prostitución e incesto, consagrados en los arts. 209, 211, nums. 1º y 2º, 213 y 237 del Código Penal, modificados por la Ley 1236 de 2008, (ii) a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, (iii) tampoco le fue otorgada la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

3.5.3. De otro lado, CANO PINEDA fue absuelta del cargo formulado como cómplice del punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, porque, adujo el A quo, el fiscal omitió solicitar condena por este ilícito en los alegatos de cierre.

3.6. Al desatar el recurso de apelación interpuesto por los defensores de MARTÍNEZ HERRERA y CANO PINEDA, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante proveído de 23 de septiembre de 2014, confirmó integralmente la sentencia de primer grado.

LAS DEMANDAS

De la demanda presentada por el defensor de EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA

Primer cargo. Principal – Violación indirecta de la Ley sustancial «Error de derecho por falso juicio de legalidad»

4. El censor acusa la sentencia de segunda instancia, de haber otorgado validez jurídica a una prueba ilícita.

4.1. Se refiere al testimonio rendido en juicio por la doctora Diana Elena Sánchez Garzón, psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, en sesión del 13 de enero de 2014, quien dio cuenta de la entrevista tomada a la menor víctima, desatendiendo los preceptos legales sobre el principio de confidencialidad del tratamiento terapéutico, conforme se desprende del sigilo profesional regulado en el artículo 5°, num. 2°, de la Ley 1090 de 2006, máxime cuando ni siquiera tuvo el consentimiento de la menor o de su representante legal.

4.2. Por ende, ingresó al proceso «a través de un engaño al (sic) menor al que (sic) nunca se le enunció que esa entrevista terapeuta (sic) tenía una implicación judicial. Es una forma sutil de obligar al menor (sic) a dar una versión con fines judiciales, pues en parte alguna se observa la libertad y espontaneidad de querer declarar en juicio en contra de determinada persona.», circunstancia que cobra mayor relevancia cuando se aprecia que a K.M.M.C. no le fueron puestas en conocimiento las advertencias derivadas del artículo 33 de la [Constitución Política](#).

4.3. Así las cosas, puntualiza el libelista que al tener que aplicar la cláusula de exclusión respecto del mencionado medio suasorio, surge necesario analizar las demás pruebas que desfilaron en el juicio, respecto de las cuales enuncia múltiples falencias, conforme lo replica en los cargos sucesivos, que de estimarse, insiste, conducirían sin ambages a la absolución de su representado, razón por cual solicita a la Corte casar el fallo impugnado.

Segundo cargo. Principal – Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de legalidad

5. Considera el censor que los sentenciadores erraron al otorgar validez al testimonio del médico forense, Dr. Carlos Enrique Lozano Reyes, quien elaboró el «INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO», respecto de la valoración practicada a K.M.M.C., pues, dudó de la persona a quien realmente habría examinado, tras indicar que ante la omisión de la menor de exhibir su tarjeta de identidad suplió ese requisito con la toma de la huella dactilar.

5.1. Para el censor, la falencia enunciada causa incertidumbre respecto de si en verdad fue K.M.M.C., la menor a quien valoró en la experticia sexológica.

5.2. Al igual que en el anterior cargo, considera el demandante que el error de los falladores incidió en que no fuera emitida sentencia absolutoria a favor de su prohijado, razón por la que deviene procedente casar el fallo impugnado para que así sea reconocido por la Corte.

Tercer cargo. Subsidiario – Violación indirecta de la ley sustancial. Falso juicio de identidad por tergiversación de la prueba testimonial

6. Se refiere el censor, en primer lugar, al testimonio del menor J.M.M.C., hermano de la víctima, ya que los sentenciadores pasaron por alto el cúmulo de contradicciones que surgieron al contrastarlo con la exposición vertida por K.M.M.C., pues, aquél hizo una narración de lo acontecido el 20 de agosto de 2012, y, a diferencia de la víctima, no ubicó al implicado MARTÍNEZ HERRERA en el suceso delictual que le fue atribuido.

6.1. J.M.M.C. fue constante en indicar que la menor K.M.M.C. siempre ha mentado, afirmación que no encuentra prueba alguna que la desacredite.

6.2. Se tergiversó, según el censor, lo expuesto por J.M.M.C., al calificar la relación de la implicada MARTHA XIMENA CANO PINEDA con su hija K.M.M.C, pues, mientras el menor la tildó de excelente, la acusada adujo que era pésima, supuesta inconsistencia que se usó

para negar mérito probatorio a su testimonio, cuando lo cierto es que el niño, en definitiva, adujo que la procesada era estricta en el trato con su hermana.

6.3. En segundo lugar, respecto del galeno forense, doctor Carlos Enrique Lozano Reyes, destacó, en lo fundamental, que los falladores desatendieron el discernimiento expuesto por el galeno en relación con la compatibilidad que evidenció entre el hallazgo físico y el relato dado por la menor, cuestión que «inequívocamente no lleva a determinar su plena correspondencia, sembrando una duda que sólo puede descartarse ante otros medios probatorios que en este caso brillan por su ausencia.»

6.4. Respecto del testimonio de la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, Dra. Diana Elena Sánchez Garzón, reprochó (i) que los sentenciadores hubieran adoptado la entrevista que tomó a la menor como si hubiese acontecido en el ámbito forense; (ii) las conclusiones a las que arribó la profesional de la salud no debieron ser tomadas como concluyentes, máxime cuando surgieron inconsistencias en el relato de la menor K.M.M.C.; (iii) la afectación emocional que evidenció la psicóloga, «tan solo se corresponden (sic) con un formato preestablecido dentro del cual se quiere incluir a la fuerza toda manifestación de la menor.»; (iv) desatendió el principio de «neutralidad científica», pues, la misión de la Asociación Creemos en Ti parte de la idea de que «al niño siempre hay que creerle.», conforme a un protocolo de entrevista del que no se estableció su validez.

6.5. En cuanto al testimonio de la denunciante María Mercedes Mancipe Rodríguez, el demandante indicó que se «deforma» en la sentencia el origen del conocimiento que tuvo la testigo acerca de la versión de K.M.M.C., en tanto, los juzgadores enunciaron que el relato de la menor ante su abuela fue espontáneo, desprevenido, coherente, lógico y consistente, pero en ningún momento aquella aludió a esas características, máxime cuando la menor indicó que «no le dijo nada a su abuelita porque le daba pena.».

6.6. Así las cosas, concluye el demandante que de superarse la tergiversación y distorsión

que de las pruebas reseñadas hicieron los falladores, la correcta intelección, atendiendo su expresión material y objetiva, conduciría a la inexorable solución de proferir fallo absolutorio a favor del procesado, motivo por el cual solicita casar la sentencia impugnada para que así se declare.

Cuarto cargo. Subsidiario – Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio

7. Para el desarrollo de la censura, parte el libelista por enunciar que los juzgadores, con el fin de atribuirle responsabilidad al implicado por la comisión de los delitos objeto de acusación, partieron del error de aplicar la regla de la experiencia según la cual «cuando los niños hablan de abusos sexuales, es porque generalmente los han vivido», yerro con el que, en su criterio, se desatendieron (i) los grados de necesidad lógica; (ii) las reglas de la lógica; (iii) las reglas de la ciencia; (iv) las máximas de la experiencia, al paso que (v) incurrieron en una falacia de petición de principio.

7.1. A partir de cada una de esas categorías, emprendió el censor una crítica densa e indiscriminada respecto de las pruebas construidas en el juicio, con el propósito de minar la valoración que los sentenciadores le otorgaron a aquellas, así como de resaltar contradicciones entre los medios suasorios; reproches que coinciden, en lo general, con el desarrollo de las censuras formuladas en los cargos precedentes.

7.2. De manera que se resaltan tópicos tales como:

(i) La ausencia de valoración de la contradicción existente en la narración de los hechos acaecidos el 20 de agosto de 2012 efectuada por los hermanos K.M. y J.M.M.C.

(ii) La entrevista inicial tomada a la menor, no fue practicada por un forense sino por un terapeuta.

(iii) Los hallazgos descritos por los profesionales de la salud que tuvieron contacto con

K.M.M.C. no concluyen que la menor fue víctima de violencia sexual.

(iv) Existe incertidumbre respecto de la plena identidad de la menor examinada por el médico forense.

(v) La denunciante indicó como fecha de ocurrencia de los hechos el 24 de agosto de 2012, al paso que la menor los situó el día 20 de ese mismo mes y año.

(vi) Al confrontar la versión de la menor con otras pruebas, no hay certeza acerca de: si la niña le contó lo sucedido a su abuela; si la víctima guardó el «secreto»; si tuvo afectaciones en los ciclos de sueño; si tuvo pensamientos de tristeza frente a lo sucedido; si PMC -su hermana menor- estuvo en lugar de los hechos; si en verdad tuvo un problema con el acusado; si practicó la felación o no y, si en verdad cuando el MARTÍNEZ HERRERA tenía relaciones sexuales con la menor víctima, su madre le decía que ello la excitaba.

(vii) No se probó el deseo del menor J.M.M.C. de favorecer a su madre con su relato.

(viii) La víctima en ningún momento menciona elementos de coacción, presión o de promesa de un mejor futuro, para callar lo sucedido.

(ix) La credibilidad que le otorga la denunciante a K.M.M.C. «decae ante el dicho de la menor que refiere no haberle comentado nada a su abuelita.»

(x) Son insuficientes las conclusiones a las que arribó la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, en punto a otorgarle credibilidad a la versión de la menor por la presencia de cierta sintomatología indicativa de abuso sexual, pues, «no basta por ello con encontrar uno o dos síntomas y de esa manera determinar que hubo abuso sexual. Se requiere de la utilización de métodos preestablecidos en la ciencia para identificar el síntoma como de abuso sexual.»

(xi) De lo expresado por la menor en la entrevista, no se observa ninguna de las secuelas de una persona que ha sido abusada sexualmente, conforme lo corrobora la denunciante en su declaración y lo acentúa la víctima, al indicar esta última que luego de lo sucedido con su padrastro y su madre, ella “siguió normal”, “estudiando”.

(xii) La entrevista practicada por la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, así como su testimonio, resultaron parcializados, pues, en ella se evidencia un sesgo cognitivo que ocasiona desviación en el procesamiento de lo percibido, al haber recibido múltiples entrevistas de similar contenido en una entidad que parte de la visión de darle credibilidad al menor que comenta que ha sido abusado sexualmente.

(xiii) Contrario a lo expuesto por J.M.M.C, la víctima siempre aparece viendo televisión en el cuarto de su progenitora, pese a que aquél manifestó que en la habitación que él compartía con su hermana tenían un televisor independiente.

(xiv) En relación con el lenguaje utilizado por la menor en la entrevista, llama la atención que K.M.M.C., nunca duda del significado de las palabras que utiliza, siendo común para ella expresiones como «mandárselo, dárselo o joder».

(xv) De dar crédito a la narración de los sucesos acaecidos el 20 de agosto de 2012, conforme los expuso K.M.M.C., no se entiende de qué manera pudieron suceder tantos hechos en el interregno en que el menor J.M.M.C. salió a comprar pescado: la madre la convenció para copular con el acusado; llegó Edwin; tuvo relaciones sexuales con MARTHA XIMENA; «Debió llegar un periodo refractario para EDWIN»; nuevamente la madre volvió con su poder de convencimiento sobre la menor; se produce el acceso carnal a K.M.M.C., quien luego se baña, y en seguida retorna J.M.M.C.

(xvi) La menor K.M.M.C., muestra el espacio de la vivienda en donde sucedieron los hechos, como si se tratara de una sola habitación en la que vivían todos, al tiempo que con tantas personas que ocupaban el inmueble «no es lógico que la única que refiera los abusos sea la

menor.».

(xvii) Referente a las razones aducidas por los sentenciadores para condenar a los procesados, específicamente, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, tan solo tuvieron fundamento en lo dicho por K.M.M.C. a la terapeuta, sin tomar en cuenta que:

- En relación con el acto de tocarle los senos a la menor, no existen elementos que permitan su identificación propia e independiente de las demás conductas delictivas.
- En lo que atañe a la práctica de relaciones sexuales entre los acusados, mientras la menor K.M.M.C. los observaba, es inexistente la razón suficientemente indicativa de que en contra de la víctima se ejerció algún tipo de presión, pues, «si se pretende calificar la acción de dolosa debe identificarse la conducta de los procesados encaminada a obligar a la menor a presenciar el acto sexual supuestamente practicado.»
- La circunstancia según la cual los acusados pidieron a la menor víctima que los grabara mientras ellos tenían relaciones, no resulta razón suficiente para la ocurrencia de esa conducta, máxime cuando K.M.M.C. no identificó exactamente qué era lo que ellos hacían, al paso que «Ni siquiera las califica de sexuales.», pues, la palabra «relaciones» es genérica y deja en la incertidumbre qué es lo que la menor grababa.

(xxiii) En relación con las circunstancias para agravar las conductas penales por las que fueron condenados los acusados, (numerales 1º y 2º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000), adujo:

- Respecto de la intervención de varios sujetos, los falladores no mencionan nada acerca del acuerdo de los procesados para cometer los delitos endilgados, así como tampoco la repartición de acciones.
- La calificación de padrastro al acusado, para argumentar su posición de autoridad sobre la

víctima, tan solo parte de lo señalado por la psicóloga y no de lo dicho por la menor; a ello se suma que, de conformidad con la legislación civil, no se presentan los requisitos para considerar a EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA como padrastro de la menor afectada.

(xix) En relación con el concurso homogéneo y sucesivo de cada uno de los delitos atribuidos a los acusados, la menor K.M.M.C. tan solo describe el evento del 20 de agosto de 2012, sin que se tuviera claridad de qué fue lo acontecido en las otras oportunidades señaladas por la niña.

(xx) El origen de la publicidad de la versión dada por la menor K.M.M.C., acerca de lo que le sucedió, brinda una razón suficiente para colegir que no corresponde a la realidad, pues, si fue a su padre biológico, Fredy Alejandro, a quien primero le narró lo ocurrido, resulta ilógico que este último no hubiera reaccionado, cuando menos, formulando la respectiva denuncia o haciendo presencia en la fase de juicio de esta actuación, ausencia con la que se alteró una máxima de la experiencia según la cual «el hombre también tiene un instinto paternal que lo lleva a defender a sus hijos que se encuentran en peligro.»

(xxi) Se evidencia, entonces, una razón suficiente para que la menor falte a la verdad, y es la de proteger a su padre biológico, «el mismo que rompió el círculo de confianza y le contó a la abuela la supuesta historia de los abusos.», de donde se desprende que K.M.M.C. fue presionada para mantener una historia o de lo contrario su progenitor quedaría como un mentiroso, configurándose así «la justificación racional y satisfactoria de un motivo personal que puede llevar a alguien a sostener una historia.»

(xxii) Los juzgadores desatendieron los criterios científicos que el médico forense y la psicóloga expresaron en sus declaraciones. Se refiere el demandante a cómo el galeno de Medicina Legal hizo mención a que la versión de K.M.M.C. frente a los hallazgos físicos, tan sólo generaba compatibilidad, sin que existiera una necesaria relación de causa-efecto; por su parte, respecto de lo señalado por la psicóloga, no concluye que la niña fue víctima de

abuso sexual, puesto que para arribar a ese entendimiento era indispensable la emisión de un diagnóstico.

(xxiii) La máxima de la experiencia soporte de la decisión de condena en contra del implicado, goza de carácter relativo y no absoluto, ante la existencia de otros medios probatorios que la enervan, descartando de paso la calidad de «prueba reina» otorgada a la entrevista rendida por la menor K.M.M.C., que se erige en columna vertebral de la decisión de condena.

(xxiv) Resulta plausible la construcción de otras reglas de la experiencia para desvirtuar la responsabilidad atribuida al implicado.

7.3. En suma, para el censor en el presente caso se evidenciaron dudas sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad de los procesados, solo que, producto de un falso raciocinio, se privilegió la versión dada por K.M.M.C., al tiempo que fueron desatendidas las contradicciones que suprimen al implicado de la escena delictiva.

