

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP4659-2019

Radicación N° 49789

(Aprobado Acta N° 290)

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación promovido por el acusado LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS -mediante apoderado- contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2016 por el Tribunal Superior de Popayán, en la cual fue revocada la absolución decidida a su favor y condenado como autor responsable de actos sexuales con menor de catorce años.

I. DESCRIPCIÓN FÁCTICA OBJETO DEL PROCESO

Para el año 2008 Ana Lucía M. vivió con sus tres hijos menores de edad -entre los que se cuenta la niña A.C.S.M. nacida el 14 de mayo de 1998- en zona rural del municipio de Silvia -Cauca. Un día, en el primer semestre de 2008, su vecino LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS - quien habitaba en la casa de Daniel Ramos- le manifestó que no tenía llaves de su

residencia y le pidió autorizar a su hija A.C.S.M. para que ésta ingresara por una ventana y de esa manera le abriera la puerta. Ana Lucía accedió a la solicitud y la niña fue con su hermano A.O. -de 8 años de edad- a realizar el favor encomendado.

El 4 de junio de 2008, varias semanas después del anterior suceso, la señora se enteró por manifestación de la niña que aquel día su vecino le había hecho manoseos sexuales.

Concretamente HURTADO ARIAS -conocido como CULEBRILLA-, fue acusado de haber desplegado tocamientos libidinosos en la vagina de A.C.S.M., en el momento que la sostuvo para que ella ingresara por la ventana del inmueble de Daniel Ramos, acto que repitió cuando la menor iba de regreso a su casa, después de detenerla con la excusa de que debía protegerla de un perro bravo que había en el lugar.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los anteriores señalamientos la Fiscalía, en audiencia celebrada el 5 de julio de 2008 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Silvia -con función de control de garantías-, imputó en contra de HURTADO ARIAS, en calidad de autor, el cargo de actos sexuales con menor de catorce años (artículos 209 del Código Penal), el cual éste no aceptó, siendo afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Adelantada la fase de investigación formal, la Fiscalía presentó el escrito de acusación el 2 de agosto de 2011¹, formulada oralmente el 6 de septiembre del mismo año² ante la Juez Promiscuo del Circuito de Silvia, para cuyo efecto mantuvo la descripción fáctica y la calificación jurídica.

La audiencia preparatoria se adelantó el 19 de octubre de 2011.

El juicio se llevó a cabo en sesiones del 28, 29 y 30 de marzo de 2012³, respectivamente,

fecha esta en la cual la juez anunció sentido de fallo absolutorio.

En audiencia llevada a cabo el 14 de mayo de 2012 la funcionaria decretó la nulidad del sentido del fallo. Este auto fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán el 21 de junio del mismo año.

En audiencia del 30 de agosto de 2012 la juzgadora pronunció sentido de fallo condenatorio y el 19 de septiembre ídem profirió sentencia en la cual HURTADO ARIAS fue condenado a la pena principal de 48 meses de prisión –sin beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria- y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, en calidad de autor responsable de actos sexuales con menor de catorce años. Esta decisión la confirmó la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán el 1º de noviembre de 2012.

Recurrido el fallo en casación por la defensa, el 23 de septiembre de 2015 la Corte decretó la nulidad del trámite por violación de la estructura del proceso, a partir, inclusive, del auto dictado en la audiencia del 14 de mayo de 2012, con el objeto de que el juzgador profiera la sentencia conforme con el sentido anunciado en la culminación del juicio oral adelantado el 30 de marzo de 2012.

Entre tanto, el 22 de julio de 2015 la juez dispuso “la libertad provisional por pena cumplida” a favor de HURTADO ARIAS.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia –con diferente titular- para dar cumplimiento a lo indicado en el fallo de nulidad dictado por la Corte, profirió sentencia el 18 de mayo de 2016 en la cual absolvió al procesado del cargo imputado.

Apelada la anterior decisión por la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán en providencia proferida el 28 de noviembre de 2016 revocó la absolución, para, en su lugar, (i) condenar al acusado a la pena principal de 48 meses de prisión –sin beneficio de

la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria- y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable de actos sexuales con menor de catorce años y (ii) librar orden de captura.

El 6 de diciembre de 2013 la precitada colegiatura oficiosamente corrigió la decisión en el sentido de suprimir la orden de captura, por cuanto el procesado ya tenía pena cumplida.

Éste interpuso -mediante apoderado- recurso de casación, cuya demanda la Corte admitió el 20 de junio de 2019 tras superar sus defectos tanto formales como sustanciales, en consideración a que la decisión de segunda instancia constituía primera condena en contra del acusado, por lo cual emergía necesario revisar la legalidad de la sentencia -a partir de las discrepancias del recurrente- para garantizar el principio de doble conformidad. La correspondiente audiencia de sustentación tuvo lugar el 3 de septiembre del mismo año.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal resolvió revocar la sentencia absolutoria y condenar a LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, porque las pruebas allegadas al juicio sí permitían formar el convencimiento de su responsabilidad penal más allá de toda duda.

Esta declaración se apoya en las siguientes proposiciones fácticas consideradas probadas:

(i) A.C.S.M., la hija mayor de Ana Lucía M., para el 2008 tenía al rededor de 10 años de edad, toda vez que nació el 14 de mayo de 1998.

(ii) Una tarde, entre el 1º de enero de 2008 y el 14 de mayo del mismo año, HURTADO ARIAS arribó a donde su vecina Ana Lucía M., y le manifestó que requería ingresar a la habitación en la cual vivía, pero la puerta estaba cerrada y no tenía llaves.

(iii) A.C.S.M., ese mismo día con la anuencia de su mamá y acompañada de su hermano A.O. -de 8 años ídem-, se dirigió a la vivienda de HURTADO ARIAS, para ingresar por una pequeña ventana y de esa manera colaborarle a éste a abrir la puerta desde la parte interna.

(iv) La niña ciertamente ingresó por la ventana atrás referida, ayudada por HURTADO ARIAS, y salió nuevamente por el mismo orificio, pues la puerta no abrió debido a que Daniel Ramos -el propietario del inmueble-, la dejó asegurada. (Las proposiciones hasta aquí enunciadas no son discutidas por el impugnante).

(v) En aquella oportunidad HURTADO ARIAS realizó tocamientos libidinosos en la vagina de A.C.S.M., tanto en el momento que la sostuvo para que ingresara por la ventana de la vivienda, como cuando la niña iba de regreso a su casa, después de detenerla con la excusa de que debía protegerla de un perro bravo que había en el lugar.

Esta descripción -cuestionada por la defensa- el Tribunal la tomó del testimonio de la menor víctima, al cual le asignó credibilidad sustentado principalmente en las siguientes premisas:

(a.) La menor, sin tener ningún interés de perjudicar al procesado, ofreció una narración detallada de cómo fue tocada en su vagina por HURTADO ARIAS en los momentos antes descritos;

(b.) La señora Ana Lucía M. -madre de A.C.S.M.-, quien tampoco tiene algún motivo para inculpar falsamente al procesado, percibió de manera directa el comportamiento de su hija cuando, al llegar del trabajo el 4 de junio de 2008, la pequeña salió corriendo a abrazarla y le dijo asustada que pensaba que era CULEBRILLA -sobrenombre con el que se refiere a HURTADO ARIAS-, lo cual motivó a preguntarle si ese señor le había hecho algo; obteniendo así la espontánea versión de los hechos que en lo sustancial coinciden con los declarados en el juicio;

(c.) La psicóloga Luz Omaira Oliveros, luego de la valoración especializada correspondiente, arribó a observaciones clínicas, entre ellas que la niña narró los hechos con respaldo ideológico afectivo, esto es, acompañando el relato con su comportamiento no verbal, congruente con su estado anímico, de manera clara, detallada, con estructura lógica y consistente con los demás elementos aportados hasta entonces;

(d) Lo expresado por la menor en la entrevista psicológica “es coherente con lo expuesto en un primer momento por parte de la madre, en la anamnesis y con posterioridad en la audiencia de juicio oral (...)”, y;

(e) Las pruebas aportadas por la defensa no desvirtúan las declaraciones de la menor A.C.S.M.

La última de las anteriores proposiciones se sostiene en que (1) el testimonio rendido por el niño A.O. no merece credibilidad, toda vez que fue desvirtuado tanto por la víctima como por HURTADO ARIAS, además de advertirse inconsistente, contradictorio en sí mismo y dubitativo; (2) no es creíble la declaración de la señora Campo Alchur, compañera permanente del acusado, pues no tuvo inconveniente en aceptar que mintió descaradamente en la segunda entrevista que rindió ante la Fiscalía, por inconvenientes que tenía en ese momento con aquél, demostrando la facilidad de proceder en tal sentido y según su conveniencia; (3) Carlos Guaza no aporta elementos de juicio al debate; y (4) Orlando Sánchez, confirmó que Ana Lucía M. lo buscó y le informó vehementemente que HURTADO ARIAS había violado o tocado a la niña A.C.S.M., sin recordar exactamente sus palabras; cuya situación generó que, junto con otros familiares, le reclamara al agresor, acto que finalmente se disolvió por la indicación de la víctima, en el sentido de que lo ocurrido había tenido lugar tiempo atrás, y la respuesta del menor A.O., quien tras manifestar no haber visto nada, se alejó del lugar donde se estaba reconviniendo a HURTADO ARIAS.

IV. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El impugnante, después de exponer los hechos e identificar al procesado y la providencia recurrida, formula dos cargos –principal y subsidiario-. La primera censura la promueve al amparo del numeral 3 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y la segunda con base en el numeral 2 ídem, así:

4.1. Primer cargo.

Acusa la sentencia de estar incurso en violación indirecta de la ley sustancial, porque el Tribunal vulneró los artículos 29 –inciso 2- y 250.4 de la [Constitución Política](#), y 16, 379, 380 y 404 de la Ley 906 de 2004, pues, por su afán de imponer su criterio sobre el de la juzgadora de primera instancia sacrificó “el principio de la sana crítica, como error de hecho por falso raciocinio, incluso dejando de lado el principio (...) –de- inmediación, no como principio procesal, sino como regla básica de la apreciación del testimonio (artículo 404 del C.P.C.) (sic), del conocimiento directo del recaudo, desconociendo a su vez las leyes de la ciencia, los principios de la lógica –y- las reglas de la experiencia”.

Explica que el Tribunal al “hacer un nuevo recuento de las pruebas considera que la juez de primera instancia efectuó una incorrecta valoración probatoria, sin que se refiera al error en el que incurrió (...), asumiendo el rol de juzgador que a mejor criterio valorativo de las pruebas decide revocar la sentencia, olvidando que el principio de permanencia de la prueba de la ley anterior ya fue superado”.

Indica que “al apartarse el Tribunal de las reglas de producción y apreciación de la prueba, contrario al juez natural que emitió la sentencia absolutoria (sic), incurre en un error de hecho, que vulnera el principio fundamental establecido (...) en el segundo inciso del artículo 29 de la Constitución” según el cual, “nadie podrá ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”⁴.

En el acápite de la demanda titulado “argumentación del error de hecho por falso raciocinio”, señala que “al referirnos a los actos preparatorios debemos establecer que cuando se trata de delitos sexuales, el victimario siempre analiza a su favor las situaciones que lo rodean”. Sin embargo, en este caso, es nítida la declaración de la madre de la menor, en el sentido que fue ella quien ofreció sus hijos al acusado para que le hicieran el favor “al que ellos ya estaban acostumbrados”.