7.4. Así las cosas, solicita casar la sentencia de segundo grado objeto de reproche y, en su lugar, emitir fallo absolutorio a favor del procesado.

Quinto cargo. Subsidiario – Nulidad de la sentencia de segunda instancia por defecto en la motivación.

8. Enunció el impugnante que la sentencia de segundo grado adolece de motivación incompleta, pues, ante los fundamentos de la apelación de primer grado, que concretó en una «valoración defectuosa del material probatorio y la omisión de aplicar la cláusula de exclusión probatoria», el Tribunal, de manera parcial, abordó el último tópico, al paso que frente a la incorrecta contemplación de las pruebas, no realizó el análisis esperado.

8.1. Explicó el censor que el Ad quem tan solo tuvo en cuenta los medios suasorios que

apuntaron a endilgar responsabilidad al acusado, al paso que dejó de lado: (i) los hallazgos encontrados por los profesionales de la salud que acudieron al juicio a declarar para ser tenidos «como prueba indiciaria tan solo compatible con la versión de la menor, O sea como HECHOS INDICADORES dentro de un INDICIO CONTINGENTE.»; (ii) el testimonio de la denunciante, quien afirmó que el menor J.M.M.C. siempre ha dicho que su hermana menor miente, así como (iii) los efectos de la negación indefinida de los procesados, que desconocen haber realizado la conducta punible.

8.2. Y en relación a la regla de exclusión respecto de la develación de la entrevista tomada a la menor K.M.M.C., el Ad quem pasó por alto hacer referencia a la obligación de preservar el principio de confidencialidad.

8.3. Por lo tanto, solicita el demandante casar la sentencia de segundo grado impugnada y, en su lugar, emitir fallo de reemplazo en el que se aborden todos los aspectos que sustentaron el recurso de alzada.

De la demanda de casación signada por el defensor de MARTHA XIMENA CANO PINEDA

Primer cargo. Nulidad «Desconocimiento a la garantía fundamental de la defensa técnica»

9. Con fundamento en la causal de nulidad consagrada en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, adujo el censor que la profesional del derecho que otrora se encargó de la representación judicial de su prohijada «no ejerció adecuadamente el cargo para el que fue designada».

9.1. Como sustento de la censura, destaca que la defensora que lo antecedió desconocía los criterios que soportan la adecuada solicitud probatoria, toda vez que la mayoría de las pruebas requeridas fueron negadas por la juzgadora, pues, ciertamente eran impertinentes, inconducentes e inútiles para desvirtuar la acusación.

9.2. Lo anterior, aunado a que dejó pasar la oportunidad para la adecuada aducción de la prueba pericial que quiso presentar y, sin fundamento alguno, se opuso al decreto de la práctica del examen sexológico de la menor deprecado por la fiscalía.

9.3. Aunque la anterior togada recurrió el auto que decidió acerca de la inadmisibilidad de casi la totalidad de las pruebas solicitadas, el Tribunal confirmó la determinación de primer grado, al advertirse insuficiente la argumentación de la defensora, decisión en la que, incluso, el Magistrado Ponente elevó un llamado de atención por falta de responsabilidad de la defensa.

9.4. Posteriormente, la exposición de la teoría del caso se caracterizó por ser confusa y contradictoria.

9.5. En la práctica del interrogatorio a testigos, no presentó objeciones a las preguntas sugestivas y repetitivas formuladas por la Fiscalía, aunado a que la directora de la audiencia le llamó la atención por incurrir en la formulación de preguntas que ya había realizado.

9.6. Y en relación con la actitud probatoria que pudo emprender, no se evidenció esfuerzo alguno para corroborar la idoneidad del protocolo adoptado por la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, así como también pudo lograr mejores elementos de juicio «si la defensa hubiese hecho examinar los elementos probatorios con expertos psicólogos, si hubiese fijado el sitio de los hechos con un fotógrafo forense para indagar sobre la verdad de su dicho respecto del inmueble y sus habitaciones, si hubiese fundamentado mejor la pertinencia y conducencia de sus testigos...»

9.6.1. En ese mismo sentido, indicó, la defensora tampoco mostró oposición al decreto de la declaración de la presunta víctima.

9.7. Con las falencias previamente sustentadas, considera el censor que se desconoció a la acusada el principio de presunción de inocencia, al no contar con una actividad defensiva

capaz de repeler la acusación de la Fiscalía; máxime cuando ese déficit defensivo, lesivo del principio de igualdad de armas y del derecho de contradicción, no fue objeto de control por parte de los juzgadores.

Segundo cargo. «Manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia»

10. Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa el demandante las sentencias de primero y segundo grados, por falso raciocinio, al desconocer los postulados de la ciencia, dado el valor que se le otorgó a la apreciación terapéutica realizada por la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti a la menor K.M.M.C., al paso que el método empleado para entrevistar a la menor víctima no encuentra respaldo en la comunidad científica, así como tampoco la profesional de la salud revalidó la información recibida con «test complementarios, ni mucho menos se planteó otra hipótesis.».

10.1. Aun cuando el Tribunal de manera superficial rebatió tal inconformidad, valiéndose de jurisprudencia de la Corte en la que avala la integración de conceptos médicos y científicos derivados de las entrevistas, para el presente caso esa tesis no encuentra aplicación, si se tiene en cuenta que la valoración psicológica en la que se fundamenta el fallo condenatorio, no es de tipo forense sino terapéutico.

10.2. Cuestiona el demandante, la atribución de responsabilidad efectuada por los juzgadores, pues, la exposición de la menor víctima, en desarrollo de una entrevista terapéutica, replicada por una psicóloga contaminada por un interés indebido, no puede constituir plena prueba.

10.3. En tal orden de ideas, para el demandante emerge la duda en favor de su poderdante, incertidumbre que solo era posible despejar auscultando el testimonio de la menor bajo las previsiones del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, más no al aplicar la regla de la experiencia según la cual los niños y niñas siempre dicen la verdad.

10.4. Por ende, las pruebas con las que se condenó, no alcanzan la fuerza suficiente para derribar el principio constitucional de presunción de inocencia. Solicita, entonces, «la nulidad desde la audiencia preparatoria o aquella que corresponda de acuerdo con el cargo segundo.»

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Defensores de EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA y MARTHA XIMENA CANO PINEDA

11. Reafirmaron los argumentos consignados en las demandas y reiteraron sus pretensiones.

Delegado de la Fiscalía

12 En relación con los dos primeros cargos de la demanda de casación presentada por el defensor del acusado EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA, el Delegado Fiscal solicitó declarar su falta de prosperidad.

12.1. Inicialmente se refirió a la crítica elevada en contra de la «entrevista forense», derivada de no haberle puesto de presente a la menor K.M.M.C. las advertencias de los artículos 33 de la Constitución Política y 385 del C. de P.P., supuesta falencia que para el funcionario no tiene la virtualidad de tornar ilegal la prueba, toda vez que, conforme lo ha reconocido la Corte Constitucional –sentencia T-117/13-, lo relevante es que la persona no sea constreñida a declarar.

12.2. Respecto de la segunda crítica, referida a que el médico legista dudó de la identidad de la menor K.M.M.C., a quien le habría practicado el examen sexológico, por no haber presentado su documento de identificación, el censor incurre en una falacia argumentativa al desconocer que dicha prueba fue materia de estipulación.

12.3. Ahora bien, frente a los cargos relacionados con la aducción de errores de hecho en la valoración probatoria, partió de considerar que no se encuentran en la entrevista de la menor elementos que permitan indicar que haya sido preparada o direccionada a efectuar señalamientos respecto de los abusos sexuales denunciados, por lo que resulta correcta la conclusión a la que arribaron los jueces de instancia; tampoco logra explicar el casacionista de qué manera se tergiversó el testimonio del hermano de la menor o de la abuela, quien es la responsable de la denuncia. Por lo tanto, solicitó que se desatiendan estos cargos.

12.4. En lo que atañe al requerimiento de nulidad, fundamentada en una presunta motivación incompleta del fallo de segunda instancia, resaltó el Delegado que, contrario a lo expuesto por el censor, en aquella decisión se evidencia una adecuada comprensión de los argumentos realizados por el juez de primera instancia en torno a las circunstancias que permitieron declarar la existencia del hecho objetivo y la responsabilidad de los procesados, razón por la cual deviene procedente desestimar la pretensión de invalidación expuesta.

12.5. Ahora bien, en lo relacionado con la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada MARTHA XIMENA CANO PINEDA, al referirse a la nulidad planteada con fundamento en la ausencia de defensa técnica, los motivos de inconformidad enunciados por el demandante, antes que estar respaldados en los principios que orientan la declaratoria de nulidades, corresponden a su visión personal, para enseñar la manera en que él habría diseñado la defensa de la acusada, lo que de ninguna manera vislumbra errática la postura de quien con antelación fungió como defensora. Por esta razón, la Fiscalía considera que tampoco debe prosperar este cargo.

12.6. En suma, solicitó no casar la sentencia y, en consecuencia, mantener incólume la decisión adoptada por el Tribunal.

Representante de víctimas

13. Resaltó que las censuras formuladas por los casacionistas no gozan de la contundencia

suficiente para desatender los hechos puestos en conocimiento por la víctima; en específico, no se puede desconocer que al examen sexológico la menor asistió acompañada de un familiar, conforme es exigido, al paso que el galeno que la examinó se limitó a consignar en la anamnesis lo que K.M.M.C. le refirió.

13.1. No se observa plausible desatender el proceso terapéutico que se emprendió, pues, a esa instancia se arribó precisamente porque K.M.M.C. fue víctima de agresiones sexuales.

13.2. No está llamada a prosperar la nulidad por ausencia de defensa técnica que planteó el defensor de la acusada CANO PINEDA, toda vez que no se evidencia la trasgresión de tal prerrogativa, al haber contado la implicada con la asistencia de dos apoderados quienes, en su momento, tuvieron la oportunidad procesal de plantear la invalidación de la actuación, al tiempo que la desestimación de las pruebas deprecadas fue consecuencia de la ausencia del «tecnicismo» exigido por el legislador.

13.3. Destacó que K.M.M.C. no quiso declarar en juicio, debido a la relación de consanguinidad que existe con la acusada. Y en relación con MARTÍNEZ HERRERA, no puede pasarse por alto que es la persona que en su momento soportaba la situación económica de la familia, ante la carencia de recursos de CANO PINEDA.

13.4. Finalmente, enfatizó en que, fruto de lo sucedido, K.M.M.C. «quedó con secuelas, pero se desconoce si la situación económica le permitirá acceder algún tipo de tratamiento.»

13.5. Por lo anterior, avaló la petición de la Fiscalía General de la Nación.

Ministerio Público

14. Para iniciar, se opuso a la solicitud de nulidad elevada por el apoderado de la implicada CANO PINEDA, pues, el demandante destinó el ataque a criticar las actuaciones de la

abogada en la respectiva instancia, pero no planteó cuál sería la estrategia propia de la defensa, así como tampoco señaló qué pruebas se pudieron haber solicitado y aquellas que vencerían la contundente teoría del caso del ente acusador.

14.1. Respecto a los reparos expuestos a la entrevista recibida a la menor víctima, para la delegada del Ministerio Público, la psicóloga Diana Elena Sánchez asistió al juicio oral a rendir el testimonio, oportunidad en la que fue contrainterrogada, cuestión que permite tenerla como «prueba pericial.».

14.2. Las dudas que pudo generar el dictamen sexológico se encuentran convalidadas en atención a que el galeno que lo elaboró compareció al juicio oral y dio cuenta de su experticia respecto de la menor que examinó.

14.3. En relación con los falsos juicios de identidad por tergiversación de las pruebas, advierte la Delegada que no se puede restar credibilidad a la versión dada por la menor K.M.M.C. a los profesionales de la salud, así como a su abuela materna, al contrastarla con lo dicho por su hermano J.M.M.C., quien advirtió que ella miente, pues, este testimonio carece de respaldo probatorio.

14.4. Manifestó que el análisis desplegado por los falladores despeja cualquier duda respecto de la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de los acusados, razón por la cual los cargos no tienen vocación de prosperidad, sin que se evidencie, por lo demás, falencia que pueda derruir la presunción de acierto y legalidad que cobija al fallo.

14.5. Por lo tanto, solicita no casar la sentencia de segundo grado.

CONSIDERACIONES

15. Al haberse admitido las demandas de casación y surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a auscultar de fondo los reproches formulados contra el fallo de segundo

grado, a fin de establecer si el Ad quem incurrió en los yerros postulados por los demandantes.

Aclaración previa

16. Siguiendo el orden lógico que a la decisión en casación impone el principio de prevalencia de las causales, la Corte analizará en primer lugar los cargos planteados al amparo de la causal segunda, pues, de prosperar, no tendría sentido adentrarse en el estudio de los demás reparos propuestos por los casacionistas.

16.1. De este modo, si ninguno de los motivos de nulidad planteados en las demandas logra prosperidad, se procederá a estudiar la idoneidad sustancial de las censuras postuladas al amparo de los cargos por violación indirecta de la ley sustancial.

Defensor de EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA – Nulidad de la sentencia de segunda instancia por incompleta motivación

17. El recurrente acusa la sentencia de segundo grado de contener falencias en su motivación que condujeron a la violación de los derechos de defensa y contradicción, como componentes de la prerrogativa consagrada en el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

17.1. Sobre el particular, inicialmente conviene recordar, que la Sala ha indicado los distintos eventos en los cuales se presentan yerros en la motivación de la sentencia.

17.2. Al respecto, ha sostenido que un primer defecto surge cuando la motivación del fallo es ausente, lo que sucede en los casos donde no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos que le dan sustento.

17.3. En segundo término, ha señalado que también puede ocurrir que la motivación sea deficiente o incompleta debido a la precariedad de la argumentación consignada en el fallo,

al punto que se hace imposible conocer cuál es el sustento de la decisión, o no se examina algún fundamento fáctico o jurídico esencial o, incluso, cuando se dejan de lado los alegatos o motivos de impugnación de los sujetos procesales respecto a temas trascendentales.

17.4. En tercer lugar, la motivación de la sentencia puede ser equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente; situación que se configura en los casos donde el fallo contiene expresiones o conceptos excluyentes entre sí y, por tal motivo, no es posible desentrañar su sentido, o las razones expuestas en la parte motiva no explican lo consignado en el apartado resolutivo.

17.5. Así las cosas, en el presente evento se observa que el censor denuncia que la motivación de la sentencia de segundo grado fue incompleta, por cuanto, el Tribunal no respondió los argumentos expuestos en la apelación.

17.6. No obstante, tal afirmación no se ajusta a lo que refleja el contenido de la decisión censurada, evidenciándose desconocido el principio de corrección material o de objetividad que gobierna el recurso de casación, según el cual, toda alegación en esta sede debe plegarse rigurosamente a lo que enseña la actuación.

17.7. Basta confrontar lo señalado por la defensa al apelar el fallo de primera instancia, con lo consignado por el Tribunal, para percatarse de que las glosas del demandante son infundadas.

17.7.1. En ese derrotero, al verificar el escrito en que el defensor condensó los fundamentos de disenso con el fallo de primera instancia, se perciben dos argumentos vertebrales:

(i) La aplicación de la cláusula de exclusión de la entrevista que la menor ofreció a la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, así como el testimonio de quien la incorporó al juicio, toda vez que a la niña no fue advertida de las consecuencias legales que tendría su

exposición, al paso que la profesional de la salud que la recibió, no podía develar esa información, en atención al principio de confidencialidad.

(ii) La ausencia de prueba directa que soportara la responsabilidad atribuida a EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA, pues, los elementos suasorios analizados por el A quo solo alcanzan para la estructuración de indicios, sin la fuerza necesaria para la emisión de una sentencia condenatoria; tema que, a dicho del demandante, no ameritó pronunciamiento del Ad quem.

17.8. Aun cuando no se desconoce la estructura sucinta de la sentencia de segundo grado, la dinámica argumentativa emprendida por el Tribunal enseña que partió de analizar la versión de los hechos ofrecida por la menor K.M.M.C., ante la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, así como ante el médico legista.