Además, según el Tribunal, la controversia arranca cuando se decide cuál de los niños va a ingresar y la menor A.C.S.M. afirmó que fue la única que ingresó por tal orificio por iniciativa del hoy acusado con el argumento de que ella era más delgada que su hermano.

Por tanto, esa es la verdad, mas no la de la sentencia en el sentido de que la decisión de HURTADO ARIAS de que ingresara la menor tuvo lugar para “lograr su cometido”, lo cual constituye un simple juicio hipotético.

También el juez colegiado descartó la declaración del niño A.O. por resultar “contradictoria, arreglada, llena de dudas”. Sin embargo “para efectos de explicar el alejamiento del Tribunal al analizar estas pruebas, a éste, las máximas de la experiencia no le permiten hacer un análisis del porqué del testimonio del menor, siendo este presencial, pues, conforme lo tiene decantado la sana crítica, este testimonio corrobora la falsedad de las afirmaciones de la madre y de la menor, cuando en los hechos lo involucran como testigo presencial, en donde incluso le dan una participación (la menor A.C.S.M. en declaración establece que su hermano A.O. le pegó una patada al señor LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS), -y- al momento del contrainterrogatorio (...) ésta distorsiona, duda y se contradice sobre la actuación de su hermano y por ello el análisis que hace el Tribunal de esta afirmación pierde contexto, sin que para el Tribunal sea motivo -para- dudar de la credibilidad”.

Asegura que si se hace un análisis “basado en las reglas de la experiencia, no relacionados

con el caso, con un contenido general y el conocimiento empírico se puede establecer o hacer una ilusión mental en la que se imagine que una menor (...) de 10 años de edad debe ingresar por el hueco de una ventana de varillas (estrecha), en la cual quepa su cuerpo pero que no puede ingresar por sus propios medios, sino que debe ser ayudada por alguien, desde ya la experiencia indicaría que se debe cargar con las dos manos, ésta debe hacer un esfuerzo por ingresar su cabeza y una vez que el apoyo sobre la ventana sea su cintura, moverse hasta lograr entrar o ser empujada por alguien para caer al otro lado y -al- estar en una altura de esa entidad, poner las manos para apoyarse a la caída o caer sobre algo (cama) (sic)".

"Al hacerse esa idea mental genera controversias el creer que el ayudador cuando está cargando la menor, puede soltarla de la cintura para ingresar sus manos (una sola) dentro de sus pantalones y tocar la vagina en la piel, sin que esa se caiga o patalee (la menor dice que no hizo nada, ni gritó ni pataleó, sólo le trató de quitar la mano al señor HURTADO de su vagina), pero si es cierto que si se tiene por la cintura y si se suelta se cae (sic), pero si ya se encuentra en su apoyo en la ventana, para ingresar la mano por debajo de la vagina como lo afirma la menor se debe bajar los pantalones y los interiores para lograr el cometido, situación esta última que no aparece de manifiesto".

Igualmente "es posible imaginarse que la misma niña desea salir por el mismo hueco y debe hacer este mismo procedimiento, pero esta vez ella sale con la cabeza y el ayudador la coge de las manos y le ayuda a halar para que ésta salga, mentalmente imagínese cómo hace el ayudador en ese momento para ingresar nuevamente las manos en la vagina por dentro de la ropa, en este caso el ayudador debe cargarla y soltarle las manos para efectuar su cometido, situación que tampoco se comenta en el reato probatorio".

También dice la menor que fue "palpada en su vagina cuando se iba para su casa en compañía de su hermano, pero que el señor le dijo que esperara para defenderla de un perro bravo y que ahí también le metió las manos (las dos) en la vagina por dentro de la

ropa, al hacer (sic) el ejercicio mental, la experiencia nos arroja un resultado y es que la niña debió detenerse por el lapso de unos minutos antes de irse para que el señor introdujera sus manos y en ese actuar la niña sola guardara silencio y permitiera el vejamen para luego echar a correr para su casa, no se (sic) manifestó nada de eso”.

En consecuencia el testimonio de la menor no se ajusta a la “realidad circundante”, es “inverosímil” y “no supera la barrera de lo creíble” porque al someterlo a la sana crítica, “las máximas de la experiencia no permitirían concluir la veracidad”.

El Tribunal incurre en un error al considerar que no hay motivo para que la menor mienta o quiera perjudicar de manera tan grave a LUIS EDUARDO HURTADO, pues se aleja de la sana crítica “al no comparar los dichos de la menor con los demás testimonios”.

Puede verse cómo el acusado indicó que “una vez la señora Ana Lucía le solicitó el favor de que le ayudara a arreglar la antena del televisor, y encontrándose muy cerca del uno al otro, habiéndose recostado sobre el hombro del señor HURTADO la madre de la menor, a ésta no le gustó ni cinco y le manifestó que le iba a decir a su papá”. Hecho importante que da cuenta de que “podría haber incurrido en una animadversión en contra del encartado”.

Además, el Tribunal “divide o cercena” las respuestas de la psicóloga en punto de que “el evento estresor vivido por la niña puede haber tenido incidencia (sic) en la separación de los padres”, cuando sólo considera “que la perito estableció que en su sentir, las secuelas psicológicas son producto de los tocamientos -y- deja de lado la sana crítica para asumir la interpretación de la prueba, no en conjunto como lo establece el artículo 378 del C.P.P.”

El juez colegiado quiere hacer ver que el dicho de la experta es claro con respecto a su concepto en el cual los síntomas emocionales son producto de una actuación sexual en contra de la menor, cuando esa situación no es cierta.

Adicionalmente, pese a que el Tribunal consideró que la declaración de la madre de la menor respalda el testimonio de ésta, “basado en las reglas de la sana crítica (...) y más aún (...) en las máximas de la experiencia, el Tribunal debió haber confirmado la sentencia, ya que la principal testigo que es la menor, comparado con la versión de la madre y con los demás testimonios, existen versiones diferentes en cuanto al actuar del señor HURTADO, los ataques sufridos por la menor, los detalles que ocasionaron la denuncia y rematando con la declaración de la menor”.

La sentencia desconoce que la menor venía padeciendo un evento estresor por la separación de sus padres, y en algún momento encuentra al señor HURTADO con su madre “en situaciones no muy entendibles para su corta edad, se enoja y amenaza con contarle a su padre y sucede precisamente lo del ingreso a la ventana, entonces debió de estallar por alguna parte (sic) y lo hace contra el señor HURTADO. El Tribunal interpreta de modo diferente a como lo obliga la ley (sic), pues esa contradicción (sic) aunada a que la misma madre establece que la menor no tenía ningún síntoma entre la fecha de los hechos y el momento en que ésta le cuenta a su progenitora, desde ahí arranca el momento estresor, esta situación colocándola en el plano de la experiencia deja mucho que desear, es decir, tal vez el evento estresor empieza cuando ésta afirma una circunstancia que tal vez nunca sucedió pero (sic) no como lo narra la menor y al ser atacado el señor HURTADO ARIAS por sus familiares ella entra en pánico y por ello empezó con los síntomas”.

Tras mencionar lo indicado por la perito psicóloga, en el sentido de que “la evaluada es una preadolescente de 10 años de edad que hace parte de un hogar desestructurado, hija de padres separados, de procedencia rural, de bajos recursos económicos, que tiene un lenguaje claro, tono de voz suave, que narra los hechos con respaldo ideo afectivo, congruente con su estado de ánimo, manifiesta marcados sentimientos de miedo hacia el agresor, cambio en los hábitos de sueño y alimentación, que atraviesa por la elaboración de duelo por separación de sus padres”, señala que el Tribunal “al efectuar el análisis se sujeta a situaciones particulares y de conocimiento empírico (...) pero no se atienden las

reglas de la sana crítica y en especial como (sic) error de hecho, el (sic) falso raciocinio”.

Alega que hay dudas insalvables en los testimonios que el Tribunal consideró sólidos -de la menor que funge como víctima y su madre-, los cuales transcribe, para indicar -en párrafo inmediatamente posterior- que con base en los mismos “podemos establecer que la juez de la absolución efectuó un trabajo claro, detallado, preciso (...), conciso y conforme” con el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Mientras que el Tribunal “en su argumentación para revocar la sentencia y en el valor que le da a cada prueba se aleja por error de raciocinio vulnerando las reglas de la experiencia en la valoración de las pruebas aunado por error de hecho en las reglas de la lógica (sic) como el principio de contradicción”.

No es posible que un hecho que aqueja a la menor tenga diferentes versiones:

1. A la madre le cuenta que fue tocada en la vagina por dentro de la ropa cuando ingresaba por el hueco de la ventana y cuando ella se regresaba a su casa.
2. A la perito sexóloga Socorro Dorado, (...) manifiesta que fue tocada en la vagina encima de la ropa, cuando ingresaba por una ventana.
3. A la perito Psicóloga Luz Omaira Oliveros Sánchez (...) le manifestó que fue tocada en la vagina sólo una vez.
4. En la audiencia -dijo- que fue tocada en la vagina por dentro de la ropa en la piel y que fue una cuando entraba y otra cuando salía.
5. Al contrainterrogatorio con la cual se le dice (sic) que por qué la mamá está diciendo que fueron tres veces, esta manifiesta que (...) es como dice la mamá.

De modo que, al hacer un copioso análisis “de la manera como contesta la menor al

contrainterrogatorio, de la manera como relata cada hecho ante cada profesional, el Tribunal no puede desconocer (...) que las reglas de la experiencia no le permiten dar por cierto una afirmación cuando esta comporta esas diferencias y para ello la contradicción como elemento normativo del recaudo de la prueba y junto con la inmediación, le dan un conocimiento, una percepción y una certeza de que la afirmación de los hechos basados en el testimonio no son claros y se prestan a duda, por eso el Tribunal incurre en error de hecho cuando le otorga valor positivo (...) al testimonio de la menor, derruyendo los principios de generalidad y universalidad”.

“El Tribunal incurre en un yerro por falso raciocinio cuando establece que como no existe ninguna animadversión probada en el juicio, que determine que la menor pueda endilgar una responsabilidad de tanta gravedad, debe acudir a la credibilidad del testimonio de la menor, pero -¿Será suficiente?-, Es decir, -¿las máximas de la experiencia llevan al juicio del juez colegiado de considerar que la prueba testimonial de la menor se ajusta a los lineamientos procesales de la interpretación de la prueba y el valor según su apreciación?-”.

Se queja del concepto científico de la perito, según el cual, con las víctimas sexuales sucede que “entre más se entrevisten más se les está victimizando y se corre el riesgo de que cada día agreguen nuevos detalles, porque hay mecanismos precisamente con las víctimas de abuso sexual que en ese proceso de recuperación interna que hace para olvidar el hecho olviden apartes importantes”, pues considera que este no está acorde con la realidad, pues, por el contrario, hace que el testimonio se torne menos creíble.

No está ajustada la apreciación del Tribunal “cuando se aleja por error de hecho de las reglas de la experiencia, en cuanto a la claridad de un testimonio cuando se desconoce en su totalidad el modo (los tocamientos, las veces, por dentro o por fuera de la ropa, al ingresar o al salir de la ventana), el tiempo (como a las 5 como a las 7 (sic) estaba oscuro pero la noche estaba clara, como (sic) puede ver a oscuras la ubicación de su hermano),

lugar (la ventana, el hueco muy pequeño para ingresar, me cargó) (sic)".

Es así como la madre de la menor, en su afán de asegurar que la justicia condene al señor LUIS EDUARDO HURTADO, ha entrado en una serie de contradicciones insalvables, por lo que de su testimonio emergen muchas dudas y no puede ser creíble.

Por su parte, el testimonio del menor A.O., hermano de la niña que funge como víctima, no aporta nada, "pero el Tribunal analizó el actuar del menor, quien es testigo presencial, -y- la máxima de la experiencia no le permite convencerse de que el menor actúa bajo (sic) la solicitud" de la madre o de su hermana.

"Acaso dentro de las reglas de la sana crítica, al menos alcanza por lo menos a establecer que no vio nada, si se observa que comenzó a inventar una serie de cosas que debieron ser valoradas por el Tribunal a fin de establecer que pretendía con eso ayudar a la hermana o a cumplir un pedimento".

Asegura que, confrontados los "supuestos probatorios" en los que se apoyó la sentencia de condena con los medios de convicción recaudados, se advierte "que otras muy distintas son las conclusiones que de estos emergen o que las inferencias elaboradas por el Tribunal carecen de la univocidad y solidez necesarias para declarar, más allá de toda duda, la responsabilidad".

4.2. Segundo cargo.

Subsidiariamente el censor se queja del desconocimiento al debido proceso por afectación sustancial "de su estructura o la garantía debida", por violación del derecho de su defendido a "impugnar la sentencia condenatoria" (artículos 29 de la [Constitución Política](#), 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la sentencia C-792 de 2014, y "las garantías procesales de la Ley 906 de 2004").

Señala que pese a contar en el Ordenamiento con el derecho a “impugnar la sentencia”, el Tribunal en la providencia “sólo permitió que se solicitara el recurso extraordinario de casación, obligando al recurrente a efectuar una técnica de casación (...)”.

Tras transcribir apartes de la sentencia atrás citada, solicitó casar la sentencia por violación “directa” de la ley sustancial y “en su defecto declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, para que (...) otorgue la posibilidad al acusado (...) -de- interponer el recurso ante el superior sin que tenga que ver con el recurso extraordinario de casación”.

V. INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

5.1. En su intervención, el defensor formula una serie de interrogantes alrededor de la existencia de los requisitos para dictar sentencia condenatoria en este caso, recordando que en el proceso de la Ley 906 de 2004 no opera el principio de permanencia de la prueba y, por lo tanto, aquella sólo puede fundarse en aquellas practicadas en juicio con “estricto” respeto de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Señala que “la apreciación en conjunto de las pruebas que efectuó la juez de conocimiento en el juicio, que dieron el sustento para proferir un sentido de fallo absolutorio, son tan marcados y seguros (sic) que no tuvo ninguna duda en esa actuación, o ¿Es que el error en la apreciación de las pruebas es tan grande que (...) el Tribunal Superior de Popayán debe sacrificar el principio de inmediación (...) y en su lugar acudir a audios para lograr apreciar mejor la prueba y cambiar una absolutoria por una condenatoria? ¿Son tan sólidas las pruebas no apreciadas por el juez de conocimiento que el Tribunal se vio obligado a tomar una decisión contraria, porque (...) el juez de conocimiento no cumplió con su obligación legal de apreciar conforme lo establece el artículo 381? (...) ¿Las máximas de la experiencia, la lógica y la ciencia son superiores en (...) la Sala Penal del Tribunal del Cauca (sic), que contradice la decisión del juez fallador cuando éste produjo (sic) la prueba? ¿Son tan flojos los argumentos del juez de conocimiento que el Tribunal (...) se vio obligado a

revocar la -decisión- absolutoria de acuerdo a una mejor visión?”.

Aduce que el Tribunal resolvió revocar la absolución “no porque las pruebas sean el sustento de la certeza, sino que acude a complementos jurisprudenciales”, olvidando que las dudas sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes, “...no deben ser resueltas ab initio en beneficio de éstos en desmedro de los derechos del menor, sino que es menester en estos casos profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto”.

Esto, agrega, “no significa que en los delitos sexuales contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el principio del in dubio pro reo, -sino que- se debe hacer un análisis para -desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que- al juez no le quepa duda -alguna de- que las pruebas apreciadas en conjunto determinan con claridad la responsabilidad (...)”.

De acuerdo con la juez de primer grado, las pruebas presentadas por la Fiscalía no alcanzan el valor para probar la responsabilidad, sino que, “las dudas afloran en el juicio”, cuya situación imposibilita proferir una condena de conformidad con lo establecido en el artículo 381 del C.P.P.

Dice que se debe hacer “hincapié en una serie de circunstancias” señaladas en la demanda, como las siguientes:

(i) “Los tocamientos de la menor al ingresar por la ventana, al salir por la ventana, o al irse para su casa”, cuyos actos se presentan “contradictorios” en el juicio.

(ii) Igual situación se advierte con el testimonio del menor, el hermano de la niña afectada, quien manifiesta que estuvo presente, “pero cuando se hace el interrogatorio (...) este hace una declaración ajena de lo que está sucediendo dentro de los hechos”.

(iii) En el libelo “se hace un análisis a partir de las reglas de la experiencia, donde se establece (sic) ¿Cómo es posible que una persona que se tenga cargada por la cintura se le suelte para ingresar la mano para poder tocar las partes íntimas de la menor?”.

(iv) “Hay un yerro bastante grande en lo que dice el Tribunal frente a los testimonios, estableciendo (sic) que con base en las contradicciones (sic) solamente se dejaría un testimonio válido que es el de la menor, pero este lo confronta con los peritajes que se hicieron a la niña, que son el de sexología y psicología”.

Agrega que el Tribunal desconoce la prueba pericial psicológica, la cual señala que A.C.S.M. “es (...) sonriente, orientada en tiempo y lugar, persona de aspecto cuidado, atenta, colabora con la entrevista, sostiene la mirada, lenguaje claro, tono de voz bajo, memoria conservada, la reciente y la remota, juicio de raciocinio conservado, sensorecepción sin alteraciones aparentes, pensamiento de curso y contenido normal; alteraciones solamente en el sueño”. Características con las cuales había podido “sopesar la cantidad de contradicciones (sic) que se encuentra en esa situación (sic)”.

5.2. Por su parte, la Fiscalía solicita a la Corte no casar la sentencia por las siguientes razones:

(i) El segundo cargo fue superado al ser admitida la demanda de casación para la resolución del recurso.

(ii) La Ley 906 de 2004 garantiza la segunda instancia a las partes. Por tanto la sentencia absolutoria de primer grado bien puede ser tanto confirmada como revocada por el superior. Esto último cuando del análisis bajo los parámetros de la sana crítica que haga el superior, se establece que efectivamente se contaba con la prueba más allá de la duda razonable para condenar.

(iii) “Los hechos sucedieron el 4 de junio de 2008 (sic) y la menor los comentó a su señora

madre cinco meses después; y eso no es un hecho que establezca que se esté mintiendo, por el contrario, en forma casi habitual los menores no cuentan -los- actos que se realizan contra su libertad y formación sexual en forma inmediata por el temor que sienten”.

“Aquí, como lo dio a conocer la menor y la propia madre”, al llegar esta última a su residencia en horas de la noche, “la menor sale corriendo porque escucha el ruido del vehículo y consideraba y creyó que era el vehículo de la persona que había atentado contra su libertad sexual y, cuando la mamá le confirma que es otra persona, (...) comienza a llorar y (...) contar los hechos que llevaron al inicio de este proceso”.

Tanto en las entrevistas “como en la declaración que hasta el 2012 en desarrollo del juicio oral diera la menor”, es constante en los aspectos fundamentales, que son los tocamientos de que fuera víctima por parte del procesado cuando éste intentaba ingresarla por un hueco a su casa para poder abrir la puerta, ya que “se le habían quedado las llaves en el interior de la residencia”, y cuando se dirigía de nuevo para su casa.

Esos aspectos basales del testimonio de la menor, se mantienen y por eso es creíble “al analizarse conjuntamente con las demás pruebas que se allegaron al juicio y que refiere el señor defensor, como el dictamen de la perito psicóloga, quien bajo esas técnicas propias de su profesión, da a conocer que el relato que le da a la menor, además de ser serio, es creíble (sic) y vivencial”.

Si bien en el peritaje sexológico se advierte que no quedó ninguna huella al tratarse sólo de tocamientos, ello no significa que los hechos no hayan sucedido.

“Por eso es que al escuchar las grabaciones que también sirvieron de sustento al Tribunal (...) para revocar la sentencia condenatoria, se considera, por la Fiscalía, que efectivamente sí se contaba con la prueba para establecer los actos sexuales abusivos en contra de una menor de edad”.

5.3. El representante del Ministerio Público indicó que el Tribunal para condenar se valió de diferentes pruebas que fueron legal y oportunamente allegadas al proceso.

Agregó que la opinión pericial no reemplaza la valoración que le corresponde hacer al juez sobre la credibilidad del dicho de la víctima, pues quien le asigna o niega credibilidad es el funcionario judicial, por cuanto es el que valora la totalidad de las pruebas. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia en el radicado 46992 de 2018.

En cuanto al reproche según el cual, la versión que rindió la menor es contradictoria al no precisar la fecha en la que tuvieron ocurrencia los hechos, “el Tribunal consideró que la menor víctima narró con pormenores de tiempo, modo y lugar de forma clara, expresa y creíble, y reveló con detalles congruentes la forma en que ocurrieron los hechos. Además, confrontados con los demás medios de prueba, como lo fueron el testimonio de la madre de la menor (...) y el informe introducido a través de la psicóloga Luz Omaira Oliveros, (...) -emerge- el grado de certeza de la ocurrencia de los hechos, como los narró la menor (...)”.

Por tanto, no se evidencia que los relatos de la menor víctima sean contradictorios entre sí, por cuanto el Tribunal al valorar determinó que no tenía el más leve motivo que pudiera impulsarla a mentir o a endilgar falsamente una conducta tan grave en contra del procesado; además el relato es desprevenido y sin ningún sentimiento de enemistad.

A.C.S.M. detalló cómo el procesado fue quien tomó la iniciativa para que ingresara por la ventana y “así poder cometer el reprochable acto en su contra”, aprovechando su delgadez y la estrechez de la ventana, siendo coherente y reiterativa en las oportunidades que rindió la versión, ante la psicóloga y en el juicio oral; cuyas pruebas, de acuerdo con lo previsto por el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, fueron valoradas en conjunto.

Entonces, no se advierte que se hubiesen transgredido las normas de valoración probatoria por parte del juez de segunda instancia, teniendo en cuenta que le es permitido al Tribunal

valorar las pruebas legalmente allegadas al proceso y debatidas en el juicio ante el juez unipersonal.

En consecuencia, solicita a la Sala no casar el fallo objeto de impugnación, por cuanto el reproche no tiene vocación de remover los fundamentos de la sentencia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como la demanda de casación fue admitida para garantizar el derecho a la doble conformidad, la Sala analizará de fondo cada uno de los reproches aducidos por el defensor sin miramientos en sus deficiencias argumentativas.