17.9. En ese derrotero, el juez colegiado abordó las censuras de los recurrentes, en lo atinente a la exclusión probatoria, de la siguiente manera:

...también debe indicar la Sala que independientemente de que el aspecto de la excepción a declarar y del derecho de no autoincriminación esté predispuesto por principio para las diligencias judiciales, no obstante ello se impone destacar aquí que el hecho de que se hubiese cometido el delito dentro del entorno familiar excluye la razón de ser del principio de inmunidad personal, en la medida que lo que se pretende con aquella normativa es preservar la unidad doméstica y familiar, de tal manera que si esta fue afectada con ocasión del delito no hay razón para ello ni desde luego la falta de información en la víctima en esta clase de delitos perseguidos de oficio comporta una sanción de invalidez como la pretendida por la defensa.

(...)

De otro lado tampoco debe perderse de vista que la ofendida es una niña menor de catorce

años para el momento de los hechos y de la sucesión de hechos comparecencia ante las autoridades tras revelar los actos de que fue víctima; que por lo tanto es una persona considerada relativamente incapaz que requiere representación y en este evento, dado que su progenitora resultaba inculpada en los hechos fue asistida por su abuela materna (arts. 1504 y s.s. C.C.), de tal manera que ninguna afectación, invalidez o ineficacia puede predicarse de sus asistencias al médico y a la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, ni de contera de cara a las percepciones y aseveraciones que estos profesionales vertieron al proceso y sobre las cuales se preservó la posibilidad de contradicción, debido proceso y derecho de defensa. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

17.10. Contrario al reproche del censor, nótese cómo los aspectos centrales de su disenso fueron abordados por el Ad quem, tras analizar: (i) la ponderación del principio de inmunidad personal; (ii) el entorno familiar de la víctima, y (iii) la salvaguarda de los derechos prevalentes que ostenta la menor; conjunto de prerrogativas en virtud de las cuales despejó cualquier asomo de ilegalidad respecto de la información brindada en el proceso, entre otros testigos, por la psicóloga adscrita a la Asociación Creemos en Ti; máxime cuando la defensa tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción en la construcción de la prueba testimonial durante la fase de juzgamiento.

17.11. Se advierte, precisamente, que las razones expuestas por el Tribunal respecto a las especiales condiciones familiares de la víctima, su entorno, edad, y la manera en que llegó a la psicóloga en compañía de su abuela –denunciante en este proceso–, permitieron descartar los postulados expuestos por la defensa en la apelación, tanto en lo que atañe al procedimiento surtido para la recepción de la entrevista, como frente a la posterior intervención de la citada profesional en juicio.

17.12. Tampoco se advierte en esta sede la «defectuosa» valoración de las pruebas, a partir de la cual propende por estructurar el recurrente un vicio in procedendo en la sentencia de segundo grado, pues, formulado así el error, acepta que el fallo sí contiene

una respuesta a las alegaciones, como que en tal caso no se trata, entonces, de un defecto de motivación propiamente dicho, sino de un cuestionamiento a la valoración fáctica y probatoria, que no era dable conducir por la causal de nulidad.

17.13. En todo caso, es de mencionar que el Tribunal avaló en segunda instancia el análisis probatorio efectuado por el a quo, y respecto a las objeciones expuestas en el recurso acerca de la ausencia de comparecencia de la víctima a juicio, adujo:

Dentro de los límites del recurso impetrado y referido esencialmente a las falencias probatorias derivadas del hecho de no presentarse la niña a rendir declaración durante la audiencia de juicio oral, lo que en sentir de los recurrentes demerita y enerva el restante acervo recaudado por desaparecer el fundamento fáctico determinante...ya no resulta imperativa la directa atestación de aquella persona víctima de delito sexual y se reconoce o se afianza entonces el criterio de libre apreciación del acervo, amén de un inherente cambio en su concepción y aptitud demostrativa de los demás medios concurrentes en este tipo de actuaciones.

17.14. Posteriormente, luego de establecer la legalidad de las pruebas derivadas y construidas con fundamento en las entrevistas rendidas por la menor, con apoyo en lo expuesto por la abuela paterna, la psicóloga y el médico legisla, acentuó el Tribunal la credibilidad que ameritaba la exposición de K.M.M.C. acerca de las vivencias sexuales que reveló, descartando así (i) cualquier otra alternativa respecto del acontecer delictivo descrito por la víctima, y (ii) que la responsabilidad endilgada al implicado estuviera fundada solo en indicios contingentes. Así lo puntualizó el Ad quem:

...elementos de convicción que por demás se consolidan y fortalecen al ser sopesados con lo percibido por el galeno con ocasión del examen sexológico, esto es, la ruptura himeneal en la niña, toda vez que esta situación no se erige en un simple indicio leve de la consumación carnal, sino una evidencia de indiscutible contundencia sobre la realización de

un acceso carnal y las referencias expositivas percibidas por los otros comparecientes permiten deducir en grado de certeza como acreditada la efectiva consumación de la copula (sic) sexual y las consiguientes repercusiones jurídico penales para quienes fueron señalados como sus indistintos autores y ejecutores.

Ciertamente, de manera puntual tanto el dicho que ofrece el señor médico legista como las manifestaciones vertidas por la psicóloga que lleva a cabo la entrevista, ponen de manifiesto en su orden que la niña evidenciaba tocamientos y acceso carnal referido (sic) como ejecutados por los acusados MARTHA XIMENA CANO y EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA, de tal manera que analizados en conjunto los medios de prueba es como se arriba a las conclusiones de materialidad delictiva bajo el concepto de un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales.

Encuentra la Sala también que de ese conjunto análisis probatorio al que acabamos de referirnos no se advierte o deriva ninguna razón para considerar que la niña está faltando a la verdad o que ha sido inducida a que formule ese tipo de incriminaciones en sus extrapocesales comparecencias, como tampoco frente a los profesionales de la salud que en audiencia avalaron el acaecimiento de los hechos delictivos y su responsabilidad en cabeza de los acusados.

17.15. Es por ello que no encuentra la Sala que la sentencia emitida por el Tribunal soporte una incompleta argumentación o que se omitiera resolver sobre un problema jurídico fundamental, razón por la cual, no hay lugar a declarar su nulidad.

Defensor de MARTHA XIMENA CANO PINEDA -Nulidad por «Desconocimiento a la garantía fundamental a la defensa técnica.».

18. La supuesta ausencia de defensa técnica es construida por el censor a partir del alegado precario desempeño de su antecesora durante las audiencias preparatoria y de juicio oral, respecto a las solicitudes probatorias elevadas, la presentación de la teoría del

caso y el ejercicio de la contradicción en la práctica de la prueba.

18.1. En relación con ese motivo de censura, ha precisado la Corte¹ que la falta de una actitud proactiva y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, o la ostensible ignorancia, incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004, lesionan de manera grave el derecho de defensa técnica.

18.2. En virtud del principio de trascendencia, al demandante le corresponde enseñar la irregularidad denunciada y su efecto perjudicial en la sentencia, sin incurrir en apreciaciones especulaciones o hipótesis no constatadas.

18.3. A partir de tales postulados, no advierte la Corte que los reproches efectuados por el censor tengan la virtualidad suficiente para enseñar que la apoderada que lo antecedió haya despojado de una representación idónea y eficaz a la implicada.

18.4. El casacionista fundamenta su crítica en que la solicitud probatoria estuvo desprovista de argumentación tendiente a demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad del decreto de diversos medios de conocimiento, sin acreditar cómo esa falta incidió, bien en el derecho a la prueba, ora en el ejercicio del derecho de contradicción, o que por ello se abandonó otra estrategia de defensa.

18.5. Es cierto que, en desarrollo de la audiencia preparatoria, no fueron decretadas algunas pruebas requeridas por la togada, valga indicar: los testimonios de (i) José Norberto Mendieta, ex padrastro de la acusada; (ii) Jorge Luis Martínez, hermano del acusado y (iii) Jenny Carolina Martínez Herrera, amiga de la menor afectada, entre otros; sin embargo, no por este hecho, puede aducirse impericia o ausencia de conocimiento de la técnica para efectuar requerimientos probatorios.

18.6. Ello, por cuanto, respecto a tales solicitudes se advierte que la defensora fundamentó

que en atención a la cercanía que tuvieron los citados testigos con el desarrollo familiar y social de la menor víctima, podrían develar aspectos tales como que estuvo influenciada para poner en conocimiento los hechos de la forma en que lo hizo, o la existencia de otras relaciones de tipo sentimental en la vida de la menor.

18.7. Aunado al análisis precedente, no se puede pasar inadvertido que, bajo el cumplimiento de los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad aducidos por la defensora, se decretaron los testimonios del menor J.M.M.C., hermano de la víctima, así como el de la acusada CANO PINEDA; ello, con miras a restar mérito a la acusación formulada por el ente persecutor, así como a las pruebas de cargo.

18.8. En ese contexto, no es posible predicar en el desempeño de la profesional del derecho su total torpeza, ignorancia, negligencia o incuria.

18.9. Aunado a lo anterior, el casacionista olvidó demostrar que el método acometido por la profesional anterior o la falencia en la que pudo incurrir al momento de hacer la petición probatoria, fuesen factores determinantes de la condena.

18.10. Adicionalmente, no corresponde a la realidad procesal la manifestación del censor atinente a que el Tribunal, al momento desatar el recurso vertical formulado en contra del auto que negó las pruebas de la defensa, llamó la atención a la profesional del derecho por ausencia de responsabilidad defensiva, pues, conforme se extrae del registro de audio, lo que en verdad hizo el Magistrado Ponente fue expresar su preocupación generalizada en torno a la dificultad probatoria que emana de esta clase de delitos, cuando solo se cuenta con la exposición de la víctima, caso en el cual se debe actuar con sumo cuidado en la búsqueda de elementos probatorios con capacidad demostrativa.

18.11. Así las cosas, lo único que el actor deja entrever, es su desacuerdo con la actividad cumplida por la letrada que representaba los intereses de MARTHA XIMENA CANO PINEDA, camino que lo conduce a especular, desde su particular visión, acerca de la efectividad que

podría tener en la absolución de la implicada la adecuada aducción de los elementos probatorios desechados por los juzgadores, o la fórmula de ataque de las pruebas presentadas por la Fiscalía, sin atender que esa especie de controversia no es de recibo en sede de casación, porque cada profesional tiene su particular forma de adelantar la labor encomendada, sin que sea posible establecer así, de manera concreta, la estrategia más conveniente a los intereses del procesado.

18.11.1. Así lo ha precisado la Corte²:

(...) es necesario recordar que ha sido enfática la Sala en señalar que dicho cuestionamiento a la labor de un profesional que antecede en la labor no ostenta la idoneidad de erigir un menoscabo del derecho de defensa, a no ser que se trate del desamparo absoluto de la gestión, el cual no se logra verificar conforme con el argumento expuesto.

En la misma dirección se ha recalcado que la estrategia de defensa, así la intervención se haya limitado a pocos actos materiales, varía dependiendo del estilo de cada profesional, dado que no existen fórmulas uniformes o estereotipadas. Simplemente, se reitera, cada defensor diseña la táctica que a su juicio resulta más adecuada y se ajusta mejor a su estilo o a la visión que tiene del proceso, de modo que la simple disparidad sobre ese punto no tiene la entidad de socavar el derecho de defensa técnica.

18.12. Debería ser suficientemente conocido, que en el curso del proceso establecido en la Ley 906 de 2004, lo normal es que se presenten solicitudes probatorias y algunas se nieguen por el juez, asunto que se advierte irrelevante para, a partir de su configuración, establecer un criterio negativo sobre el desempeño de la defensa.

18.13. Tampoco consolidan un defecto con la capacidad de invalidar la actuación, los supuestos desaciertos que el demandante vislumbró en su predecesora, a partir de la exposición de la teoría del caso y la actividad desplegada en la práctica testimonial que desfiló en el juicio, como que no objetó preguntas sugestivas y repetitivas de la Fiscalía e

incurrió en la formulación reiterativa de algunos interrogantes, pues, tal desempeño defensivo, se itera, hace parte de la visión particular que cada profesional se representa del asunto.

18.14. Además, no se acreditó cómo la ausencia de objeciones a las preguntas formuladas por la Fiscalía, afectó la situación de la procesada, o de qué manera la técnica de interrogatorio o contrainterrogatorio le impidió a la defensa abordar los temas de su interés o fortaleció el carácter incriminatorio de las respuestas o habilitó al testigo para afianzarse en aspectos endebles del directo; menos aún, demuestra el censor que de haberse utilizado el modelo de preguntas permitido, en provecho de la acusada se habría desacreditado a los testigos de cargo, atenuando el poder suasorio de sus dichos.

18.15. Así las cosas, como quiera que el cargo de nulidad por la presunta ausencia de defensa técnica, no supera la posición subjetiva del censor, y tampoco la Sala advierte la transgresión de las garantías fundamentales enunciadas por el demandante, no se accederá a la invalidación de la actuación.

De las causales de casación formuladas para controvertir la valoración probatoria

19. Conforme se anunció en precedencia, la falta de prosperidad de los motivos de nulidad conlleva a adentrarse en el estudio de las demás causales de casación propuestas por los demandantes para denunciar la infracción indirecta de la ley sustancial por errores en la apreciación probatoria derivados de falsos juicios de legalidad, identidad y raciocinio, al cuestionar, en esencia, la atribución de responsabilidad endilgada a los implicados con base en la credibilidad que los juzgadores otorgaron a la versión expuesta por la víctima, tanto en la entrevista introducida al juicio oral por la psicóloga que la recibió, como en el dictamen sexológico que le fuera practicado, y la referencia que sobre lo acontecido efectuó la denunciante.

20. Así las cosas, la Corte centrará su atención en los siguientes ejes temáticos: (i) la

legalidad del dictamen médico legal practicado a la víctima, así como de (ii) la entrevista tomada a la menor en la Asociación Creemos en Ti, y la declaración rendida en juicio oral por la psicóloga que la recibió; (iii) la diferencia existente entre el dictamen pericial y la entrevista psicológica; (iv) la estructuración de la prueba de referencia frente a las declaraciones de víctimas de agresiones sexuales, rendidas por fuera del juicio oral, así como; (v) la corroboración de la prueba de referencia, y (vi) el análisis de las demás pruebas construidas en la fase de juzgamiento; con el propósito de establecer la responsabilidad de los acusados respecto de las conductas punibles endilgadas por la Fiscalía o, en atención a la aspiración de la bancada defensiva de dar aplicación al principio in dubio pro reo.

De la legalidad del dictamen médico legal practicado a la menor K.M.M.C.

21. La génesis de la presente actuación recae en la denuncia que formuló la señora María Mercedes Mancipe Rodríguez, el día 29 de noviembre de 2012, ante la Comisaría Séptima de Familia de Bogotá, oportunidad en la que puso en conocimiento los vejámenes sexuales de que fue víctima su nieta K.M.M.C., de 13 años de edad, razón por la cual, para el impulso investigativo, entre otras determinaciones, fue impartida orden de valoración sexológica en Medicina Legal.

22. Al día siguiente, la menor fue examinada por el médico forense, Dr. Carlos Enrique Lozano Reyes, destacándose del INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO³, incorporado al proceso con el testimonio rendido por el citado galeno, los siguientes apartes:

CIUDAD Y FECHA: BOGOTA, 30 de noviembre de 2012

(...)

ASUNTO: Primer reconocimiento médico legal

NOMBRE PACIENTE: K.M.M.C.

EDAD: 13 años.

IDENTIFICACIÓN: No lo porta...

Examinada hoy 30 de noviembre de 2012 a las 15:06 horas en Primer Reconocimiento Médico Legal Sexológico Forense. ANAMNESIS: Previa firma de consentimiento informado y toma de huella índice derecho, dice llamarse K.M.M.C., de 13 años de edad, estudiante de 5° grado. Vive con mamá (sic), el marido de ella, hermano y hermanastra C. Antecedentes personales: niega. Refiere: “El 20 de agosto de 2012, mi mamá me estaba convenciendo para que me acostara con el marido de ella, (Edwin Martínez Herrera) me convenció, nos fuimos esa noche con Edwin, mi mamá y todos pro (sic) la carretera, estuvimos tomando aguardiente, comimos, fumamos. Volvimos a la casa, me acosté a dormir al otro día a la tarde mi mamá mando a mi hermano a comprar pescado. Yo estaba acostada con ellos viendo una película, me quitó la pantaloneta y me penetró por delante. Por la vagina.