6.1. Alega el defensor que en el proceso penal colombiano – Ley 906 de 2004-, no opera el principio de permanencia de la prueba, pues, conforme con esta normativa –artículo 381- la condena debe fundarse en las pruebas debatidas en el juicio con “estricto” respeto de los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, último de los cuales fue quebrantado por el Tribunal.

Ciertamente, en razón del primero de los principios mencionados por el impugnante, en los procesos adelantados por el trámite de la Ley 600 de 2000 las pruebas recaudadas por el instructor, con base en las cuales resuelve acusar, mantienen su condición de prueba en el juicio de no ser excluidas por vicios que afecten su licitud o legalidad⁵. Mientras que en el proceso penal regido por la Ley 906 de 2004 sólo son pruebas las aportadas y debatidas en la audiencia de juicio oral, público, contradictorio y ante el juez de la causa.

Examinada la sentencia impugnada, se verifica edificada en el testimonio de la menor A.C.S.M., cuya credibilidad se sustenta en las declaraciones de HURTADO ARIAS, Ana Lucía M., Orlando Sánchez y los informes rendidos por las peritos Luz Omaira Oliveros –psicóloga- y Jesusita Socorro Dorado Tovar –médica-.

Esas atestaciones tienen la calidad de prueba, no por el principio de permanencia -el cual no fue aplicado por el Tribunal-, sino por haber sido oportunamente decretadas y practicadas o incorporadas en el juicio público ante el juez de conocimiento, en cuyo escenario la defensa contó con la oportunidad de ejercer sus derechos de contradicción y confrontación.

Adicionalmente, el principio de inmediación no tiene como alcance impedir (i) que el juez de segunda instancia conozca de las sentencias absolutorias ni (ii) que éste pueda examinar la legalidad de esas decisiones en relación con la observación, apreciación y valoración de las pruebas.

Lo primero porque, (a.) de acuerdo con los artículos 31 de la [Constitución Política](#), 20 y 176 - inciso 36- del Código de Procedimiento Penal de 2004, el recurso de apelación es procedente contra la sentencia tanto condenatoria como absolutoria; (b.) la posibilidad de apelar esta última garantiza el derecho de las víctimas a la doble instancia, así como al de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política) para la consecución de la verdad, la justicia y la reparación, y (c.) con la impugnación de la sentencia absolutoria tiene cabida la materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (Artículo 2º ídem).

Y lo segundo por cuanto la apelación es la oportunidad prevista por el legislador para que el superior funcional controle la corrección de la decisión adoptada en primera instancia, y en esa labor está facultado para, en consonancia con la impugnación, examinar a través de los registros (artículo 146.47 del C.P.P) los aspectos fácticos impugnados, pues el recurso “no consiste, (...) en una solicitud general y abstracta orientada a que se reexamine -todo- lo actuado por el juez de primera instancia, sino que quien manifieste su inconformidad debe precisar y sustentar las razones que esgrime para ello. Se trata no de un nuevo juicio en el que deba repetirse íntegramente la acusación y la defensa, sino de la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a

obtener una decisión justa (...)”. (Sentencia C-047 de 2006).

Ahora, no ignora la Corte la posibilidad de que existan componentes trascendentes de la valoración probatoria, originados en comportamientos o situaciones surgidas en la audiencia, pero que escapan al contenido de los registros y, por lo mismo, imposibilitan su examen por un juez diferente al que presenció el juicio.

Así lo consideró la Sala en AP del 22 de febrero de 2017, Radicación 45543 y AP del 28 de mayo de 2019, Radicación 49775, entre otras providencias:

La inamovilidad del juez resulta determinante para ciertos aspectos de la valoración que, al margen del contenido objetivo de la prueba, únicamente tienen sentido si, de la observación de sucesos que tienen lugar en la audiencia de juicio oral, pueden extraerse conclusiones probatorias. Mientras que al tenor de una prueba testimonial o a la evidencia documental se puede acceder en cualquier momento, consultando los registros u observando el documento, respectivamente, determinados acontecimientos sólo podrán tener impacto en el funcionario judicial si son percibidos en vivo por éste.

Esa lógica es la que sustenta, entre otros criterios relevantes de apreciación, el comportamiento de los testigos o peritos durante la audiencia y los interrogatorios, así como la forma de sus respuestas y personalidad (arts. 404 y 420 C.P.P.). Pues tales aspectos difícilmente puedan consultarse en registros, que limitadamente pueden re-producir el contenido literal de las pruebas, pero que son incapaces de re-crear en su totalidad lo acontecido en la práctica probatoria.

El contenido objetivo de la prueba puede apreciarse sin que la observación de factores circunstanciales en la audiencia tenga mayor trascendencia. Piénsese, por ejemplo, en un documento (art. 432 C.P.P.) o la reproducción, por cualquier medio, de lo que literalmente ha dicho un testigo o perito, cuyo contenido es escrutable en todo momento a la luz de las reglas de la sana crítica.

No obstante, en el presente caso, si bien el demandante sugiere que por principio de inmediación debe mantenerse la decisión absolutoria emitida en primera instancia, lo cierto es que (i) no indica qué aspecto de la valoración que sustentó esa determinación no podía ser revisada por el Tribunal a través de los registros y, contrariamente, (ii) examinadas sus inconformidades orientadas a remover la premisa fáctica de la sentencia condenatoria, todas hacen referencia a componentes probatorios verificables en los registros, lo cual se hace evidente en los siguientes numerales (del 6.2. al 6.11., inclusive), donde la Corte se pronuncia sobre esos cuestionamientos, integralmente.

Por tanto, la Sala no advierte quebrantado el principio de inmediación.

6.2. El demandante acusa al fallador de segunda instancia de violar indirectamente la ley sustancial por error de hecho originado en falso raciocinio, al desconocer “las leyes de la ciencia, los principios de la lógica -y- las reglas de la experiencia”, debido a que revocó la sentencia, pero sin señalar el error de valoración probatoria en el que incurrió la juez de primer grado.

La incorrección es evidente, pues el fundamento de la censura no apunta a acreditar defecto alguno en el razonamiento valorativo de las pruebas llevado a cabo en la sentencia impugnada. Además, cabe precisar que el Tribunal, tras llevar a cabo la valoración integral de las pruebas, consideró lo siguiente:

En este orden de ideas, considera la Sala que hubo una incorrecta valoración probatoria por parte de la señora juez singular, ya que las pruebas a las que se ha hecho alusión, como lo reclamó la Fiscalía, llevan al convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda, del señor LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS, en el delito endilgado.

Es verdad que dentro de ese proceso A.C.S.M. rindió varias versiones que no fueron uniformes, pero debe resaltarse que la inexactitud versa sobre aspectos insustanciales, que no puede conllevar a desestimar el señalamiento directo, reiterado, y coherente que hizo en

cuanto a los tocamientos impúdicos de los que fue objeto por parte del señor HURTADO ARIAS. No es posible pretender que una persona, y menos tratándose de una niña de escasos 10 años de edad, narre los hechos en perfecta coincidencia en todos sus relatos, pues precisamente la inexactitud advertida en aspectos irrelevantes, permite establecer que el testimonio de la niña afectada no fue preparado o aleccionado, es decir que sus aseveraciones fueron espontáneas, reales y sinceras, por tanto merece credibilidad.

Como puede observarse, contrario a lo expuesto por el impugnante, el Tribunal sí señaló el error valorativo en el que incurrió la juzgadora de primer grado, cuál fue el de exigir o esperar de la menor víctima “perfecta coincidencia en todos sus relatos” so pena de restar mérito a su “señalamiento directo, reiterado, y coherente que hizo en cuanto a los tocamientos impúdicos de los que fue objeto por parte del señor HURTADO ARIAS”.

Además, como se verá más adelante, expuso los fundamentos de su valoración en consonancia con los motivos de la apelación interpuesta por la Fiscalía.

6.3. Alega el demandante que tratándose de los “actos preparatorios” en los delitos sexuales, “el victimario siempre analiza a su favor las situaciones que lo rodean”, pero en este caso, de acuerdo con la declaración de la madre de la menor, ella fue quien ofreció sus hijos al acusado para que le hicieran el favor “al que ellos ya estaban acostumbrados”.

Entiende la Sala que la manifestación del impugnante está dirigida a señalar que: (i) los victimarios de delitos sexuales “siempre” preparan sus actos delictivos analizando las situaciones que le favorecen, (ii) HURTADO ARIAS no preparó el ilícito, por cuanto, conforme lo declaró la madre de la menor, fue ésta quien ofreció a sus hijos para que le ayudaran a abrir la puerta de la vivienda donde residía, a lo cual “ellos ya estaban acostumbrados”; y por tanto (iii) HURTADO ARIAS no es victimario del delito sexual imputado.

La premisa mayor de ese razonamiento, no cuenta con la generalidad y universalidad requerida para tenerla como criterio de valoración, a partir de la cual se pueda descartar en

HURTADO ARIAS su condición de victimario, pues nada impide a un ser humano adulto con capacidades físicas normales, llevar a cabo tocamientos sexuales simplemente aprovechando una concreta circunstancia, aunque la misma haya sido propiciada por diferente persona.

En otras palabras, aunque se aceptara que la situación por la cual HURTADO ARIAS tuvo contacto con A.C.S.M. no fue preparada por él, ello no descarta la ocurrencia del hecho libidinoso y, por lo mismo, en nada afecta la credibilidad atribuida en la sentencia impugnada a las descripciones fácticas inculpativas declaradas por la víctima.

Adicionalmente, la premisa menor expuesta en el cargo según la cual, fue la madre de la víctima quien ofreció a sus hijos para que le ayudaran a abrir la puerta, no encuentra respaldo en la declaración que el libelista invoca como soporte, por cuanto aquella señora realmente señaló que el día de los hechos HURTADO ARIAS llegó a su casa con el fin de que “le prestara a uno de los niños para que le abriera la puerta” y agregó: “entonces yo pues confiadamente le presté los dos niños -A.C.S.M. y A.O.- para que fueran a abrirle la puerta al señor”8.

De manera que, de la prueba referida por el impugnante, ciertamente se advierte que Ana Lucía M. autorizó a sus dos hijos de mayor edad -de 8 y 9 años- para que le colaboraran a HURTADO ARIAS a abrir la puerta de su residencia. Pero dicha ayuda no fue por iniciativa de la mujer, sino por petición del acusado.

Agrega el demandante que lo indicado por el Tribunal, en el sentido de que HURTADO ARIAS decidió el ingreso de la menor por la ventana para “lograr su cometido”, sólo constituye un simple juicio hipotético.

La sentencia señala que la menor ingresó por la ventana por iniciativa de HURTADO ARIAS, porque era más delgada que su hermanito. Esta proposición la Sala no la observa hipotética, pues fue tomada de la declaración de A.C.S.M. rendida en el juicio, a la cual le

fue asignada credibilidad. Veamos lo que dice la providencia:

La menor A.C.S.M. afirma que la iniciativa para que fuera ella –quien ingresara por la ventana- partió del hoy acusado, bajo el argumento de que era más delgada que su hermanito, y que fue la única que ingresó por tal orificio. Esto último es corroborado por HURTADO ARIAS (...).