Sucedió en más ocasiones la última el 21/09/2012. Refiere haber sangrado la primera y segunda vez. No usaba preservativos. En todas las ocasiones la mamá estaba presente.

Me decía “me decía me da una excitación mirar tirando a Edwin”. También refiere haber practicado (sic) la felación.

(...)

CONCLUSIÓN: ...Al examen físico genital y anal no se observan lesiones recientes. A nivel himenal se aprecian tres desgarros antiguos en M3, M8 y M9. A nivel anal no hay lesiones recientes ni antiguas. Se indica que debe ser valorada pro (sic) su servicio médico para estudios de ITS y todo aquello relacionado con los hechos. Se sugiere valoración por psiquiatría forense.

22.1. La exhibición de la experticia médico legal, permite a la Sala, en este apartado,

descartar su ilegalidad y consecuente exclusión, conforme lo pretende el defensor del implicado MARTÍNEZ HERRERA, para el que, recuérdese, no existe certeza respecto de quién fue la menor examinada, al no haber exhibido esta última su documento de identificación cuando asistió a la citada valoración; ello por cuanto, la ausencia de tal formalidad no tiene la virtualidad suficiente para, siquiera, crear incertidumbre respecto a que fue K.M.M.C. la persona auscultada.

22.2. Nótese cómo, al margen de haberse sorteado la no presentación de la tarjeta de identidad de la menor, con la impresión de la huella de su dedo índice derecho, junto con la inserción de su número de identificación en el apartado destinado para ello, en el reporte médico legal se consignó información suministrada por la víctima y otra apreciada por el galeno, que ineludiblemente atañe no solo a su individualidad, sino a la realidad que concitó su asistencia para el primer reconocimiento médico legal, conforme a los hechos denunciados ante la autoridad remitente; tal es el caso de (i) su edad, (ii) peso, (iii) estatura, (iv) grado de escolaridad, (v) la discriminación de los integrantes del núcleo familiar con los que convivía, (vi) las fechas en que sostuvo relaciones sexuales con el compañero sentimental de su progenitora, individuo de quien (vii) también suministró su nombre completo; conjunto de aspectos que, se insiste, permiten establecer que K.M.M.C., y no otra, fue la persona examinada.

22.3. Valga resaltar que el demandante, en el desarrollo de esta censura, faltó nuevamente al principio de corrección material cuando afirmó que el médico forense, Dr. Lozano Reyes, dudó de la identidad de la menor a quien le practicó la valoración sexológica, dado que lo realmente manifestado por el galeno, al responder la pregunta formulada por el defensor, atinente a ¿cómo podía demostrar que la persona que asistió al examen se trataba de K.M.M.C.?, fue lo siguiente:

A ver, porque yo le tomo huella digital, la huella digital queda plasmada en el consentimiento informado, y yo no tengo por qué dudar de la persona que se presenta sea

genuinamente la que voy a realizar un examen, y máxime tratándose una niña de 13 años, pero me dice que pudo ser otra persona no sabría.

22.4. La referencia de la duda en la identificación de la menor, no provino de manifestación alguna del testigo, quien apenas atribuyó esa incertidumbre al abogado, al tiempo que fue conteste en tener la seguridad de la persona a quien le practicó la experticia, precisando la Corte, además, que en atención a la edad de la menor, el médico forense actuó de manera excepcional ante una persona en situación de vulnerabilidad que, por razones que se desconocen, no tenía en su poder el documento de identidad, situación que no podía conducir, de ninguna manera, a incumplir con el requerimiento judicial, ante la gravedad de los hechos denunciados, lo que implicaba actuar con prontitud y sin traba alguna.

22.5. Huelga anotar, de cara a lo pretendido por la defensa, que la crítica solo se soporta en un ámbito etéreo de especulación, pues, jamás se allegaron elementos de juicio, o siquiera argumentativos, que permitan suponer que existió algún tipo de suplantación.

22.6. No está por demás hacer mención en este acápite, a la equivocada exposición del Delegado de la Fiscalía General de la Nación que participó en la audiencia de sustentación del recurso de casación, al señalar que la identificación y edad de la persona auscultada fue materia de estipulación, pues, la realidad del proceso enseña que las partes estipularon, al inicio de la audiencia de juicio oral, en sesión de 1 de octubre de 2013⁴, exclusivamente, la edad de la víctima, soportada con el registro civil de nacimiento que se incorporó al diligenciamiento.

22.7. En suma, el dictamen médico legal sexológico practicado a la menor K.M.M.C., no tiene mácula de ilegalidad en los términos esbozados por el censor.

De la legalidad de la entrevista tomada a la menor K.M.M.C. y la declaración rendida en juicio oral por la psicóloga que la recibió

23. En cumplimiento de la orden dada por la Fiscalía 235 Seccional Caivas de Bogotá, la menor K.M.M.C., en compañía de su abuela paterna, la señora María Mercedes Mancipe Rodríguez, el 28 de diciembre de 2012 compareció a ENTREVISTA PSICOLÓGICA INICIAL en la Asociación Creemos en Ti, siendo atendida por la psicóloga Diana Elena Sánchez Garzón, quien, en declaración que rindió en sesión de juicio oral del 13 de enero de 2014, introdujo a la actuación el contenido cabal de esa entrevista⁵, de la que, en relación con los hechos objeto de investigación, pertinente deviene traer a colación los siguientes apartes:

Psicóloga: Cuéntame ¿Qué pasó? Para que estés viviendo, unos días de este mes con tu abuelita?

Niña: Pues lo que pasó, es que mi mamá, como, como que ella, ella tiene un poder de convencimiento, si por decirlo así, si me entiende, entonces ella a mí me convencía para que yo me acostara con el marido de ella, me decía que él me podía dar un mejor futuro, que veía mi futuro en él, y si, entonces así, entonces, yo le dije eso a mi abuelita, no, no se lo dije a mi abuelita, se lo dije fue a mi papá, y mi papá le dijo a mi abuelita, entonces mi abuelita lo llamó, para preguntarle qué fue lo que pasó, y ahí fue que se enteró, porque a mí me daba pena, decirle a ella, entonces por eso, ella se puso de mal genio denunció, y por eso es que le dieron la custodia a ella, y ahora estoy viviendo con ella.

(...)

Psicóloga: Haber (sic) si te entendí, lo que tú me estas (sic) queriendo decir K.M., es que tu mamá, te decía, ¿y te convencía de que tu tuvieras relaciones sexuales con Edwin?

Niña: Si (sic) señora

Psicóloga: Ujum, para que él te pudiera dar, un mejor futuro unas mejores posibilidades, ¿sí?

Niña: Si (sic) señora

Psicóloga: ¿Ella te decía eso?

Niña: Si (sic) señora.

Psicóloga: Cuando ella te decía eso. ¿tu que (sic) hacías?

Niña: Creerle

(...)

Psicóloga: ¿Cuál es el nombre completo de Edwin?

Niña: Edwin Orlando Martínez Herrera

Psicóloga: Bueno, cuantos (sic) años tenías, ¿cuándo fue la primera vez que paso (sic) eso?

Niña: El 20 de agosto de este año

Psicóloga: ¿El 20 de agosto de este año?

Niña: Si

Psicóloga: ¿Cuántos años tenías cuando pasó eso?

Niña: Eh trece

Psicóloga: Cuéntame ¿Cómo pasó?

Niña: Ese día estábamos yo y mi mamá viendo una película, juegos macabros se llama la película, era por la tarde, entonces ella mandó a mi hermano a comprar pescado para el

almuerzo, entonces llego (sic) Edwin, dijo que, si se podía, o sea mi mamá empezó a hablarme, cuando mi hermano se fue empezó a hablarme de eso, entonces llegó Edwin y dijo que si se podía arrunchar

Psicóloga: ¿A quién le dijo?

Niña: A mi mamá, a mi mamá y a mí, nos dijo. Entonces ahí fue cuando paso, (sic) el man se acostó, primero tuvo relaciones sexuales con mi mamá, y después mi mamá, pues, esto iba convenciéndome que esto que lo otro. Y pues ahí pasó, el man me quitó la pantaloneta, yo ese día todavía estaba en pijama, me quitó la pantaloneta, y empezó.

(...)

Niña: Pues él me quitó la pantaloneta, y me dijo que abriera las piernas y yo le dije que no porque yo era virgen y Edwin me dijo que eso no pasaba nada, que él a mí me podía dar un futuro mejor, y entonces ahí pasó.

Psicóloga: ¿Qué te hizo?

Niña: ¿Cómo así?

Psicóloga: Cuanto tú me dices ahí pasó, ¿Qué fue lo que te hizo?

Niña: O sea hubo penetración

Psicóloga: Ujum...

Niña: Eso fue lo que pasó

Psicóloga: ¿Tú mamá donde (sic) estaba cuando eso pasó?

Niña: En ese momento estaba ahí en la cama también.

Psicóloga: Es decir que tu mamá estaba presente cuando Edwin tuvo relaciones sexuales contigo.

Niña: Si (sic) señora

Psicóloga: ¿Ella que (sic) decía o que (sic) hizo?

Niña: Nada

(...)

Psicóloga: Después de que pasó eso, de que te penetró, ¿qué pasó?

Niña: Nada yo me salí de la cama fui y me bañé, y de ahí llegó mi hermano con el pescado.

23.1. En el presente caso se evidencia que la psicóloga puso en práctica una técnica de recolección de información, sobre un hecho específico que, necesariamente, se encontraba vinculado a la denuncia que en su momento se instauró por la presunta comisión de ilícitos contra la libertad, integridad y formación sexual de la víctima; no de otra manera se explica la remisión que a ese centro asistencial hizo la Fiscalía encargada de la investigación.

23.2. Así, ante la pregunta formulada a la Dra. Sánchez Garzón, para conocer si la entrevista había sido requerida por alguna autoridad, contestó:

Sí señora Fiscal, la realicé por solicitud de la Fiscalía 235 Seccional Caivas, quien a través de su asistente judicial envió una comunicación solicitando la entrevista de esta niña.

23.3. Posteriormente, en relación con las recomendaciones que realizó luego de escuchar en entrevista a la menor, la testigo señaló:

Pues teniendo en cuenta el reporte que hace la niña, y pues la afectación emocional que

percibí durante la entrevista, recomendé que KM fuera vinculada a un proceso terapéutico especializado, como presunta víctima de violencia sexual, y que iniciara terapia con una de las psicólogas de la Asociación que es la doctora Sofía Herrera.

23.4. Luego, al referirse la profesional a la corroboración de la información reportada por la menor K.M.M.C., indicó:

Estamos hablando de una entrevista inicial que obviamente debe ser verificada y corroborada a través de otras entrevistas, de inspecciones y otra serie de actuaciones que corroboren o nieguen la información.

23.5. Y más adelante, precisó:

Primero quiero aclarar que yo no realicé ningún diagnóstico, pues una entrevista es una técnica de recolección de información que es insuficiente para realizar un diagnóstico psicológico, porque los diagnósticos deben contar con la aplicación de pruebas, otro tipo de evaluaciones, análisis documentales, evaluación con familiares que requieren pues de más elementos de contrastación para poder realizar un diagnóstico.

(...)

se recoge una información desde la cual se identifican unos elementos que hablan de una presunta situación de violencia sexual y que requieren de un proceso terapéutico, dentro de ese proceso terapéutico. Para darle más solidez al diagnóstico se realizan pruebas, se realiza la aplicación de diferentes baterías de pruebas psicológicas a la víctima, a sus familiares, cuando es necesario, sesiones de valoración, análisis del desempeño de los contextos donde la niña se desempeña, su escuela, su familia, su barrio; elementos que van a dar más soporte a un diagnóstico psicológico.

23.6. También informó la declarante, que aplicó el protocolo de la Asociación Creemos en

Ti, implementado como un instrumento para obtener información en el decurso de la entrevista,

Este es un protocolo que es el que se utiliza y el que está avalado institucionalmente, a través de este protocolo, cuenta con una serie de características y de momentos que favorecen la indagación frente a relatos de presuntas situaciones de violencia sexual en niños y jóvenes específicamente.

(...)

un protocolo es una serie de pasos, pero el entrenamiento básicamente está dirigido es a la formulación de las preguntas, a quien realiza la entrevista, para que logre una relación de empatía con el entrevistado, que le permita proporcionar la información sobre la cual se está investigando, se promueve o se trata generalmente de que se promueva un relato donde el niño o joven comente lo que le sucedió...

23.7. Es evidente, entonces, que la entrevista tomada a K.M.M.C., no fue parte de un proceso terapéutico y tampoco constituyó prueba pericial; simplemente, a través de ese primer acercamiento que tuvo la psicóloga con la menor, se logró el desenvolvimiento narrativo de la entrevistada en un ambiente que preservó sus garantías como sujeto de protección prevalente, cuya utilidad, de manera preliminar, residió en obtener información relevante para corroborar los hechos denunciados.

23.7.1. En esas condiciones, intrascendente resulta la crítica al protocolo utilizado por la Asociación Creemos en Ti, por carecer, según el censor, de respaldo en la comunidad científica, lo anterior por cuanto no demostró, y tampoco lo advierte la Corte, de qué manera el procedimiento utilizado por la profesional de la salud faltó a la imparcialidad por una supuesta incidencia en las repuestas dadas por la menor.

23.7.2. Asimismo, de forma especulativa pretendió el censor señalar que el único organismo

encargado de reglamentar la metodología utilizada por la psicóloga es el Instituto Nacional de Medicina Legal, manifestación del todo insuficiente no solo por carecer de debida acreditación, sino porque de manera alguna desvirtúa la explicación dada por la Dra. Sánchez Garzón, quien, en relación con el respaldo científico que reviste el protocolo aplicado, señaló:

está registrado ante derechos de autor por la doctora Mónica Bejarano, como le digo es el protocolo institucional; es un protocolo que se ha venido utilizando durante los 16 años que lleva de funcionamiento la Asociación Creemos en Ti; es un protocolo que fue validado por el grupo de violencia y familia de Colciencias, y es un protocolo en el que se ha entrenado a un número importante de profesionales del área sicosocial del ICBF y, pues, goza como tal del aval en esa institución y, actualmente, está en proceso de validación por expertos internacionales.

33.7.3. Al margen de lo anterior, insiste la Sala, se observa que, contrario a lo manifestado por el recurrente, la psicóloga efectuó la entrevista con ceñimiento a reglas institucionales previamente establecidas, situación que, aunada a su experiencia en el abordaje de víctimas de abuso sexual, permitió obtener de la menor un relato claro y detallado de los hechos que experimentó.

23.7.4. En ese marco, alejado de cualquier prosperidad se advierte el reparo del demandante orientado a descalificar la entrevista efectuada por la psicóloga, máxime cuando la ausencia de rigurosidad planteada no pasa engendrar simples elucubraciones abstractas carentes de sustento.

23.8. De otra parte, es importante retomar que el testimonio de la Dra. Sánchez Garzón, es catalogado de ilegal por el defensor del implicado MARTÍNEZ HERRERA, porque, entre otras normas, contrarió lo dispuesto en la Ley 1090 de 2006, así como el artículo 385 del C. de P.P., al no resguardar la confidencialidad respecto de la información que le brindó la

víctima; máxime cuando, dice el demandante, no tuvo su consentimiento ni el de su representante legal, quienes, por lo demás, no fueron advertidos de las previsiones consagradas en el artículo 33 de la [Constitución Política](#), lo cual resultaba necesario si se tiene en cuenta que la exposición de la víctima involucraba a sus parientes en una investigación judicial.