(...) fue solo la menor A.C.S.M. la que entró en tal vivienda por la indicada ventana (...) y en tal cometido fue ayudada por el señor LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS, ya que la ventana estaba ubicada en un sitio alto, cuyo acceso se le dificultaba a la niña por sus propios medios. Ambos sostienen que el sitio de la humanidad por el cual aquél la tomó para subirla fue la cintura, surgiendo a partir de este instante, versiones abiertamente contradictorias, en cuanto el señor HURTADO ARIAS indica que jamás le tocó la vagina, (...) aunque acepta que cuando ya estaba parcialmente dentro de la ventana, colocó su mano sin ninguna intención en la cola de aquélla y la empujó hacia adentro, aclarando que la niña tenía un jean ‘muy apretadito’; por el contrario, la niña sostiene que en esa ocasión tenía puesta una sudadera azul, manifiesta que al ayudarla a entrar, el hoy acusado la tomó de la cintura, cargándola, momento en el que ‘todavía no me tocó la vagina’, entrando ella primero la cabeza, ocurriendo que ‘cuando yo tengo la cabeza adentro es cuando me coge con una sola mano y con la otra me comenzó a tocar’.

(...)

Ahora, escuchado el registro del testimonio de la víctima, se corrobora que, ciertamente, la testigo manifestó lo indicado en la sentencia.

Si bien, como se ve, la providencia señala que HURTADO ARIAS dispuso que fuera A.C.S.M. quien ingresara por la ventana, no dice que esa voluntad del procesado tuvo lugar para “lograr su cometido”. Dicha aseveración sólo está en la imaginación del demandante.

La responsabilidad del acusado fue establecida en la sentencia, no con la manifestación especulativa indicada en el cargo, sino a partir de proposiciones tomadas de las descripciones formuladas por la víctima, entre las que se cuenta, por ejemplo, la relacionada con el comportamiento del acusado al momento en el que ella se dispuso a regresar a su casa con su hermano, cuál fue el de impedir su marcha con la excusa de defenderla de un perro bravo que había en el lugar, lo cual aprovechó para palpar nuevamente su vagina.

6.4. Aduce el demandante que el Tribunal descartó la declaración rendida por el niño A.O. por encontrarla “contradictoria, arreglada, llena de dudas”, cuando dicho testimonio corrobora la falsedad de las afirmaciones de Ana Lucía M. y de A.C.S.M., en cuanto éstas (i) ubicaron al menor como testigo presencial y (ii) quien funge como víctima le asignó una participación, la de haber propinado una patada al acusado; cuyas aseveraciones no las corroboró A.O.

La indicación del impugnante según la cual, el Tribunal descartó la declaración del menor A.O., por encontrarla “arreglada”, no corresponde con la objetividad que la sentencia revela. Ciertamente el juez colegiado no dio credibilidad a este testimonio, pero no porque lo percibiera “arreglado”, sino porque (i) fue abiertamente divergente respecto de lo atestiguado tanto por la menor A.C.S.M. como por el procesado en los aspectos que son coincidentes en las dos versiones y (ii) se mostró inconsistente, contradictorio y dubitativo.

Además, no esgrime el demandante argumentos adicionales para demostrar que las manifestaciones del niño, a las que se les restó valor suasorio, podrían servir de fundamento para restar mérito a las declaraciones de la víctima y su madre. Sin embargo, en salvaguarda del principio de doble conformidad, la Sala pasa a revisar si el valor negativo asignado en la sentencia a la declaración del menor A.O. es razonable y ajustado a lo que objetivamente la prueba enseña.

Examinada la providencia impugnada, se observa que el Tribunal dio credibilidad a lo indicado por la menor A.C.S.M. en el sentido de que ella, y sólo ella, fue quien ingresó por la ventana de la vivienda donde residía HURTADO ARIÁS, por cuanto este último lo corroboró en su declaración.

Sentada la anterior premisa, el Tribunal señaló que la misma “desmiente el testimonio -allegado por la defensa- del menor A.O., en el sentido de que él también ingresó a la casa en comento por la ventana, además por cuanto esta última versión, resulta poco consistente, contradictoria en sí misma y muy dubitativa, en cuanto indicó que entró ubicado encima de su hermana, cuando se ha dicho que el orificio era muy estrecho, y en una primera oportunidad señaló que él sólo ingresó a la vivienda, pero enseguida manifiesta que fueron ambos, casi siempre dudando al contestar, demorando las respuestas, llevando a la Sala a concluir que este testimonio no merece credibilidad (sic)”. (Subrayado fuera de texto).

Escuchados los registros del juicio oral, se verifica que A.C.S.M., entre otras manifestaciones, refirió cómo (i) se dirigió, junto con su hermanito A.O. a la casa vecina donde residía CULEBRILLA para ayudarle a abrir la puerta, porque éste se quejó de que no tenía llaves; (ii) CULEBRILLA la alzó para que ingresara por un orificio muy pequeño de la ventana trasera de la vivienda, como en efecto ocurrió; (iii) fue escogida para entrar, mas no su hermano, por ser más delgada que éste; (iv) luego de no haber podido abrir la puerta, salió de la mencionada edificación por el mismo orificio, porque las puertas las encontró aseguradas y (v) finalmente se fue corriendo con su hermano para la casa.

Los anteriores componentes de la declaración de la menor A.C.S.M., no ofrecieron ninguna discusión, toda vez que fueron admitidos o corroborados por LUIS EDUARDO HURTADO ARIAS en el juicio, también conocido como CULEBRILLA, y, por lo mismo, les fue asignada plena credibilidad.

Dicha valoración la Sala la observa razonable, por cuanto en este caso la concurrencia testimonial puesta de presente en punto de las descripciones fácticas atrás mencionadas, sólo se explica en que estas corresponden con la realidad de lo ocurrido, pues de las pruebas no emerge hecho alguno que permita pensar que la menor víctima y el procesado se hayan puesto de acuerdo para faltar a la verdad.

Por su parte, el menor A.O. indicó (i) no conocer a CULEBRILLA; (ii) ser quien ingresó a la vivienda del procesado, no su hermana; y (iii) haber permanecido en su alcoba, cuando aquélla estaba dentro del mencionado inmueble.

En consecuencia, como acertadamente lo advirtió el Tribunal, lo atestiguado por A.O., además de mostrarse radicalmente diferente respecto de los creíbles acontecimientos señalados por la víctima y el procesado, es abiertamente contradictorio.

Cabe agregar que A.O. para la época de los hechos (2008) sólo tenía 8 años de edad y posiblemente en el juicio -adelantado a finales de marzo de 2012- no recordó la situación fáctica por la cual el defensor lo convocó a declarar, pues si bien la menor A.C.S.M. lo ubicó en el lugar de los hechos, también manifestó que aquél no se dio cuenta de los tocamientos. De manera que no se advierte en A.O. alguna vivencia de la que se pueda esperar necesariamente su memorización, máxime cuando en la audiencia el defensor -pese a haber solicitado la prueba- dejó ver claramente que no sabía cuál era el conocimiento que el pequeño declarante podía aportar al proceso -después de 4 años de ocurridos-; tampoco su interrogatorio mediante preguntas cerradas -transmitidas al testigo por el defensor de familia-, permitieron revelar el motivo de sus disparidades, dubitaciones y contradicciones, que habilite construir alguna inferencia a favor del procesado.

Por tanto, la Sala encuentra ajustada la sentencia en punto de la valoración negativa asignada al testimonio de descargo rendido por el menor A.O., sin ninguna otra consecuencia.

6.5. Señala el demandante que es contrario a las reglas de la experiencia, creer sobre los tocamientos vaginales manifestados por la menor por debajo de la ropa al momento que HURTADO ARIAS la tenía alzada de la cintura para que ingresara por la ventana, toda vez que ese acto no es posible sin que ella “se caiga o patalee” y sin “bajar los pantalones y los interiores para lograr el cometido”.

El Tribunal describió parte de la declaración de la víctima, así:

(...) que eran más o menos las seis o seis y media de la tarde cuando fue autorizada para ir a abrir la puerta, que estaba oscureciendo, que por el lado de esa ventana no hay luz eléctrica, que no sabe si su hermano vio algo, que CULEBRILLA fue quien decidió que ella entrara porque era más delgada, la ventana es alta, con varillas y no es cómoda para entrar, que al cargarla la tomó por la cintura, primero entró la cabeza y que no la soltó para tocarla; que al otro lado de la ventana habían unas camas donde caer; que cuando salió no se acuerda si primero sacó la cabeza o los pies. Explica (...) que “cuando él me carga todavía no me toca la vagina, sino cuando yo tengo la cabeza adentro es cuando me coge con una sola mano y con la otra me comienza a tocar”. Acepta que al salir, si -CULEBRILLA- no la coge con las manos, no habría podido hacerlo por la altura. Agrega que cuando sale por la ventana camina hasta la esquina, y ahí es donde dice aquél que la va a defender de un perro y la toca; cuando quedan frente al lavadero, es que les dice que ya se pueden ir solos, y ellos comienzan a correr. Se acuerda que tales tocamientos ocurrieron antes de su cumpleaños, o sea, antes del 14 de mayo, que ha pasado mucho tiempo y que trata de no recordar esos hechos. Que el señor EDUARDO no estaba con otra persona, porque le pidió a su mamá que lo dejara quedar en la casa, pero sólo pidió posada para él, no para la compañera; que ella tenía una sudadera azul; que ella está diciendo la verdad (...)

Escuchada la declaración de A.C.S.M. rendida en el juicio, se advierte que, ciertamente, declaró los hechos referidos por el Tribunal, entre los que cuentan que: (i) el acusado le tocó la vagina sólo con una mano, mientras la sostuvo con la otra cuando ya había ingresado su

cabeza en la vivienda, y (ii) ella vestía una sudadera azul.

Por su parte, la propuesta valorativa del demandante parte de atribuirle a la testigo A.C.S.M. haber declarado que el primer tocamiento tuvo lugar al momento que HURTADO ARIAS la tenía alzada de la cintura. Premisa con base en la cual plantea como increíble la manipulación vaginal, porque para que aquél llevara a cabo dicha acción previamente debía soltar a la menor, lo cual hubiese generado, lógicamente, la caída de esta última.

No obstante, como viene de verse, lo manifestado por A.C.S.M. difiere de la premisa en la que se sustenta el demandante, en cuanto aquélla precisó que el tocamiento comenzó cuando ya tenía la cabeza adentro de la edificación, en punto donde el acusado podía sostenerla sólo con una mano y manipular su vagina con la otra. Situación por la cual la conducta acusada se advierte posible, pues, en la circunstancia narrada por la víctima, el hecho endilgado al procesado no riñe con la ley natural de la gravedad.

Para el demandante, no es creíble el testimonio de la menor respecto del tocamiento sexual al momento de ingresar ésta por la ventana, por cuanto no pataleó.

Escuchado otro aparte del registro de la audiencia, se advierte que A.C.S.M., tras manifestar que CULEBRILLA comenzó a manosearla cuando intentaba ingresar por la ventana, declaró: “(...) yo trataba de que él no me siguiera tocando, hasta que logré entrar adentro de la casa, (...)”.

Ese proceder manifestado por A.C.S.M. se observa compatible con su carácter, revelado tanto en su testimonio como en el de Ana Lucía M. en punto de sus reacciones frente al miedo, entre las que se destacan las siguientes:

(i) A.C.S.M. no gritó por temor a que CULEBRILLA le hiciera algo a su hermanito que se encontraba en el lugar⁹;

(ii) La niña guardó silencio sobre los tocamientos sexuales, toda vez que vivía solamente con su mamá y sus dos hermanos menores, y temía que HURTADO ARIAS les hiciera algún daño¹⁰ y;

(iii) La menor le informó a su madre los hechos que albergaba solitariamente en su memoria y que ahora son objeto del presente proceso, debido a que el 4 de junio de 2008, al escuchar un carro que se detuvo frente a su casa, sintió miedo porque pensó que era CULEBRILLA, en cuyo estado emocional fue sorprendida por Ana Lucía M., quien inmediatamente le preguntó por la causa de su agobio¹¹.

En este sentido, si bien la menor no indicó haber pateado, de esa premisa no se concluye inverosímil su manifestación respecto del primer tocamiento vaginal; pues lo trascendente es que sí indicó una reacción frente al inesperado frotamiento, en orden a liberar su zona genital de la mano de HURTADO ARIAS, la cual se advierte tanto plausible como creíble por resultar acorde con su reservado y temeroso carácter que en varias oportunidades se evidencia en relación con los hechos y su victimario, respectivamente.

Ahora, respecto a la alegación según la cual no era posible para HURTADO ARIAS tocar la vagina de A.C.S.M. sin “bajar -sus- pantalones -e- interiores”, pasa por alto el demandante que la menor, como se adelantó, en el juicio fue enfática en señalar que el día de los hechos vestía una “sudadera azul”. Esta prenda, a juicio de la Sala, posibilita el tocamiento manifestado por la menor, es decir “por debajo de la ropa”, sin que necesariamente resulte parcial o totalmente despojada de dicha vestimenta.

El censor también acusa de inverosímil la declaración de la menor respecto de que fue tocada en su vagina por HURTADO ARIAS al momento que éste, con la excusa de que debía defenderla de un perro bravo, la hizo detener cuando se disponía a regresar a su casa, por cuanto la experiencia enseña que la niña debía permanecer en el lugar por unos “minutos” para que aquél en ese lapso “introdujera sus manos” y ella “permitiera el vejamen” y

“guardara silencio”, de lo cual nada manifestó.

Aquí, la premisa mayor en la que se apoya –según el cual, la niña debía permanecer en el lugar por unos “minutos” para que HURTADO ARIAS en ese lapso “introdujera sus manos”-, no es parámetro de experiencia alguno, en cuanto carece de la generalidad y universalidad requerida para ello, y sólo constituye una manifestación especulativa sobre el lapso que requería el victimario para tocar la vagina de la niña al momento que se detuvo tras su advertencia sobre la existencia de un perro bravo. De modo que no siendo la premisa propuesta por el demandante parámetro de valoración válido, la conclusión que de allí deriva –inverisimilitud de la declaración de la menor-, resulta infundada.

6.6. El impugnante cuestiona la consideración de la sentencia según la cual, no hay motivo para que la menor mienta o quiera perjudicar de manera tan grave a HURTADO ARIAS, fundado en que “podría” haber animadversión en la menor en contra del acusado, si en cuenta se tiene lo afirmado por este último, en el sentido de que una vez Ana Lucía M. le solicitó ayuda para “arreglar la antena del televisor”, ocasión en la que ella se recostó sobre su hombro y ese acto a la niña “no le gustó ni cinco y le manifestó que le iba a decir a su papá”.

En punto de la proposición censurada, el Tribunal consideró lo siguiente:

(...) no aparece probado en el proceso, que la menor A.C.S.M. tuviere (...) motivo que pudiera impulsarla a mentir, endilgándole falsamente una conducta tan grave a una persona con la cual no tenía ningún sentimiento de animadversión o enemistad. Y ello se revela a partir del hecho de cómo dio a la publicidad el suceso por ella narrado; en efecto, de una manera desprevenida, sólo porque su madre se dio cuenta, percibió directamente el desazón que le produjo haber llegado en determinado automotor a la casa, provocando el llanto de la menor, lo que la impulsó a preguntarle por la razón de ello, encontrando la razón del miedo que le provocaba determinada persona por un hecho sucedido meses atrás.

La premisa en la cual la sentencia sustenta que la menor no tenía motivo para endilgarle falsas imputaciones al procesado, es que la misma no tenía enemistad o animadversión contra el procesado. Esta última proposición fue fijada a partir de la forma en que la menor reveló el hecho, lo cual fue tomado de la declaración de Ana Lucía M., reproducida por el Tribunal así:

Indicó que en el primer semestre de 2008, cuando llegó tarde del trabajo en bus destartalado, -cuando- ingresó a su casa, la menor en comentario salió corriendo y llorando la abrazó, diciéndole que pensaba que era CULEBRILLA, motivo por el que le preguntó qué le había hecho ese señor, contándole que cuando vivían en la casa vecina a la del señor Daniel Ramos y A.C.S.M. tenía 9 años de edad, en la oportunidad que la declarante prestó al citado los niños A.C.S.M. y A.O., para que entraran por una ventana pequeña, ubicada en la parte posterior de la casa vecina y abrieran la puerta de la misma, en donde dicho sujeto residía -y- éste la tocó en la parte genital (...).

Examinado el registro de la audiencia del 28 de marzo de 2012, se observa que ciertamente Ana Lucía M., manifestó lo advertido por el Tribunal, a cuyo testimonio le asignó credibilidad.

Ahora, escuchada la declaración de HURTADO ARIAS, se observa que éste además de haber manifestado lo indicado por el impugnante, admitió que (i) no tenía confianza con Ana Lucía M. ni con los niños¹², (ii) no conocía a A.C.S.M. ni a su hermano, sino que apenas los distinguía; y que incluso (iii) en una ocasión Ana Lucía M. le solicitó que no le pidiera favores a sus hijos.

En la misma dirección declaró Ana Lucía M., quien señaló no tener una relación afectiva ni de amistad con HURTADO ARIAS, sino que éste sólo era el vecino que vivía en arriendo en la casa de Daniel Ramos y no era de su vereda; además no le permitía que ingresara a la parte interna de su vivienda, sino sólo a su alrededor.

Dada la anterior convergencia testimonial, se advierte cierto que entre Ana Lucía M. y HURTADO ARIAS no existió ninguna relación sentimental, ni de amistad o confianza. Esta realidad hace increíble (i) lo manifestado por este último en el sentido de que un día aquélla se recostó sobre el hombro y más inverosímil aún que (ii) ese eventual y solitario acontecimiento hiciera nacer en la menor algún sentimiento negativo en su contra de tal magnitud, que desde el 4 de junio de 2008 -fecha en la que le contó a su mamá sobre los tocamientos sexuales- y hasta el 28 de marzo de 2012 -fecha de su declaración en el juicio- inclusive, quisiera perjudicarlo gravemente.

Así también lo hizo saber HURTADO ARIAS en su testimonio, quien frente a la pregunta del defensor ¿A qué puede deberse que la niña lo esté incriminando a usted en un delito tan delicado? Contestó: “yo no sé. No me explico de qué es que me injurian a mí. Yo todavía no hallo la razón, qué pretenden conmigo o qué será”.

En consecuencia, la proposición fáctica de la sentencia según la cual, no está probado animadversión o enemistad de la menor hacia el procesado, se advierte ajustada a las pruebas válidamente allegadas al proceso, y la conclusión que de la misma se deriva -no existe motivo por el que la menor pudiera estar impulsada a endilgándole al procesado falsamente una conducta delictiva- resulta superlativamente razonable.

6.7. Señala el demandante que el Tribunal “dividió” o “cercenó” las respuestas de la perito psicóloga, en cuanto sólo tomó su indicación según la cual, las secuelas psicológicas halladas en la menor son producto de los tocamientos, cuando ésta también indicó “probable” que los signos del evento estresor en la niña pudieron haber tenido origen en la separación de sus padres; con lo cual el juez colegiado “dejó de lado la sana crítica para asumir la interpretación de la prueba”.

La queja del demandante, pese a manifestar en abstracto el desconocimiento de la “sana crítica”, no parece dirigida a plantear la existencia de algún error de raciocinio, sino un

falso juicio de identidad, en cuanto manifiesta que el Tribunal cercenó parte de la prueba pericial, referida a que los síntomas psicológicos hallados en la menor relacionados con algún evento estresor, pudieron haber tenido origen en la separación de sus padres.

El Tribunal al examinar la declaración de la perito psicóloga -LUZ OMAIRA ALIVERO SÁNCHEZ-, aludida por el demandante, señaló, entre otros aspectos, el siguiente:

Agrega que con los elementos aportados, se podría afirmar que A.C.S.M. presentaba indicadores emocionales y conductuales de haber vivido probablemente un evento estresor, haciendo algunas recomendaciones.

En el contrainterrogatorio aclaró que tuvo conocimiento de lo expresado por la madre de la menor, en torno de la separación de su esposo, la situación por la que pasó y sopesando ello con el evento investigado estima que los cambios emocionales advertidos en la menor pudieron tener relación con esta última situación. En este sentido refiere que en la entrevista previa que hizo con la progenitora (...) indicó que ese día notó muy asustada a la menor A.C.S.M., que lloraba mucho, que le pidió que no la dejara sola, incluso que durmiera con ella y que la señora -Ana Lucía M.- había pensado que eso se debía a la separación de su esposo y padre de la niña, por lo que estaba pensando, nunca que fuera por el abuso del señor HURTADO ARIAS. Por ello en respuesta al señor defensor le aclaró: ... (sic) 'y por eso a la respuesta (sic) que usted plantea, si esos comportamientos van directamente relacionados con el hecho que se investiga o con la separación de sus padres, pues yo puedo inferir que hacen relación con el hecho que se investiga. Explicó que de acuerdo con la historia del abuso y la edad de la menor víctima en este caso, es factible que esta recuerde la agresión sexual, pero no los detalles periféricos de la misma (...). (Subrayado fuera de texto).

Como se ve, el cargo carece de corrección material, toda vez que el Tribunal no ignoró el componente probatorio referido por el demandante -que los cambios emocionales de

A.C.S.M., pudieron tener origen en la separación de sus padres-, sólo que también advirtió la conclusión de la psicóloga, en el sentido de que aquellos probablemente estaban relacionados con el hecho investigado, a lo cual ésta arribó a partir de lo que le fue expuesto por su madre.

Adicionalmente, escuchado el registro de la audiencia, se corrobora que la psicóloga manifestó lo indicado en la sentencia, al punto que frente a la pregunta: “¿De acuerdo al análisis del caso en estudio colocado a su pericia, se puede concluir que A.C.S.M. revela conductas y actitudes concordantes con vivencias de eventos traumáticos de carácter sexual?” Respondió: “de acuerdo a la información aportada, sí”.

En consecuencia, la Sala advierte que no se configuró el yerro endilgado al Tribunal al apreciar la prueba pericial psicológica llevada a cabo por la doctora Luz Omaira Olivero Sánchez.

Ahora, si lo que quiso señalar el censor es que el Tribunal no debió dar credibilidad a la conclusión pericial indicada en la sentencia, así debió plantearlo para cuya demostración le correspondía acreditar la violación concreta de alguna de las reglas de la sana crítica, lo cual ciertamente no hizo. En su lugar opuso un hecho respecto del cual no hay discusión -la separación de los padres de la niña-, con el fin de proponer que este pudo ser el origen de los cambios emocionales de la menor. Sin embargo, obsérvese, esa manifestación no da cuenta de ningún error de raciocinio en el mérito asignado por el Tribunal.