23.9. El reparo así propuesto se verifica ausente de fundamento, por cuanto, el demandante pretende estructurar la actividad desplegada por la profesional de la salud, en el marco de una relación particular entre paciente y galeno, a la luz de la Ley 1090 de 2006, cuando lo cierto es que el proceder de la psicóloga fue impulsado por la solicitud de una autoridad judicial encargada de adelantar la investigación a partir de la denuncia instaurada por la abuela de la menor K.M.M.C., evento en el cual, por tratarse de un encargo oficial, no le era exigible a la Dra. Sánchez Garzón, la excepción al deber de declarar consagrado en el artículo 385 del C. de P.P., criterio acuñado por esta Corporación, al señalar lo siguiente:

(...) se advierte que la profesional de la psicología llevó a cabo la valoración de la menor a través de una entrevista semiestructurada, promovida por el hecho de la denuncia precedente que puso en conocimiento de las autoridades la probable existencia de una conducta punible. Función oficial que lejos constituía una relación profesional que se erigiera en la garantía inviolable amparada por el artículo 74 de la Constitución Política y reproducida como excepción al deber de declarar en el artículo 385 de la Ley 906 de 2004.

De manera que en tanto el testimonio de la psicóloga, relacionado con la valoración profesional que llevó a cabo sobre la menor, correspondía al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo, por lo que dicha testigo no tenía la obligación de guardar secreto alguno ante la inexistencia de una relación profesional – paciente sobre la que propugnara por la salvaguarda de los principios y garantías de la dignidad y la autonomía de la voluntad del individuo objeto de valoración.⁶

23.10. Razón suficiente para descartar la falta de aplicación de la Ley 1090 de 2006 «Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Psicología, se dicta el Código Deontológico y Bioético y otras disposiciones.», conforme lo reclamó el censor; máxime cuando esta reglamentación, en gracia de discusión, valga señalarlo, en su artículo 25, literal a), consagra que el principio de confidencialidad no es absoluto, al establecer:

La información obtenida por el profesional no puede ser revelada a otros, cuando conlleve peligro o atente contra la integridad y derechos de la persona, su familia o la sociedad, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando dicha evaluación o intervención ha sido solicitada por autoridad competente, entes judiciales, profesionales de la enseñanza, padres, empleadores, o cualquier otro solicitante diferente del sujeto evaluado. Este último, sus padres o tutores tendrán derecho a ser informados del hecho de la evaluación o intervención y del destinatario del informe psicológico consiguiente. El sujeto de un informe psicológico tiene derecho a conocer el contenido del mismo, siempre que de ello no se derive un grave perjuicio para el sujeto, y aunque la solicitud de su realización haya sido hecha por otras personas o entidades;
- b) Cuando las autoridades legales lo soliciten, solo en aquellos casos previstos por la ley, la información que se suministre será estrictamente la necesaria;

23.11. Nótese cómo, incluso, la excepción precedente termina por descartar la equivocada postura del censor, pues, la norma consagra una alternativa para que el profesional pueda revelar la evaluación psicológica, que sea requerida, entre otros, por los entes judiciales, tal cual aconteció en este caso, siendo importante resaltar que tanto la víctima, como su abuela, con la sola presentación de la denuncia tuvieron garantizado el derecho de conocer el procedimiento a realizar y supieron que los resultados del mismo tendrían incidencia en un proceso penal, conjunto de circunstancias que, de paso, desvirtúan otro reparo del libelista, cuando señala que la menor fue engañada para participar de la entrevista

psicológica, al no saber que tendría fines judiciales.

23.11.1. Y en lo que atañe a la ausencia de las advertencias consagradas en el artículo 33 de la Constitución Política, a la menor, en el curso de la entrevista practicada, acertada resulta para la Sala la respuesta dada por el Ad quem, pues, con base en la adecuada interpretación del referido precepto normativo, precisó:

...la jurisprudencia de la Corte ha establecido que la prohibición contenida en el artículo 33 de la Carta Política reproducida en el artículo 267 del Código Penal de 2000 o bien en el artículo 385 de la Ley 906 de 2004, lo que se prohíbe es el hecho de obligar a una persona a declarar contra sí mismo o contra sus parientes y no propiamente se consolida una nulidad sobre la base de no informarle que no estaba obligado a declarar contra la parentela, pues se insiste, su prerrogativa se extiende a no ser obligado a hacerlo, de suerte que si voluntariamente lo hace no puede derivarse de allí ninguna sanción de invalidez.

En efecto conforme a reiterada postura jurisprudencial, entre ellas la del 14 de marzo de 2002, radicación 12.385, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego y la de 12 de junio de 2003, radicación 17.261, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la Sala de Casación Penal ha concluido que lo sustancial no es que al pariente se le advierta sobre la garantía de no declarar contra sí mismo o contra aquellos, si no a que no se le obligue a rendir testimonio.

23.11.2. Criterio reiterado en un asunto de similar connotación fáctica y jurídica al decantado por el censor:

...olvidó explicar por qué era ilícita la valoración psicológica efectuada a la víctima por no haberse advertido el contenido del artículo 33 de la Constitución Política, cuando la Corte ha indicado que «la excepción al deber de declarar -derecho que goza de amparo constitucional y legal, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política y el canon 267 de la Ley 600 de 2000-, tiene como núcleo el deber impuesto a la autoridad de no obligar, constreñir, coaccionar, forzar o presionar al testigo a declarar en contra de sí mismo o de las

personas cercanas indicadas en el plexo constitucional y legal.»⁷, razón por la cual no se considera «...vulnerado el derecho a la no auto-incriminación y a la no incriminación del cónyuge, compañero permanente y parientes cercanos cuando, a pesar de no informarse al declarante de ese privilegio, conforme lo señala el inciso segundo del artículo 267 del Código de Procedimiento Penal de 2000, el funcionario no ejerce acto alguno dirigido a obligarlo o constreñirlo para rendir testimonio»⁸. CSJ AP263-2017

Por manera que, la trascendencia del ataque, pues a pesar de que la deponente no fuera informada de esa excepción al deber de declarar no se reprobó que la entrevista fuese producto de un acto de constreñimiento o coacción, que indefectiblemente conduciría a la violación de la referida garantía constitucional. Luego, que se hubiese alegado yerro en ese sentido no necesariamente conducía a una decisión diversa.⁹

23.12. Así las cosas, el testimonio de la Dra. Sánchez Garzón, junto con la entrevista que tomó a la menor K.M.M.C., tampoco revisten los postulados de ilegalidad denunciados.

La entrevista psicológica de la menor K.M.M.C. y su alcance probatorio

24. Pese a que, en la audiencia preparatoria, la juzgadora dispuso decretar el testimonio de la psicóloga Diana Elena Sánchez Garzón, en condición de perito, cuando realmente se trataba de testigo técnico¹⁰, con quien, además, ingresaría el informe que condensó la entrevista de la menor, lo cierto es que su intervención no tenía por objeto realizar respecto de lo dicho por K.M.M.C. algún tipo de comprobación o introducir un dictamen pericial.

24.1. Claramente la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, conforme se ilustró en el acápite anterior, sostuvo que la autoridad remitente –Fiscalía 235 Seccional de Bogotá– le solicitó tomar una entrevista a la niña, misma que se desarrolló en seguimiento del protocolo institucional, el cual, según lo precisó la profesional, «cuenta con una serie de características y de momentos que favorecen la indagación frente a relatos de presuntas situaciones de violencia sexual en niños y jóvenes, específicamente.»; es decir, la

entrevista, concebida en este asunto como técnica para recolectar información, no tenía la virtualidad necesaria para considerarse prueba pericial, sino el cometido de brindar confianza a la menor y evitar su revictimización, en aras de que narrara espontáneamente lo sucedido.

24.2. En ese contexto, la realización de dicha entrevista, como ha quedado claro, no constituye dictamen, ni otorga a la psicóloga que la efectuó la calidad de perito; no obstante, tal situación no descarta que con su testimonio se introduzca la versión otorgada por la menor ante ella, y que, incluso, sea admisible su exposición sobre las percepciones directas que tuvo al momento de escuchar dicho relato, situación que será abordada con mayor amplitud más adelante.

24.3. Ahora, si bien es cierto, la tesis de los juzgadores, que soporta la atribución de responsabilidad a los acusados, estuvo cimentada, en parte, en el argumento según el cual: «los profesionales de la salud registran en sus informes el relato de los hechos que hace la víctima, y éste se integra al testimonio que dichos galenos rinden en audiencia de juicio oral, sin que deba excluirse por considerarse prueba de referencia.», el desarrollo jurisprudencial de la Corte frente a ese específico tópico, conduce a entender que la entrevista efectuada, en los citados términos, si constituye prueba de referencia, respecto al relato de la menor introducido a juicio, conforme se reiteró en reciente decisión:¹¹

(...) (i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii)... si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.”

24.4. De ahí que, en el presente caso, las manifestaciones expuestas por los profesionales

que declararon en el juicio, respecto de los hechos narrados ante ellos por la menor K.M.M.C., así como lo aseverado por la denunciante María Mercedes Mancipe Rodríguez, frente a lo que escuchó de su nieta, claramente constituye prueba de referencia, conforme será ilustrado en el siguiente acápite; empero, ha de anunciarse desde este momento, que cada uno de los mencionados deponentes funge como testigo directo respecto a las percepciones que tuvieron a raíz del contacto inmediato con la menor, bien, cuando se auscultó su corporalidad, en el caso del médico legista, ya, respecto de la evidencia comportamental relacionada con el abuso sexual expuesto por la niña, en lo que atañe de la profesional en psicología, así como la reacción posterior en su entorno familiar, en el caso de su abuela.

De la estructuración de la prueba de referencia frente a las declaraciones de la menor rendidas por fuera del juicio oral

25. Ha precisado la Sala (CSJ SP3332-2016, Mar. 16 de 2016, Rad. 43866) que «en el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (i) encajan en la definición consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación, y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera.».

25.1. De tal manera que, en relación con la declaración anterior de la menor K.M.M.C., en concordancia con el precedente jurisprudencial traído a colación, se configuran los siguientes requisitos, que la rotulan como prueba de referencia: la niña (i) rindió una declaración con claro contenido incriminatorio, que para cuando fue recibida tenía plena vocación de ser utilizada en la actuación penal; (ii) esa declaración fue presentada en el juicio oral, donde la menor no testificó; (iii) la Fiscalía presentó la declaración para acreditar dos aspectos trascendentes del tema de prueba: la ocurrencia de las conductas punibles y la autoría endilgada a los procesados, y (iv) por la manera como fue incorporada la declaración de la niña, los acusados no pudieron ejercer el derecho a la confrontación.

25.2. Adicionalmente, frente a la prerrogativa de contradicción¹² respecto de la entrevista tomada a la víctima e introducida al juicio oral por la psicóloga Diana Elena Sánchez Garzón, se tiene que la testigo cumplió con el deber de dar lectura integral a lo declarado por la menor, permitiendo que la defensa tuviera la oportunidad de oponerse a su incorporación, con lo que fortaleció así su carácter de prueba de referencia admisible. Lo anterior, incluso, pese a la decisión adoptada en fase de juzgamiento por K.M.M.C., de no testificar en contra de su progenitora, aspecto este que, ante el desarrollo de la jurisprudencia, resulta insustancial, dada la necesidad apremiante de salvaguardar los derechos de las niñas y niños víctimas de este tipo de conductas delictivas.¹³

25.3. Ahora bien, el reconocimiento, como prueba de referencia, de la declaración anterior de la menor K.M.M.C., no significa que pueda constituirse en un elemento insular fundante de la decisión condenatoria, sino que requerirá, conforme se indicará en el acápite siguiente, de prueba complementaria para su adecuada apreciación.

De la corroboración de la prueba de referencia

26. La prueba de referencia puede apreciarse con plenos efectos probatorios, siempre que existan otros elementos de juicio a los que aquella apoye, aserto que, en relación con la

prohibición consagrada en el artículo 381, inciso 2°, de la Ley 906 de 2004, la Sala, en reciente pronunciamiento (CSJ SP2709-2018, Jul. 11 de 2018, Rad. 50.637) reiteró:

La prohibición consagrada en el artículo 381 es una cuestión de derecho, en la medida en que el legislador dispuso que en ningún caso la condena pueda estar basada exclusivamente en prueba de referencia. De ahí que este tipo de asuntos, en el contexto del recurso extraordinario de casación, deben ser alegados por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho por falso juicio de convicción.

Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable.

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian “pruebas” que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. En todo caso, la parte que alegue este tipo de vicios tendrá la carga de elegir la causal de casación adecuada y asumir las respectivas cargas

argumentativas.

En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas”; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador.

26.1. Será, entonces, a partir de los postulados precedentes, que la Sala emprenderá el camino para determinar si el acervo probatorio aportado en el juicio, tiene la virtualidad suficiente para respaldar la exposición vertida por la víctima K.M.M.C. en la entrevista rendida ante la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti; derrotero en el que, necesariamente, se abordarán las censuras formuladas por los demandantes en contra de la apreciación probatoria esbozada por los juzgadores, a partir de las causales desarrolladas al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial.

26.2. Adicionalmente, tal verificación se estructurará con reflejo en la forma como especialmente lo abordó el A quo, auscultando los tópicos de ocurrencia de la conducta punible y responsabilidad de los implicados, respecto de cada uno de los delitos objeto de acusación, metodología también acogida por el Tribunal en segunda instancia.

Del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo

27. En virtud de lo narrado por K.M.M.C. a la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, se tiene que los vejámenes sexuales de los que señaló ser víctima, tuvieron ocurrencia, inicialmente, el 20 de agosto de 2012, data en la que, con apenas 13 años de edad, tuvo relaciones sexuales, vía vaginal, con el acusado EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA, lo cual sucedió en presencia de su progenitora, MARTHA XIMENA CANO PINEDA, quien la convenció de copular con su compañero permanente, bajo la motivación que solo así tendría mejores perspectivas económicas para asegurar su futuro. Refirió, además, que ello sucedió en varias ocasiones, la última, el 21 de septiembre de esa misma anualidad.

27.1. Como prueba directa que corrobora el acceso carnal abusivo descrito por la víctima, se cuenta con el hallazgo físico genital que fuera evidenciado en su corporalidad, al momento de ser sometida al escrutinio sexológico forense, según el cual, la menor K.M.M.C. presentaba «Himen festoneado desgarrado. Bordes Cicatrizados lo cual indica desfloración antigua., M3, M8 Y M9 en posición ginecológica.».

27.2. Al preguntarle la fiscal al médico legista, en el juicio oral «¿Qué significa encontrar en una menor, en esta menor, himen festoneado desagarrado?», contestó:

Que por lo menos ha habido la penetración, como para que esto se hubiese producido en tres meridianos diferentes.

27.3. Luego, al interrogar al galeno acerca de la correlación entre lo manifestado por la víctima, consignado en la anamnesis, y los hallazgos evidenciados en su cuerpo, indicó:

Los hallazgos a nivel genital son compatibles con lo que relató la menor, en cuanto y en tanto a las penetraciones.

27.4. Y al responder la pregunta de la defensa, en el contrainterrogatorio, respecto de «¿Qué es compatible?», respondió:

Hay dos términos que solemos utilizar: consistente y compatible. Consistente es una relación causa-efecto, así de simple, esto se produce por esto y no hay lugar a otra posibilidad; cuando yo me refiero a compatibilidad es que es una posibilidad dentro de otras.

27.5. Además, el Dr. Lozano Reyes indicó que la cicatrización del himen «tarda en reparar los bordes entre 10 días aproximadamente», lapso que se compadece con la última fecha -21 de septiembre de 2012- en que K.M.M.C. adujo haber sido accedida por el acusado.

27.6. Tal como destacaron las instancias, la correlación de las pruebas precedentes otorga consistencia al relato de la menor en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el acusado la abusó sexualmente, en presencia y con la aquiescencia de su progenitora, descripción narrativa que, pese a la escueta información reportada ante el médico legista, guarda coincidencia, en lo fundamental, con la exposición entregada a la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti y a su abuela, la señora María Mercedes Mancipe Rodríguez, quien formuló la denuncia con base en la información que recibió de su nieta.

27.7. Así, en esos tres escenarios, la menor hizo referencia a:

(i) La fecha en que sucedió el primer acceso carnal: 20 de agosto de 2012.