A pesar de la anterior deficiencia argumentativa puesta de presente, la Sala, tras examinar el registro de la declaración de la psicóloga Olivero Sánchez, advierte que la misma para su peritaje contó con (i) la entrevista de Ana Lucía M., quien le informó sobre la separación de su esposo y haber percibido a su hija asustada, en tanto le pedía que no la dejara sola y durmiera con ella; y (ii) la entrevista rendida por la menor A.C.S.M. -respecto de los tocamientos objeto del presente proceso y el temor que sentía hacia su victimario-, cuya

narración la observó detallada, con estructura lógica y respaldo “ideo afectivo” congruente con su estado anímico.

De manera que, a partir de los elementos de juicio que la perito indicó haber tenido a su alcance, la Sala considera razonable que el cambio emocional hallado en la menor lo hubiese estimado probablemente originado en el hecho investigado.

6.8. Se queja el defensor de que el Tribunal desconoció la prueba pericial psicológica, la cual señala que A.C.S.M. “es una preadolescente que se encuentra acompañada por su madre (...) sonriente, orientada en tiempo y lugar, persona de aspecto cuidado, atenta, colabora con la entrevista, sostiene la mirada, lenguaje claro, tono de voz bajo, memoria conservada, la reciente y la remota, juicio de raciocinio conservado, sensorrepción sin alteraciones aparentes, pensamiento de curso y contenido normal; alteraciones solamente en el sueño” con lo que había podido “sopesar la cantidad de contradicciones (sic) que se encuentra en esa situación (sic)”.

El demandante no manifiesta cómo esa descripción pericial puede derruir las proposiciones en las que el Tribunal sustentó la credibilidad asignada al testimonio de la víctima en punto de los dos tocamientos por los que fue acusado HURTADO ARIAS.

Contrariamente, el que la psicóloga haya percibido a la menor “orientada en tiempo y lugar”, “atenta”, con “lenguaje claro”, “memoria conservada”, juicio de raciocinio conservado”, “sensorrepción sin alteraciones aparentes” y “pensamiento de curso y contenido normal”, refuerza la credibilidad de su atestación, pues descarta en ella alguna alteración o psicopatología que pudiera afectar su capacidad para (i) percibir y comprender el mundo, (ii) recordar sus vivencias y (iii) distinguir la realidad de la fantasía o de la imaginación.

6.9. El recurrente se manifiesta inconforme con el mérito asignado en la sentencia al testimonio de la menor A.C.S.M., debido a que hizo manifestaciones divergentes sobre los

hechos así:

1. A la madre le cuenta que fue tocada en la vagina por dentro de la ropa cuando ingresaba por el hueco de la ventana y cuando ella se regresaba a su casa.
2. A la perito sexóloga Socorro Dorado, (...) manifiesta que fue tocada en la vagina encima de la ropa, cuando ingresaba por una ventana.
3. A la perito Psicóloga Luz Omaira Oliveros Sánchez (...) le manifestó que fue tocada en la vagina sólo una vez.
4. En la audiencia -dijo- que fue tocada en la vagina por dentro de la ropa en la piel y que fue una cuando entraba y otra cuando salía.
5. Al contrainterrogatorio, -en el- cual se le dice (sic) que por qué la mamá está diciendo que fueron tres veces, esta manifiesta que (...) es como dice la mamá.

De manera que, agrega, el Tribunal en su argumentación incurrió en error de raciocinio, “vulnerando las reglas de la experiencia y de la lógica, como el principio de contradicción”, pues no advirtió que había “dudas insalvables”.

Los componentes fácticos fijados en la sentencia a partir de la declaración de A.C.S.M., son los siguientes:

- (i) HURTADO ARIAS, tras haber alzado a la menor de la cintura con el fin de que ingresara por una ventana donde residía en arriendo y cuando ésta ya tenía la cabeza adentro, la cogió sólo con una mano y con la otra manipuló su zona genital por debajo de una sudadera azul que llevaba puesta.
- (ii) Cuando A.C.S.M. se dirigía con su hermanito de regreso a donde su mamá, y se hallaba en la esquina de la casa, HURTADO ARIAS la detuvo con la excusa de que la iba a defender

de un perro que ladró, la cogió por detrás y de nuevo palpó su vagina.

La credibilidad asignada a estas manifestaciones de la víctima la sustentó el Tribunal básicamente en las siguientes premisas:

(i) HURTADO ARIAS reconoció que (a.) los niños A.C.S.M. y A.O., con el beneplácito de su progenitora, concurrieron a su residencia para que le ayudaran a abrir la puerta de acceso, porque no contaba con las llaves respectivas; (b.) allí la niña, por ser más delgada que su hermano, ingresó por una pequeña ventana de la parte posterior de la vivienda, ayudada por aquél de la cintura debido a que la altura del orificio, le impedía acceder sin su asistencia; y (c.) por lo mismo, tuvo contacto físico con la menor. -La Sala verifica que ciertamente HURTADO ARIAS en su declaración admitió los anteriores hechos-.

(ii) La menor reveló los tocamientos de una manera desprevenida el 4 de junio de 2008. Ese día Ana Lucía M., al llegar a su casa en un automotor destartalado, observó cómo la niña la abrazó llorando y dijo que había pensado que era CULEBRILLA; y tras preguntarle por el motivo de su temor hacia aquél, ésta contó que la había tocado su zona genital tiempo atrás, el día que fue a su casa a ayudarle abrir la puerta. -la Sala corrobora que esta premisa está conforme con la declaración rendida por Ana Lucía M-.

(iii) No hay motivo que pudiera impulsar a A.C.S.M. a endilgarle falsamente una conducta grave a HURTADO ARIAS, con quien no tenía ningún sentimiento de animadversión o enemistad. -La Corte advierte que esta proposición encuentra respaldo en las declaraciones rendidas en el juicio tanto por Ana Lucía M. como por el procesado, conforme lo indicado en el numeral 6.6.

(iv) Ana Lucía M. declaró los hechos que le fueron transmitidos por su hija, los cuales, “en lo sustancial”, son los mismos que la menor narró en el juicio. El Tribunal dio credibilidad a su testimonio, por cuanto no advirtió ningún motivo que la impulsara a incriminar falsamente al acusado.

Escuchados los registros de la audiencia, la Corte no observa enemistad o conflicto entre el procesado y Ana Lucía M. que ponga en duda la honestidad de su declaración. También se corrobora que Ana Lucía M., entre otros hechos, narró cómo su hija le contó que el día que fue a ayudar a abrir la puerta a HURTADO ARIAS, éste frotó su vagina tanto al momento que ingresó por la ventana, como cuando iba de regreso para su casa, pretextando defenderla de un perro.

Se verifica además que en el mismo sentido declaró Ana Lucía M. en entrevistas rendidas el 5 y 25 de junio de 2008, las cuales reconoció en el juicio oral.

(v) La perito Luz Omaira Oliveros, -quien además de entrevistar a A.C.S.M., llevó a cabo “valoración psicológica”.-, en su observación clínica detalló que la niña narró los hechos de manera clara, detallada, consistente con los demás elementos aportados, con respaldo “ideo afectivo”, -esto es, acompañó su relato con su comportamiento no verbal- y fue “congruente con su estado emocional”. -Examinada la prueba, ciertamente la psicóloga hizo las anteriores descripciones-.

(vi) Lo expuesto por la menor en la entrevista especializada es coherente con lo indicado en un primer momento por la madre de la misma en la anamnesis y posteriormente en el juicio oral.

A la anterior proposición, la Sala agrega que en la valoración sexológica practicada por la médica Jesusita Socorro Dorado Tovar, la menor le indicó cómo, cuando estaba subiendo por la casa de un vecino, “este señor” la empezó a tocar la vagina y señaló su zona genital.

(vii) El testigo de descargo Orlando Sánchez -padre de la menor, cuya relación afectiva con ésta y su familia viene deteriorada de tiempo atrás- confirmó que Ana Lucía M. le informó cómo HURTADO ARIAS había violado o tocado a la niña, sin recordar exactamente sus palabras, y que con varios familiares resolvieron reclamarle fuertemente.

Escuchados los registros de la audiencia, la Sala observa que la reclamación a la cual hace referencia el precitado testigo, fue admitida por el procesado en su testimonio.

6.10. El demandante propone una duda sobre la veracidad de los hechos declarados por la menor, en cuanto ésta (i) a “la perito Psicóloga Luz Omaira Oliveros Sánchez” le manifestó que fue tocada en la vagina “sólo una vez”; (ii) en interrogatorio no había dado cuenta de un tercer tocamiento al momento de salir por la ventana, sino que este emergió sólo en el contrainterrogatorio; y (iii) declaró que la primera manipulación vaginal fue por debajo de la ropa, a pesar de que a la sexóloga le había indicado que fue por encima de la misma.

Respecto de la primera cuestión, contrario a lo indicado por el impugnante, en entrevista -reconocida en la audiencia por la Psicóloga Luz Omaira Oliveros Sánchez-, la niña le indicó a la profesional haber sido tocada en su zona genital por CULEBRILLA (i) cuando éste la pasó por la ventana para ingresar a la vivienda y (ii) cuando ya había salido de la misma. Más adelante en la misma diligencia la menor reiteró haber sido palpada así:

“dos veces, la primera cuando me subió por la ventana y ya después metió la mano por acá por dentro de mi ropa y me tocó sobándome la mano en la vagina”.

En consecuencia, la crítica valorativa formulada por el demandante sustentado en que la niña ante la psicóloga manifestó haber sido tocada “sólo una vez”, no corresponde con la objetividad fáctica que la prueba contiene, pues, como se demostró, la menor en la entrevista narró haber sido tocada “dos veces”. Adicionalmente, cabe reiterar que en la primera revelación que la menor hizo a su mamá, dio cuenta de las manipulaciones vaginales antes mencionadas.

Respecto de la segunda inconformidad, cabe precisar que el Tribunal no declaró probado tocamiento alguno al momento que A.C.S.M salía por la ventana de la vivienda de HURTADO ARIAS. Tuvo por demostradas las manipulaciones vaginales en dos situaciones: cuando la menor (i) ingresaba por la ventana a la residencia del acusado y (ii) se dirigía con su

hermanito de regreso a su casa y HURTADO ARIAS la detuvo con la excusa de que la defendería de un perro.

Ahora, el que la menor hubiese admitido en el contrainterrogatorio formulado por la defensa un tercer tocamiento al momento de salir por la ventana, sólo genera inverosimilitud sobre ese concreto episodio, debido a que esa manifestación no fue espontánea, sino presionada por el defensor del procesado al preguntarle -mediante el defensor de familia- ¿Por qué será que la mamá está diciendo que fueron tres veces? Pues con ese interrogante comprometió afectivamente a la niña con su madre -es decir, propició que no quisiera contradecirla o hacerla quedar mal-; situación con la cual el defensor obtuvo como respuesta “es como dice mi mamá”, sin que la niña realmente hubiese ofrecido detalle alguno sobre ese concreto tocamiento. De manera que quien realmente tuvo la convicción equivocada de que la menor también había sido palpada en la vagina al momento de salir por la ventana, no fue la niña, sino su mamá.