(ii) El nombre del victimario: EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA.

(iii) El lugar en que se perpetró el acceso carnal abusivo: casa de habitación de la niña, específicamente en el cuarto de la acusada.

(iv) El modo en que fue accedida: la despojó de su ropa y la penetró por la vagina.

(v) La actitud desplegada por la acusada MARTHA XIMENA CANO PINEDA: propició el escenario para que solo estuvieran en la habitación ella, su compañero permanente

MARTÍNEZ HERRERA y la menor K.M.M.C., al tiempo que estuvo presente en el momento en que el implicado copulaba con su hija.

(vi) La pluralidad de ocasiones en que se reiteraron tales vejámenes.

27.8. En este punto cabe aclarar que, si bien es cierto, conforme lo señaló el defensor del acusado, la denunciante no atinó en indicar el 20 de agosto de 2012, sino el 24 de ese mismo mes y año, como la fecha en que su nieta le refirió fue abusada por el señor MARTÍNEZ HERRERA, avizora la Sala que en la declaración de la señora María Mercedes Mancipe Rodríguez, evidencia un lapsus respecto de la data de nacimiento de K.M.M.C., sin que ello denote contradicción alguna. Para mejor ilustración, nótese qué fue lo declarado por la testigo:

M.M.M.R.: La niña me comentó que Ximena la llevaba varios días, pues, en los días del cumpleaños de ella, la bregó a convencer de que se le entregara al padrastro, que, pues, él iba a darle un mejor futuro, que le iba a dar una mejor vida, que con él no le iba a faltar nada, y que iban a tener un sexo seguro.

Fiscalía: ¿Comentó la menor si eso llegó a suceder?

M.M.M.R.: Sí doctora, ella me comentó, me dijo que estaban viendo una película, después, como 4 días después del cumpleaños de la niña, ella cumplió 13 años el 20, como el 24 vino siendo eso. Ese día se fueron a ver una película, estaban todos junto con José Manuel entiendo yo viendo la película, de pronto la mamá mandó a José Manuel a comprar pescado, y se quedaron con la niña. Entonces, la niña me comentó, pues, que viendo la película, Edwin le había bajado la ropa a la niña, había abusado delante de la mamá, la mamá estaba mirando. Y la mamá, pues, no emitió ninguna queja, no dijo nada, se quedó mirando. Después, ya eso pasó en más de una ocasión; cualquier cosa que la niña necesitaba, entonces, Edwin le decía: «bueno, pero usted ya sabe cómo» y, pues, cosas así, eso fue lo que la niña a mí me comentó.

Fiscalía: Le dijo la niña cuándo había sucedido eso?

M.M.M.R.: Pues la niña me dice que fue 4 días después del cumpleaños de ella, después de cumplir los 13 años.

Fiscalía: ¿Cuándo cumple la niña años?

M.M.M.R.: La niña cumple años el 20 de agosto. (Subrayado fuera de texto).

27.9. La vaguedad de la testigo yace en no recordar cuál es la fecha del cumpleaños de su nieta, la que corresponde, según el registro civil de nacimiento incorporado a la actuación como soporte de la estipulación No. 1, al 16 de agosto de 2012, luego, si la menor le comentó que los hechos ocurrieron 4 días después de aquella data, es claro que el 20 del mismo mes y año acaeció el primer encuentro sexual denunciado, coincidiendo así plenamente la información que la menor le brindó a su abuela, con aquella otorgada ante la psicóloga.

27.10. Con la precisión anterior, surge evidente, entonces, que frente al delito de acceso carnal abusivo se cuenta con prueba de referencia, esto es, la entrevista de la víctima, incorporada al juicio oral a través del testimonio de quien la recepcionó, y prueba directa que corrobora lo por ella manifestado respecto a la efectiva penetración vaginal que sufrió, así como la temporalidad del suceso.

27.11. Lo anterior permite establecer, más allá de la duda razonable, la materialidad de la conducta delictiva de acceso carnal abusivo en concurso homogéneo y sucesivo y la responsabilidad de MARTÍNEZ HERRERA; máxime, cuando la niña fue consistente en referir las circunstancias modales de la ilicitud.

27.12. Ha de destacarse que para el día 20 de agosto de 2012, el acusado no era una persona ajena en la vida de K.M.M.C., pues, se trataba de quien, para esa fecha y desde

hacía 8 años aproximadamente, sostenía una relación sentimental con su progenitora, la implicada MARTHA XIMENA CANO PINEDA -tal como lo reconocen los propios acusados, quienes acudieron al juicio oral en calidad de testigos-, lazo que le permitía a HERRERA MARTÍNEZ, pese a la existencia en su vida de otro vínculo marital, frecuentar asiduamente la casa de habitación en la que residían la víctima, su hermano J.M.M.C., y la procesada, circunstancia que demarca inconsistente la pretensión del implicado por mostrarse ajeno al contacto con la víctima.

27.13. Así mismo, el inmueble en el que residía la menor con la procesada, era propicio para que se perpetraran los vejámenes sexuales en contra de K.M.M.C.; según el relato del acusado, se trataba de un apartamento, al interior de una casa, que constaba de dos habitaciones: una de ellas en la que dormía la señora CANO PINEDA, y la otra destinada para K.M.M.C. y su hermano J.M.M.C.; cada una, indicó MARTÍNEZ HERRERA, dotada de televisión, aunque, precisó, la puerta del cuarto de los adultos no existía o estaba dañada.

27.14. Es decir, pese a que en la casa vivían otros inquilinos, conforme lo refirieron los implicados, el lugar de habitación en que residía la niña se limitaba únicamente al espacio descrito y a las personas indicadas, sin que se enunciara que a esa esfera tuvieran acceso otros residentes del inmueble, o que el apartamento no tuviera la privacidad esperada.

27.15. Adicionalmente, las particulares características de las habitaciones, que resaltó el procesado, en cuanto contaban con su propio televisor, o que el cuarto de la acusada no tenía puerta o estaba dañada, no logran desdibujar el relato de la niña en cuanto a la descripción espacial en que se desarrollaron los hechos, pues, que K.M.M.C., tuviera televisor en su habitación, de ninguna forma anula la posibilidad de que asistiera al cuarto de su madre a ver una película; o que ese espacio no tuviera puerta de acceso, no significa que allí no pudiera ser accedida la menor de edad; antes bien, esa potencial carencia de privacidad del cuarto de CANO PINEDA, determinó que la acusada solicitara la salida del apartamento de su hijo J.M.M.C., para facilitar que MARTÍNEZ HERRERA tuviera relaciones

sexuales con la víctima, sin que personas distintas a ellos se percataran de tal situación.

27.16. Es que, la intención de la acusada CANO PINEDA, de propiciar el escenario adecuado para que su compañero sentimental accediera carnalmente a K.M.M.C., se vislumbra concordante con el asedio descrito por la menor, encaminado a que se entregara sexualmente al implicado, propuesta a la que la víctima accedió por el atractivo de mejorar sus expectativas económicas e, incluso, la alimentación en el colegio, solo que al no cumplirse lo prometido, la niña decidió revelar lo ocurrido.

27.17. Valga retomar en este acápite, que para reprochar la credibilidad atribuida al testimonio de la menor por los sentenciadores, en primer lugar, el defensor de MARTÍNEZ HERRERA acude a la estructuración de un error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, cimentado en la errónea contemplación de lo expuesto por los testigos J.M.M.C., hermano de la víctima; Diana Elena Sánchez Garzón, psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, y el Dr. Carlos Enrique Lozano Reyes, Médico Forense, así como la declaración vertida por la señora María Mercedes Mancipe Rodríguez.

27.18. Respecto a tal reparo frente al médico forense, Doctor Lozano Reyes, adujo el demandante, que su dicho sólo sirve de base para la construcción de indicios, sin la suficiente fortaleza para edificar una sentencia condenatoria; sin embargo, se advierte que el dictamen médico forense sexológico es prueba directa de que K.M.M.C. fue penetrada vaginalmente, al tiempo que corrobora el señalamiento vertido por la niña en la entrevista, respecto a que a sus trece años de edad fue objeto de acceso carnal abusivo en la época por ella indicada.

27.19. Y si bien es cierto, en el dictamen practicado por el galeno se consignaron expresiones de la víctima que esta última no replicó en la entrevista psicológica, ni tampoco las referenció a la denunciante, tales como que: (i) CANO PINEDA le decía que sentía excitación cuando observaba a su compañero tener relaciones sexuales, o (ii) “haber

practicado la felación”; esas aparentes inconsistencias, resaltadas por el demandante, no alcanzan a minar la credibilidad del relato vertido por K.M.M.C; y en cambio, confluyen en el contexto de los hechos para ilustrar con mayor amplitud el conjunto de los vejámenes sexuales a los que la menor fue sometida, merced a la inducción sexual que su propia progenitora hizo nacer en ella.

27.20. Tampoco es de recibo la afirmación relacionada con la supuesta tergiversación del citado testimonio, cuando se aduce que los falladores no tuvieron en cuenta la diferencia entre compatibilidad y consistencia, bajo el entendido que el dictamen médico legal sólo sirvió de base para una relación de concurrencia –esto es, que los hallazgos en el cuerpo de la víctima, podían deberse a múltiples causas, y no solo al acceso carnal cometido por el procesado-, pues, la sentencia condenatoria no solo se edificó en las results del examen sexológico, sino en la valoración conjunta de sus conclusiones y la entrevista rendida por la víctima, introducida al juicio por la psicóloga que la recibió.

27.21. Respecto al testimonio de la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, ya se dejó señalado que ella no fungió como perito y, por tanto, lo aducido en la audiencia de juicio oral, en relación con los hechos que le narró K.M.M.C., constituye prueba de referencia.

27.22. Sin embargo, no puede pasar inadvertido que a partir del contacto personal que tuvo la Dra. Sánchez Garzón con la víctima, funge como testigo directo, conforme se desprende del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, de lo que observó o percibió a raíz de su encuentro con la menor, particularmente, de su comportamiento y estado anímico alterado.

27.23. En efecto, la testigo en el desarrollo de su exposición, indicó:

Fiscal: ¿Cuál fue el comportamiento de la menor en la entrevista?

Psicóloga: K.M. es una niña que se mostró colaboradora con el curso de la entrevista;

ingresó al consultorio estando tranquila, mostrando un nivel de lenguaje verbal fluido, acorde con su nivel escolar, proporcionando los datos que se le solicitaron; en algunos momentos de la entrevista, dado que se tocaron, pues, algunos temas que para ella fueron, la afectaron significativamente, pues, la niña en algunos momentos presentó llanto, mostró actitudes y posturas no verbales que evidenciaban sentimientos de malestar, de tristeza, de afectación emocional.

(...)

Fiscal: Dígame, cuáles fueron las recomendaciones que usted hizo en este caso.

Psicóloga: Pues, teniendo en cuenta el reporte que hace la niña y, pues, la afectación emocional que percibí durante la entrevista, recomendé que K.M. fuera vinculada a un proceso terapéutico especializado, como presunta víctima de violencia sexual, y que iniciara terapia con una de las psicólogas de la Asociación que es la doctora Sofía Herrera.

Fiscal: ¿Por qué dice usted que percibió afectación emocional?

Psicóloga: Como lo mencioné cuando hablé de las características y del comportamiento de la niña durante la entrevista, pues, es una niña que en algunos momentos de la entrevista llora, en su discurso y en su lenguaje no verbal se evidencia afectación, ella habla de sentimientos de vergüenza, de tristeza, de malestar, de frustración; en la parte final de la entrevista refiere que ha tenido, por ejemplo, afectaciones en su ciclo de sueño, que tiene pensamientos prevalentes acerca de la situación que se presentó, que, pues, ha tenido una afectación y, pues, obviamente, también desde mi experiencia y desde el cuadro de violencia sexual, pues, encuentro que hay unos elementos que evidentemente, pues, afectan a un niño, dada la cercanía de los presuntos agresores, los niveles de presión que se dan, que la niña, pues, ha tenido que ser cambiada de su lugar de domicilio y eso, pues, implica una serie de cambios y de procesos de adaptación que requieren de acompañamiento, de asesoría, de orientación con quienes están a cargo de la niña para el

manejo y el acompañamiento efectivo de tal manera, pues, que ella pueda superar la afectación de este evento.

(...)

Fiscal: Nos dice usted que la niña hace un reporte claro de conductas que constituyen abuso sexual, ¿qué la llevó a usted a esa conclusión?

Psicóloga: Desde mi experiencia y mi conocimiento acerca de la problemática de violencia sexual, pues, veo que estamos hablando de una menor de 14 años, que describe que ha sido testigo de relaciones sexuales, pues, también habla de que ha sido objeto ella misma de conductas y de acciones sexuales en contra de su cuerpo, lo cual corresponde a situaciones de abuso sexual.

27.24. Desde luego, goza de relevancia la exposición efectuada por la profesional de la salud, acerca de los síntomas de alteración emocional que evidenció en la menor, y que resultan compatibles con el relato de abuso sexual suministrado, sin que la pertenencia de la citada profesional a la Asociación Creemos en Ti, permita señalar en manera alguna ausencia de veracidad u objetividad en el relato que brindó.

27.25. Tal situación contribuye a corroborar que lo dicho por K.M.M.C., corresponde a una real vivencia de abuso sexual perpetrada por su propia madre y el compañero sentimental de esta última.

27.26. Así las cosas, para la Sala, lo expuesto por la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, se reitera, a partir de la percepción directa de las alteraciones en el estado emocional que evidenció en la menor, corrobora lo expuesto por K.M.M.C.

27.26.1. Es de anotar que, contrario a lo manifestado por el censor, la ausencia de dictamen pericial en este caso no implica la imposibilidad para el fallador de apreciar lo

dicho por tal profesional, respecto a la observación que realizó de la víctima en el abordaje de la entrevista efectuada.

27.27. En lo que tiene que ver con el testimonio de la denunciante María Mercedes Mancipe Rodríguez, en principio, le asiste razón al recurrente cuando aduce que lo expuesto por ella se constituye en prueba de referencia, específicamente en cuanto a la información que recibió de su nieta, pero debe precisarse que no corresponde a la realidad la afirmación referida a que la testigo no fue informada por la menor respecto de los hechos objeto de investigación, pues, si bien, la niña en entrevista manifestó que, en principio, no le comentó a su abuela lo acontecido, por sentir vergüenza, lo cierto es que después, por acercamiento que ésta efectuara, la menor le confió lo ocurrido, y es por esa razón que acude ante las autoridades para formular la denuncia, dejando consignada la revelación que le hizo su nieta, la que posteriormente guardó coincidencia con lo expuesto ante el médico legista y la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti.

27.28. Adicionalmente, al igual que la profesional de la salud, la señora Mancipe Rodríguez, también funge como testigo directo del comportamiento por ella percibido en la menor, pues, aunque, inicialmente destacó atributos en la personalidad de la niña, a quien se refirió como una persona tranquila y madura, puntualizó que durante los procedimientos efectuados ante Medicina Legal y en la Asociación Creemos en Ti, “la vio triste”, y en otras ocasiones actuó «muy malgeniada, muy rebeldemente.»

27.29. Esa percepción particular de la testigo, acentúa la corroboración de la exposición de la víctima, máxime cuando proviene de la persona que durante un lapso importante ha estado a cargo de la menor, al punto que, luego de formular la denuncia, nuevamente la niña pasó a integrar su núcleo familiar, robusteciendo así el lazo afectivo que le permitió evidenciar, de primera mano, el estado emocional de K.M.M.C.

27.30. Así las cosas, la determinación precedente del haz probatorio, que de manera

directa corrobora la prueba de referencia, permite igualmente dar por acreditadas las circunstancias de agravación punitiva endilgadas al acusado MARTÍNEZ HERRERA en la comisión del ilícito que viene de analizarse.

27.31. Lo anterior por cuanto, en lo que atañe al numeral 1 del artículo 211 del Código Penal, relacionado con que «La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas», no se desconoce que el procesado contó con la cooperación de la implicada MARTHA XIMENA CANO PINEDA, para que la menor K.M.M.C. accediera a mantener relaciones sexuales con él, bajo promesas de bienestar económico; por tanto, es claro el acuerdo entre CANO PINEDA y su compañero sentimental, en orden a lograr el desenlace que atentó contra la integridad y formación sexual de la niña.

27.32. En ese contexto, resulta inadmisibile que la defensa del implicado alegue ausencia de acuerdo con la madre de la menor, cuando, incluso, es ubicada por la víctima en el escenario en que tuvieron lugar los agravios denunciados.

27.33. Tampoco le asiste razón al demandante cuando pretende desdibujar la estructuración del agravante previsto en el numeral 2 de la norma en cita, referente a que «El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza», con base en la errónea apreciación de que tal relación surge a partir de un vínculo de naturaleza civil, pues, lo cierto es que dicha posición se deriva del amplio espectro de posibilidades que enmarcan las relaciones sociales.

27.33.1. En ese entendido, la relación sentimental entre CANO PINEDA y MARTÍNEZ HERRERA, aunada al hecho de que incluso éste admitió haber corregido a la menor en una oportunidad, por irrespetar a su madre, o que su hermano J.M.M.C., afirmara que el citado los orientaba y les daba consejos, son dicientes de la posición de autoridad que ejercía frente a los menores, independientemente de su relación civil con CANO PINEDA o la

circunstancia de que no convivieran permanentemente bajo el mismo techo al momento del abuso.

27.34. Con la misma contundencia que se desprende de las pruebas relacionadas, para la Sala tampoco emerge reparo alguno respecto de que esta conducta delictiva se cometió en concurso homogéneo y sucesivo, dado que, según lo motivaron los falladores, «como lo reconociera la menor, tuvieron ocurrencia aproximadamente en cinco ocasiones».

27.35. Es así como, en la entrevista recibida a K.M.M.C. por la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, en relación con los demás eventos en que se repitieron los vejámenes sexuales, el cuestionario formulado fue respondido por la víctima de la siguiente manera:

Psicóloga: ...luego del 20 de agosto ¿Qué pasó?

Niña: Se volvió a repetir, eso pasó hasta el 21 de septiembre.

Psicóloga: ¿en qué momento o en qué situaciones se repetían las cosas K.?

Niña: Pues exactamente no me acuerdo

Psicóloga: ¿No te acuerdas de qué?

Niña: Pues usted me pregunta ¿en qué momento pasaron las cosas, o sea, como así a qué se refiere con esa pregunta?

Psicóloga: O sea si recuerdas ¿el día, el momento del día en que pasaba, en qué circunstancia se daba esa situación?

Niña: en cualquier momento.

Psicóloga: En cualquier momento, ¿Cómo así? Explícame esa situación

Niña: Pues en cualquier momento, en la mañana, en la noche o en el día, así.

Psicóloga: ¿Cada cuánto pasaba eso?

Niña: No me acuerdo exactamente

Psicóloga: ¿Dónde pasaba? Me dices que era en cualquier momento en diferentes horas, ahora ¿en dónde pasaba?

Niña: Siempre pasó en la pieza de mi mamá, en la cama de ella.

Psicóloga: ¿Siempre en la pieza de ella en la cama de ella?

Niña: Si

Psicóloga: ¿Tú mamá dónde estaba cuando pasaba? Ya me contaste que ella el 20 de agosto estaba ahí presente, pero aparte del 20 de agosto, los otros días, ¿dónde estaba tu mamá cuando eso pasaba?

Niña: También presente

Psicóloga: ¿Siempre estaba presente?

Niña: Si (sic) señora

Psicóloga: ¿Tú mamá también te hizo algo?

Niña: No señora

(...)

Psicóloga: ¿Y cuando tu tenías relaciones sexuales con Edwin tu mamá que decía o hacía?

Niña: Nada

(...)

Psicóloga: ¿A parte de Edwin alguna otra persona te ha hecho algo en las partes privadas?

Niña: No señora

Psicóloga: ¿Cuántas veces pasó eso?

Niña: No sé cómo cinco

27.36. Esa manifestación repetitiva de la conducta atribuida al implicado, también se evidencia en la información que la menor brindó al momento de ser sometida al examen sexológico, cuando referenció que MARTÍNEZ HERRERA la había penetrado, vía vaginal, en más ocasiones, la última vez el 21 de septiembre de 2012, indicando, además, que, en la primera y segunda oportunidad, presentó sangrado.

27.37. Con la precisión denotada por la menor y el señalamiento persistente de por lo menos dos fechas exactas en que su victimario la accedió, decae el argumento del censor, para quien era necesario que la víctima hiciera una descripción pormenorizada de cada uno de los eventos en se ejecutó la conducta, pues, claramente se evidencia como K.M.M.C. se refiere a la repetición, en aquellas otras oportunidades, de los sucesos acaecidos el 20 de agosto de 2012, siempre con la presencia de su progenitora.

27.38. Ahora bien, la oposición del censor se fundamenta también en la valoración de las pruebas de descargo que desfilaron en el juicio, en lo que tiene que ver concretamente con el testimonio del menor J.M.M.C., hermano de la víctima, punto en el que surge evidente que el impugnante intentó, por la senda del falso juicio de identidad, nada más que imponer una interesada visión de lo que a su juicio arrojaba la prueba, sobre la valoración que de la

misma se efectuó en la sentencia condenatoria, a través de la cual se restó credibilidad al dicho del testigo argumentando un claro interés en beneficiar a su madre, la procesada MARTHA XIMENA CANO PINEDA y, adicionalmente, resaltando las notorias inconsistencias entre lo dicho por él y lo que los implicados expusieron en juicio.

27.38.1. Así se plasmó:

A pesar de los esfuerzos que realizaron los testigos de la defensa con el fin de desacreditar lo expuesto por la menor, no lograron desvirtuarlo, pues fueron evidentes las contradicciones entre ellos, veamos porqué decimos lo anterior:

Martínez Herrera sostuvo al inicio de su declaración que sólo se veía a escondidas y en moteles con Martha Ximena, sin embargo, posteriormente señaló que se reunían los domingos en su casa y por periodos de tiempo cortos, y más adelante afirmó que tenía una excelente relación con los padres de Martha Ximena y que incluso jugaban tejo los fines de semana.

También dijo que no tenía ninguna relación con los menores K.M. y J.M., que prácticamente no tenía ningún contacto con ellos, que solo una vez le llamó la atención a la menor K.M. por ser grosera con su madre, sin embargo J.M. señaló que se veía muy a menudo con el acusado durante la hora del almuerzo, y que incluso, como lo señalara la representante del ente acusador, les daba consejos a él y a su hermana, lo que desvirtúa por completo su dicho, pues pretende hacer creer que ninguna cercanía había con los hijos de Martha Ximena.

27.38.2. Seguidamente, manifestó:

Aunado a lo anterior, tenemos que ni siquiera el testimonio de la enjuiciada fue coincidente con el de su hijo J.M.M.C. a pesar que desde el inicio reconoció que su pretensión era ayudar a su progenitora. Véase como el menor manifestó que el trato de su mamá Martha Ximena

con su hermana K.M. era excelente, le daba buenos consejos y siempre la trató bien. Relato contrario a lo reconocido por la acusada en juicio, quien sostuvo que su relación con su hija fue pésima y que lamenta haberla tratado mal.”

27.39. Por tanto, surge evidente que los falladores no otorgaron credibilidad a J.M.M.C., respecto de las manifestaciones que hizo contra su hermana de faltar a la verdad, partiendo, en principio, del natural y admitido propósito de favorecer a su madre, con quien, adujo la denunciante, tenía una relación bastante cercana y, en segundo término, a partir de las inconsistencias evidenciadas entre sus dichos y lo expuesto por los encartados en juicio.

27.40. En ese sentido, cuando se aducir el yerro por falso juicio de identidad por tergiversación, se trata, el mismo ha de surgir fácilmente perceptible, con la contrastación entre lo que la prueba contiene y lo que de ella lee el fallador, cuestión que en este caso no acontece, pues, se itera, lo que se evidencia es la inconformidad del censor con la posición de las instancias, por no arribar a las conclusiones que él cree debieron derivarse de la prueba. En ese sentido, edifica el recurrente un esfuerzo argumentativo inane tendiente a justificar las contradicciones resaltadas por los falladores, que sirvieron de base para descartar la exposición del testigo de la defensa.

27.41. De otra parte, respecto al argumentado falso raciocinio, es de anotar que el defensor aduce que los falladores le atribuyeron responsabilidad a los acusados, como consecuencia de la errónea aplicación de la regla de la experiencia según la cual «cuando los niños hablan de abusos sexuales es porque generalmente los han vivido»; sin embargo, tal reparo falta al principio de corrección material, pues, en ningún aparte de las sentencias censuradas se evidencia la referencia explícita o tácita a dicha regla.

27.42. Es que, precisa la Sala, la crítica se estructuró con base en las mismas falencias aducidas al argumentar el reproche precedente, para lo cual aduce el recurrente, indistintamente, la vulneración de otras máximas de la experiencia, las cuales

deshilvanadamente mezcla con supuestas vulneraciones a las reglas de la lógica y de la ciencia.

27.43. A propósito de las máximas de la experiencia, que afirma el censor fueron desconocidas por los juzgadores, es imperativo que, en la regla formulada, conforme lo ha reiterado la Sala¹⁴, confluyan las características de universalidad, permanencia y reiteración, por las que alcanza la categoría de pauta de experiencia y que era forzoso para el juzgador servirse de la misma, a fin de determinar el correcto entendimiento de los medios de prueba. Esto supone la comprobación de validez del postulado y su aplicación más o menos uniforme o estable a fenómenos de frecuente observación, lo que excluye propuestas particulares derivadas de conjeturas no verificables o no demostrables mediante la experiencia objetiva, como se aprecia de los argumentos y proposiciones contenidos en la demanda formulada por el defensor de MARTÍNEZ HERRERA para fundamentar el falso raciocinio.

27.44. Es lo que acontece, cuando, a manera de ejemplo, el censor pretende enseñar a la Corte que los juzgadores desatendieron sendas reglas de la experiencia a partir de la presencia de «hechos notorios», como que «casi siempre cuando dos adultos mantienen relaciones sexuales, los terceros salen del lugar», o «casi siempre que alguien va a comprar algo para el almuerzo, no dura mucho tiempo»; proposiciones fundamentadas en eventos ocasionales que, por el contrario, lo único que enseñan es la visión especulativa del censor en el afán de encontrar una interpretación diversa a lo que objetivamente enseñan los medios suasorios que comprometen la responsabilidad de los implicados.

27.45. Así las cosas, las premisas expuestas en el reparo, no superan la percepción subjetiva del demandante con la que pretende anteponerse al mérito probatorio que a las pruebas de cargo confirieron los falladores, específicamente, en relación con el alcance dado a la exposición vertida por la menor K.M.M.C., por hallarse corroborada con otros elementos de juicio. En estas condiciones, ante la llana disparidad de criterios, prevalece el

de los sentenciadores, dado que sus decisiones se encuentran amparadas con la doble presunción de acierto y legalidad.

27.46. Ahora bien, respecto de los postulados de la lógica y de la ciencia, que el censor también consideró desatendidos por los sentenciadores, cabe indicar que, en cuanto a los primeros «hay que entender que se trata de aquellos [principios] que gobiernan el entendimiento humano, sea cual fuere el objeto al que se aplica tal actividad, también se les conoce como reglas directoras del conocimiento (entre otras, las de “tercero excluido”, “no contradicción”, “razón suficiente”, etc.) en tanto son las condiciones fundamentales del acuerdo del pensamiento consigo mismo, son, en pocas palabras, juicios en los que se sintetiza la traducción lógica de las posibilidades de raciocinio.» (CSJ AP, 24 Ago 2011, Rad. 36383); mientras que los postulados de la ciencia hacen alusión a saberes técnicos que han sido respaldados por el mundo científico. (CSJ AP802017, Nov. 29 de 2017, Rad. 47951).

27.47. Aunado a ello, varias de las postulaciones incorporadas en la censura resultan irrelevantes, al dejar de lado un escrutinio integral de los hechos materia de trámite, por lo que es inane pregonar, entre otros, que: (i) son insuficientes las conclusiones a las que arribó la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti; (ii) no se encuentran corroboradas la supuestas secuelas de los vejámenes sexuales reportados por la menor; (iii) es inusual el lenguaje utilizado por la niña en la entrevista; (iv) es imposible que el día 20 de agosto de 2012, hubiese sucedido un cúmulo de acontecimientos en la escena descrita por K.M.M.C. que enmarcaron el acceso carnal del que fue víctima, o (vi) la actitud pasiva del padre biológico de la niña.

27.48. Nótese como a manera de ejemplo, cuestiona el censor la omisión del padre de la niña en brindarle protección y acompañamiento ante las autoridades judiciales, luego de conocer los supuestos vejámenes sexuales de que fue objeto; sin embargo omite convenientemente observar que la denunciante estableció de manera categórica que era ella quien se hacía cargo de su nieta, ante los problemas de drogadicción y falta de

presencia emocional y económica de su hijo; situación que no torna extraño, en el ambiente familiar de la víctima, que la actitud de éste fuese apática o descuidada.

27.49. De la misma manera se detiene el recurrente en criticar el lenguaje explícito de la menor respecto a sus relatos de abuso sexual; empero, lejos de excluir la credibilidad de su dicho, corrobora el conocimiento respecto a situaciones que deberían escapar a una niña de 13 años de edad, cuestión apenas comprensible cuando se evidencia que fue objeto de actuaciones lascivas por un espacio prolongado de tiempo al interior del núcleo familiar.

27.50. Respecto a la «insuficiencia» de las conclusiones a las que arribó la psicóloga, la ausencia de verificación de las secuelas que los delitos sexuales causaron a la menor y la «imposibilidad» que para el día 20 de agosto de 2012 hubiese sucedido el cúmulo de acontecimientos descritos por K.M.M.C., tales argumentos parten, nuevamente de la interesada visión del recurrente, sin que a partir de ellos hubiese logrado establecer objetivamente la materialización de agravios a las reglas de la sana crítica, y mucho menos demostrar su trascendencia en orden a minar el fundamento de la sentencia condenatoria.

27.51. En suma, con la precisión atinente a que la acreditación respecto de la ocurrencia de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y la responsabilidad del acusado EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA en su comisión, emana de la capacidad probatoria que reviste la declaración anterior al juicio de la menor víctima, como prueba de referencia admisible, corroborada directamente con: (i) los hallazgos físicos que se reseñaron en el dictamen médico legal sexológico, conforme se desglosó en precedencia, (ii) la percepción directa que la Psicóloga de Asociación Creemos en Ti, tuvo respecto de los síntomas que acreditan los vejámenes sexuales padecidos por la menor, así como (iii) la exposición de la denunciante, quien también percibió de manera directa alteraciones de la conducta de la niña que acentúan la veracidad de su relato; no encuentra la Sala motivo para casar el fallo por esta conducta punible, en los términos indicados por el impugnante.

27.52. Ahora bien, cabe recordar que en relación con MARTHA XIMENA CANO PINEDA, inicialmente la Fiscalía formuló acusación en su contra, entre otras conductas punibles, por el delito que es objeto de análisis en este acápite -acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en condición de cómplice-, solo que en las alegaciones finales la delegada del ente persecutor omitió solicitar condena por esa ilicitud, situación advertida por la juzgadora al momento de emitir el sentido del fallo, oportunidad en la que anunció su decisión absolutoria, conforme fue dispuesta en la sentencia proferida.

27.53. En esas condiciones, la circunstancia procesal descrita en precedencia, en virtud del principio universal de la no reformatio in pejus, -recuérdese que ahora fungen como demandantes solo los apoderados de los acusados- impide a la Corte contemplar la posibilidad de emitir sentencia condenatoria en su contra.

Del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso homogéneo y sucesivo

28. Es de anotar, desde ya, que la condena por los delitos de actos sexuales abusivos agravados en concurso homogéneo y sucesivo, inducción a la prostitución e incesto, se fundamenta también en la prueba de referencia, junto a las corroboraciones estudiadas para el delito de acceso carnal, razón por la cual la Corte no volverá al desarrollo detallado de tales probanzas, pero analizará en acápites siguientes algunos aspectos puntuales.