Lo anterior, sin embargo, no resta mérito a la relación de los tocamientos que se imputan al procesado, porque estos sí fueron espontánea y detalladamente declarados por la menor en el juicio en el interrogatorio formulado por el fiscal y, además, merecen plena credibilidad con fundamento en las premisas indicadas en el numeral 6.9 -las cuales se encuentran probadas-, entre las que se destacan las siguientes:

(i) Los hechos fueron revelados accidentalmente por un episodio de temor cuando Ana Lucía M. sorprendió a la niña asustada porque creía que había llegado el carro de HURTADO ARIAS; (ii) aquellas descripciones fácticas corresponden a la primigenia revelación que la menor le hizo a su mamá; (iii) de dichos tocamientos A.C.S.M. hizo referencia en la entrevista psicológica de manera clara, detallada, con respaldo “ideo afectivo” y congruente con su estado anímico; (iv) la niña en sus declaraciones previas y en el juicio fue consistente en manifestar temor hacia el acusado; y (v) la niña y la madre de la misma no tenían animadversión o enemistad con el acusado, como tampoco fue probado algún otro

motivo que las hubiese podido impulsar a formular en contra de HURTADO ARIAS falsos señalamientos.

En relación con la tercera inconformidad, según la cual, hay duda si el primer tocamiento fue por encima o por debajo de la ropa, cabe precisar que lo fundamental de la declaración es en punto de que la menor fue frotada en su vagina por HURTADO ARIAS al momento que éste la asistió para ingresar por la ventana de su residencia con el fin de que le abriera la puerta, sobre lo cual no existe dubitación alguna, como tampoco que fue tocada nuevamente por éste cuando ella se disponía a regresar a su casa, tras detenerla con la excusa de defenderla de un perro bravo.

De otro lado, para efecto de endilgar responsabilidad al procesado, resulta irrelevante si el primer tocamiento fue por encima o por debajo de la ropa, toda vez que está probado que (i) HURTADO ARIAS al momento que la niña tenía la cabeza dentro de la ventana, la sostuvo con una mano y con la otra comenzó a sobar su vagina, acto que propició en ésta tratar de liberar su zona genital; lo cual descarta algún tocamiento accidental originado en el empujón descrito por aquél en su declaración; (ii) HURTADO ARIAS repitió el tocamiento genital al momento que la menor se dirigía de regreso a su casa, cuya reiteración no deja duda alguna de que se trataron de actos voluntarios y con fines libidinosos, máxime cuando (iii) la menor indicó que posteriormente HURTADO ARIAS la invitaba a su residencia con la excusa de que le tenía un regalo¹³, pero ella no le hizo caso, y fue consistente en manifestar miedo hacia el acusado, el cual también lo observó su mamá el 4 de junio de 2008.

6.11. Señala el demandante que las imprecisiones de la menor y su madre en punto de la fecha y la hora en la que tuvo ocurrencia los hechos objeto del proceso, afectan la credibilidad de sus declaraciones.

Olvida el impugnante que su defendido, a pesar de no haber aceptado los tocamientos

sexuales objeto de la acusación, sí admitió las circunstancias en las que la menor y su madre manifestaron haber tenido ocurrencia.

De modo que si bien no se puede establecer la fecha exacta del acto delictivo, lo relevante es que su ocurrencia la ubicaron en el día que la menor A.C.S.M. ayudada por HURTADO ARIAS, ingresó por la ventana de la vivienda donde éste residía en arriendo con el fin de abrirla la puerta; situación que (i) de acuerdo con la declaración tanto de Ana Lucía M. como de la víctima, tuvo ocurrencia en el primer semestre de 2008, pero antes del 14 de mayo, porque a la casa donde habitaban al momento de los hechos arribaron al finalizar el año de 2007 y la menor recordó que el suceso fue antes de la fecha de su cumpleaños -14 de mayo de 2008- y (ii) el procesado afirma que los acontecimientos por él admitidos tuvieron ocurrencia en febrero de 2008.

En relación con la hora de los acontecimientos, se sabe que fueron al finalizar la tarde¹⁴, a pesar de no haber concretado las declarantes hora exacta al respecto.

Esas imprecisiones, en lugar de restar credibilidad a las atestaciones de la víctima y su madre, por el contrario dan cuenta de que no fueron preparadas, sino espontáneas. Cabe recordar que la menor víctima es una niña de 9 años de edad que mantuvo en secreto su vivencia por varias semanas hasta el 4 de junio de 2008, lo cual torna natural que no hubiese manifestado la precisión horaria que exige el demandante.

Tampoco a partir de ese silencio de la menor respecto de lo que le ocurrió puede construirse algún indicio de inexistencia del hecho, pues está demostrado que ella tenía miedo de que HURTADO ARIAS le hiciera daño a algún miembro de su familia y, precisamente, ese temor finalmente puso en evidencia su secreto, toda vez que al ser sorprendida por su madre en ese estado anímico sin justificación aparente, generó que fuera por ésta interrogada y consecuentemente se viera avocada a contar lo sucedido.

De otra parte, no sobra precisar que el Tribunal no dio mérito al testimonio de descargo

rendido por la señora Campo Alchur -compañera del acusado-, toda vez que ésta no tuvo reparo “en aceptar que mintió en la segunda entrevista que rindió a la Fiscalía por inconvenientes que tenía en ese momento con aquél, demostrando la facilidad de su proceder en tal sentido, según sus propias conveniencias”.

Ahora, escuchada su declaración en el juicio oral, ciertamente esta testigo manifestó lo indicado por el Tribunal, para aseverar que la verdad de los hechos no estaba en la segunda entrevista que rindió, sino en la primera. Sin embargo, una vez examinada esta por la Sala, se advierte que frente a la pregunta ¿Díganos cómo hicieron los menores para poder subirse a la citada ventana? Contestó: “Como eso era bajito, eso no es tan alto, la niña se subió y el niño la ayudaba a subirse a la ventana (...)”. Esa descripción afecta aún más su credibilidad sobre su manifestada presencia en el lugar y la observación de los hechos, pues tanto A.C.S.M. como el acusado concurrieron en que la ventana estaba ubicada en un sitio alto y fue éste quien alzó a la niña para que ingresara por la misma.

En consecuencia, tanto la materialidad de la conducta como la responsabilidad del procesado declaradas en la sentencia, se sustentan sin dubitación alguna en las pruebas legalmente allegadas al proceso, conforme con la apreciación y valoración llevadas a cabo por el Tribunal, las cuales la Sala verifica ajustadas tanto al contenido fáctico que las mismas revelan como a los criterios de la sana crítica.

Segundo cargo

En el cargo subsidiario el demandante se queja de que el Tribunal en la providencia impugnada sólo anunció como procedente el recurso de casación, por lo cual se vio obligado a promoverlo y a sustentarlo con la técnica que el mismo exige, sin contar con la posibilidad de ejercer la impugnación excepcional, situación por la que solicita se declare “la nulidad de la sentencia condenatoria”.

El recurso de casación -como control constitucional y legal-, de acuerdo con el artículo

181.2 de la Ley 906 de 2004, procede contra la “sentencia” proferida en segunda instancia cuando la misma ha sido proferida en trámite viciado de nulidad por el desconocimiento al debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Obsérvese cómo la crítica del impugnante no se dirige en contra de alguno de los actos procesales por los que se produjo la sentencia en segunda instancia, sino que realmente cuestiona el trámite posterior.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera, por cuanto lógicamente cualquier irregularidad que haya tenido lugar después de dictada la sentencia en nada puede afectar la validez de ésta.

Ahora, entiende la Corte que el demandante pretende la anulación del trámite de casación con el fin de que el Tribunal conceda a la defensa la posibilidad de promover la impugnación señalada en la sentencia C-792 de 2014 en garantía del principio de doble conformidad.

La Sala, en decisión del 3 de abril de 2019, Rad. 54215, respecto de los procesos que habían arribado a la Corporación con primera condena en segunda instancia, precisó que “continuarán con el trámite (...) dispuesto por el magistrado sustanciador”, en el cual, se garantizará -como se ha venido haciendo- el principio de doble conformidad.

Este proceder de la Corte Suprema de Justicia fue sustentado en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵ según la cual, el derecho a recurrir el fallo condenatorio, tiene como fin (a.) permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y orgánicamente superior, y (b.) ofrecer al procesado “la posibilidad” de una revisión integral -es decir “fáctica, probatoria y jurídica”- de la decisión, con la que se pueda garantizar su doble conformidad; lo cual exige (c.) un recurso eficaz de fácil acceso para ese propósito -desprovisto de rigorismos formales- y (d.) que pueda promoverse antes de que la sentencia haga tránsito a cosa juzgada.

Los anteriores criterios se satisfacen cuando, a pesar de la insatisfacción de las exigencias legales para la admisión de la demanda de casación¹⁶, la Corte supera sus yerros, con lo cual se habilita la audiencia de sustentación, en la que el impugnante cuenta con una oportunidad, adicional al líbello de la demanda, para argumentar sus inconformidades tanto fácticas o probatorias, como jurídico sustanciales y procesales.

En el presente proceso, (a.) la demanda de casación formulada por la defensa, fue admitida para examinar la legalidad de la sentencia a la luz de las inconformidades manifestadas por el impugnante, sin que para ello fuera obstáculo sus defectos o deficiencias argumentativas y, por lo mismo, (b.) el demandante contó con la oportunidad adicional de sustentar oralmente sus cuestionamientos (audiencia adelantada el 3 de septiembre de 2019), en cuya diligencia se le precisó, antes de su intervención, que no estaba obligado a ceñirse a la técnica de la casación. Adicionalmente, como viene de verse, (c.) la Corte resolvió de fondo cada uno de los cuestionamientos objeto del recurso.

En este orden de ideas, la anulación solicitada no tiene justificación debido a que la Corte, se reitera, hizo los ajustes necesarios al presente trámite de casación para garantizar el principio de doble conformidad y, en efecto, examinó de fondo la legalidad de la sentencia en consonancia con los cuestionamientos del recurrente.

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,

RESUELVE

Primero.- DENEGAR la solicitud de nulidad del trámite de casación.

Segundo.- NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia 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

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 19 de la primera carpeta.

2 Acta a folio 35 ibídem.

3 Folios 118 a 120.

4 Subrayado en el original.

5 CSJ SP, 30 jun. 2010, rad. 32777.

6 “La apelación procede (...) contra la sentencia condenatoria o absolutoria”.

7 4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.

El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación. (subrayado fuera de texto).

(...).

8 Minuto 31:15 del registro.

9 Declaración rendida por la menor en el juicio.

10 Declaración rendida por la menor en el juicio.

11 Hecho declarado por Ana Lucía M. en el juicio y por la víctima en entrevista psicológica.

12 Minuto 51:00.

13 Este hecho también se lo contó a su mamá desde su primera manifestación.

14 La menor indicó que estaba oscureciendo. Ana Lucía M. declaró que eran las 6:30 y había poca luz del sol.

15 Sentencia del 23 de noviembre de 2012, caso Mohamed vs. Argentina.

16 Requisitos lógico argumentativos básicos, que cuando son cumplidos por el demandante, éste cualifica su sustentación y le posibilita a la Corte comprender de la mejor manera los diferentes cuestionamientos.