28.1. El artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008, tipifica el delito de actos sexuales con menor de 14 años de la siguiente manera:

El que realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión...

28.2. El relato de la menor K.M.M.C., consignado en la entrevista tomada por la psicóloga de la Asociación Creemos en Ti, contrario a la exposición del censor, no se erige de manera

insular como elemento suasorio para acreditar la cabal estructuración de los actos sexuales, diversos al acceso carnal, en que incurrieron los acusados, pues, al tratarse de prueba de referencia admisible, su corroboración, con otros medios probatorios, conforme se estableció en acápites precedentes, permite tener por acreditados los sucesos que en este apartado apuntan a determinar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad de los implicados en su comisión.

28.3. En ese sentido, la menor hizo referencia a las prácticas de los acusados de: (i) mantener relaciones sexuales en su presencia de manera reiterativa y (ii) someterla a tocamientos de sus senos en lo que atañe a MARTINEZ HERRERA.

28.4. Cabe señalar que, respecto a los actos abusivos reportados por la víctima en la entrevista, surge diáfana la responsabilidad de los encartados en el delito analizado, ejecutado en concurso homogéneo y sucesivo, pues, se halla acreditado que sostuvieron, en presencia de la niña, relaciones sexuales con el claro objeto de inducir a la menor en el ejercicio de prácticas de este tipo y despertar con ello su libido.

28.4.1. Se estableció en la entrevista:

Psicóloga: ¿Tú dónde estabas cuando ellos tenían esos contactos sexuales?

Niña: En la cama

Psicóloga: ¿Cómo te sentías en esa situación?

Niña: Mal

Psicóloga: ¿Tú qué hacías o qué les decías?

Niña: Yo no hacia ni decía nada, yo simplemente prendía la televisión, trataba de ignorarlos

Psicóloga: Ellos mientras estaban teniendo relaciones sexuales ¿te decían algo a ti?

Niña: No señora, a veces

Psicóloga: ¿Qué te decían a veces?

Niña: Me jodían, me decían sigue usted, así que prepárese que sigue usted.

Psicóloga: ¿Quién te decía eso?

Niña: Mi mamá y Edwin

28.5. Es de anotar en este punto que carece de razón el recurrente al exigir para la materialización de dicho comportamiento y en orden a la “acreditación del dolo”, que los encartados obligaran a la víctima a presenciar las relaciones sexuales que mantenían, pues, las características del ilícito atribuido parten precisamente de la realización de actos sexuales en presencia de un menor de 14 años, sin que surja necesario para la configuración de la conducta que se constriña a la víctima de alguna manera.

28.6. Finalmente, en lo relacionado con los tocamientos de que la menor fue objeto en sus zonas erógenas, concretamente sus senos, la niña fue clara en referirlos en la entrevista psicológica, lo cual constituye para el caso de MARTINEZ HERRERA, la acreditación de actos sexuales diversos al acceso carnal en la corporalidad de la víctima.

Del delito de inducción a la prostitución

29. El artículo 213 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 1236 de 2008, consagra lo siguiente:

El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de diez (10) a veintidós (22)

años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

29.1. En relación con el análisis dogmático de esta conducta punible, la Corte, en reciente pronunciamiento¹⁵, señaló:

2. Antes de abordar los motivos de la censura, por cuanto el demandante solicitó a la Corte determinar si la inducción a la prostitución es un delito de mera conducta o de resultado, se precisarán las razones por las que se cataloga el hecho delictivo en referencia dentro de la primera categoría.

En los tipos penales denominados también de mera actividad, basta realizar el comportamiento definido en la norma¹⁶, sin que se requiera la producción de un evento modificador específico como efecto de la acción, de manera que la conducta se consuma con la realización de la descripción típica, independientemente de que se dé o no un suceso distinto de la conducta misma; a diferencia de los tipos penales de resultado,¹⁷ en los cuales la ejecución de la acción que está representada en el verbo rector, debe acompañarse de la consecuencia que tácita o expresamente se describe en la norma para que se entienda consumada (como causar la muerte, privar de la libertad de locomoción, apoderarse de cosa mueble ajena, obtener provecho ilícito, fabricar o circular moneda falsa, confeccionar o adulterar documento).

El artículo 213 del Código Penal, modificado por el artículo 8º de la Ley 1236 de 2008, describe la conducta delictiva de inducción a la prostitución, así: «El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otros, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona...».

Inducir, único verbo rector que describe la conducta a la que se alude, según la definición de la RAE, proviene del latín *inducĕre*, que significa conducir, e indica mover a alguien a algo o darle motivo para ello; provocar o causar algo.

Atendiendo a esos conceptos y al bien jurídico objeto de tutela, la libertad e integridad sexuales, en la especie concreta de prohibición de la explotación sexual, puede advertirse que el tipo penal de inducción a la prostitución abarca desde las acciones tendientes a promover el comercio carnal o la prostitución, hasta el ejercicio efectivo de uno u otra inducidos por un tercero. Por tanto, que se debe catalogar entre los denominados delitos de simple actividad, en la medida en que basta con que se busque persuadir a la persona de involucrarse en alguna de las mencionadas actividades, para que se entienda consumada la conducta, con independencia de que el resultado se produzca o no.

No obstante, es claro que no cualquier comentario, oferta o promesa configura el tipo penal, como del propio significado de la acción de inducir se extrae, pues será necesario que la propuesta u ofrecimiento resulte categórica, convincente, capaz de motivar en el receptor de la misma la idea razonable de la gravedad de la iniciativa de involucrarse en las actividades de explotación de la sexualidad para obtener el pago de sus servicios, por ende que la propuesta es real.

No se trata, en consecuencia, de que la persona objeto de la inducción llegue a tener trato sexual con los demandantes determinados o indeterminados de los servicios, ni siquiera que acepte o se comprometa en la actividad con quien la induce, si no que el sujeto encamine su conducta, con acciones claramente persuasivas, idóneas, a motivar en el destinatario de la propuesta su incursión en el comercio sexual, aún si el receptor de la oferta la rechaza. Ello, por cuanto, se reitera, en los delitos de mera conducta no hace falta un resultado material para que se entienda cumplida la tipicidad consumada¹⁸.

29.2. Al descender al asunto que ocupa la atención de la Sala, se tiene que la atribución de responsabilidad de la acusada MARTHA XIMENA CANO PINEDA, respecto a este delito, se derivó de las siguientes manifestaciones efectuadas por la menor en la entrevista:

Psicóloga: Cuéntame ¿Qué pasó para que estés viviendo, unos días de este mes con tu

abuelita?

Niña: Pues lo que pasó, es que mi mamá, como, como que ella, ella tiene un poder de convencimiento, si por decirlo así, si me entiende, entonces ella a mí me convencía para que yo me acostara con el marido de ella, me decía que él me podía dar un mejor futuro, que veía mi futuro en él...

(...)

Psicóloga: Convencimiento ¿Qué era lo que pasaba cuando tu mamá?

Niña: O sea es que ella empezaba a hablarme a mí. y me decía que yo viera mi futuro en él, que me podía dar una mejor universidad, o sea que viera mi futuro en él sí, o sea y como uno es todo niño, si o sea yo lo veo así, entonces uno se cree todo lo que le dicen, por decirlo así...

(...)

Psicóloga: A ver si te entendí, lo que tú me estas queriendo decir K.M., es que tu mamá, te decía, ¿y te convencía de que tu tuvieras relaciones sexuales con Edwin?

Niña: Si señora

Psicóloga: Ujum, para que él te pudiera dar, un mejor futuro unas mejores posibilidades, ¿sí?

Niña: Si señora

Psicóloga: ¿Ella te decía eso?

Niña: Si señora.

Psicóloga: Cuando ella te decía eso. ¿tú que hacías?

Niña: Creerle

Psicóloga: ¿Creerle?

Niña: Si

Psicóloga: Aja y ¿Qué pasaba entre Edwin y tú?

Niña: Pues que pasaba lo que pasa, no?

(...)

Psicóloga: ...¿Cómo es que se daba esa situación? Es decir, ¿tú que estabas haciendo, o ellos te decían algo, o como empezaba a pasar ese contacto entre Edwin y tú?

Niña: Pues mi mamá comenzaba a hablarme que lo hiciera por ella, que lo hiciera, que era para un mejor futuro, así.

(...)

Psicóloga: ¿Qué te prometían?

Niña: Que me iban a dar un mejor futuro, que me daban buenas onces y eso.

Psicóloga: ¿Y por ejemplo con lo de las onces que pasaba?

Niña: Nada porque en el colegio me daban refrigerio.

Psicóloga: ¿O sea la promesa de las onces no la cumplieron nunca?

Niña: A veces mi mamá me daba mil.

29.3. Del relato de K.M.M.C. se dilucida que fue MARTHA XIMENA CANO PINEDA, quien la indujo a tener relaciones sexuales con su compañero sentimental, al sembrar en su hija la idea que recibiría en contraprestación mejores expectativas económicas en el futuro, representadas en su acceso a la educación superior e, incluso, contrario a lo expuesto por el demandante, en la optimización de los emolumentos para sus onces en el colegio.

29.4. Como se indicó en precedencia, el punible de inducción a la prostitución no requiere para su configuración la comprobación de un resultado específico, pues, para tener como consumada la conducta solo basta persuadir a la persona para involucrarla en alguna de las actividades propias de la explotación sexual.

29.5. En este caso, las maniobras de CANO PINEDA fueron contundentes para llevar a la menor al convencimiento de que si participaba en las conductas sexuales sugeridas, podría acceder a beneficios económicos, ofrecimiento que, sin lugar a dudas, dada la vulnerabilidad de la niña, fue atractivo para ella, al punto de motivar, incluso, que accediera a tales insinuaciones.

29.6. En ese contexto, la corroboración de las afirmaciones de la menor K.M.M.C., expuestas ante la psicóloga en entrevista, se deriva, entre otros aspectos, del hecho de haber sostenido relaciones sexuales con el acusado MARTÍNEZ HERRERA, situación acreditada con el dictamen médico forense, pues, a esa práctica solo se arribó a raíz de la persistente persuasión emanada de la acusada.

29.7. Y, aunque el ilícito de inducción a la prostitución es de mera conducta, esto es, no requiere que el resultado de agravio a la integridad sexual de la víctima se materialice, lo cierto es que en este caso el estímulo ideado por CANO PINEDA fue relevante para que la niña accediera a mantener relaciones sexuales con su compañero sentimental, cuestión que permite establecer que el daño causado no solo se verificó respecto al hecho que la menor fuese objeto de invitación prevalida de incentivo económico, sino que trascendió, al punto

de servir de base a la realización efectiva de los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo.

29.8. Las múltiples oportunidades que tuvo CANO PINEDA para efectuar la conducta delictiva, dada su condición de madre de la menor y la convivencia con su hija, así como la precaria situación económica de la víctima, que en este caso sirve de indicio, otorgan fuerza demostrativa a lo dicho por K.M.M.C., máxime cuando, más allá de los esfuerzos argumentativos de la defensa, no logró establecerse un motivo sólido para que la niña decidiera faltar a la verdad y efectuar manifestaciones que comprometían gravemente la responsabilidad de su progenitora.

29.9. En consecuencia, la Sala no casará la sentencia por esta ilicitud, por lo que mantendrá la decisión de condena.

Del delito de incesto

30. El artículo 237 del Código Penal, consagra que:

El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a 105 setenta y dos (72) meses.

30.1. Conforme se concluyó en acápite precedente, frente a la acreditación en la comisión de los actos sexuales abusivos endilgados a la implicada¹⁹, ningún reparo encuentra la Sala respecto de la condena emitida en contra de MARTHA PINEDA CANO PINEDA por el punible de incesto, conducta atribuida por haber perpetrado el abuso sexual en contra de su descendiente, conforme se corroboró con el registro civil de nacimiento de K.M.M.C. incorporado a la actuación.

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

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: NO CASAR la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de septiembre de 2014, contra EDWIN ORLANDO MARTÍNEZ HERRERA y MARTHA XIMENA CANO PINEDA, que confirmó el fallo del 5 de mayo de esa misma anualidad emitido por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la capital del país.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 CSJ SP, Jul. 11 2007, Rad. 26827.
- 2 CSJ AP, Ago. 28 de 2013, Rad. 41736.
- 3 Fol. 131, cuaderno No. 1.
- 4 Minuto 17:58".
- 5 Folio 152 del cuaderno original N° 1.
- 6 CSJ AP872, Feb. 25 de 2015, Rad. 43213.
- 7 CSJ SP3168-2017
- 8 Cfr. CSJ. SP., de 29 de febrero de 2008, Rad. 25259.
- 9 CSJ AP4230-2017, Jun. 28 de 2017, Rad. 47467.
- 10 Esta Corporación, en auto AP1001-2016, Feb. 24 de 2016, Rad. 47303, respecto a la diferenciación entre testigo perito y del testigo técnico, reiteró que:

(...) no se puede confundir, como lo hace el defensor, la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.

Y, en CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 26177 afirmó:

En términos elementales, testigo es la persona natural que por tener una relación de conocimiento o percepción directa —y ocasionalmente indirecta— de la situación fáctica objeto de controversia, puede ser citada a la actuación para que ofrezca un relato de lo que le consta en relación con la misma. El perito, por el contrario, es un tercero ajeno a los hechos, pero cuya intervención resulta necesaria para que, con base en sus conocimientos prácticos, técnicos, científicos o artísticos, ilustre o permita una mejor intelección y apreciación de determinado aspecto de interés para la definición del debate.

Cuando el testigo posee un conocimiento práctico, técnico, científico artístico, o especialmente calificado en una materia relacionada con el acontecer fáctico que percibió, la ley autoriza que al suministrar su versión acerca de lo ocurrido emita conceptos de acuerdo con esa ilustración, o que al interrogarlo las partes o el operador jurídico en relación con los hechos, provoquen de él una opinión o juicio en relación con alguna circunstancia del suceso recreado a través de su declaración.

A esa especie o clase de testigo es al que la jurisprudencia se ha referido como “testigo técnico”, órgano de prueba que difiere del perito en que a éste nada le consta acerca de los hechos motivo del litigio ya que no los ha percibido directa o indirectamente; al perito, como auxiliar de la justicia que es, se le convoca al proceso para que con base en su conocimiento especializado de una materia, coadyuve en la cabal comprensión de algún aspecto técnico, científico, artístico, etc., ligado al desarrollo de los acontecimientos.

11 CSJ SP682-2019, Mar. 6 de 2019, Rad. 51731.

12 CSJ SP2447-2018, Jun. 27 de 2018, Rad. 51467.

13 CSJ SP2709-2018, Jul. 11 de 2018, Rad. 50637.

14 CSJ, AP5203-2018, Dic. 5 de 2018, Rad. 51158.

15 CSJ, SP122-2018, Mar. 21 de 2018, Rad. 48.192.

16 Reyes Echandía Alfonso, Tipicidad, Ed. Temis, 1997, pág. 136,137: «Son tipos penales de mera conducta los que describen como punible el simple comportamiento del agente; respecto de ellos el legislador ha considerado que la conducta por sí misma, dada su potencialidad criminosa, debe ser objeto de represión penal, independientemente del resultado (evento) que pueda producirse».

17 Idem: «Los tipos penales de resultado se caracterizan porque la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado».

18 Quintero Olivares, Gonzalo, Estudios de Derecho Penal General, Ed. Jurídica Bolivariana, 1997, pág. 371,372: «Que en los delitos de simpe, actividad no haya

resultado no ha de confundirse... con que no tengan un efecto sobre un bien jurídico...

Los tipos de [los delitos de resultado] describen una acción y un resultado ligado a ésta...

(...) requieren para su perfección típica más elementos que delitos de simple actividad y además admite mayor número de formas de realización.

19 Conforme fueron referidos en el acápite «Del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso homogéneo y sucesivo» de este proveído, numerales 28 y s.s., consistentes en mantener relaciones sexuales en presencia de la menor.