

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP682-2019

Radicado n.º 51731

(Acta n.º 59)

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

El Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), el 27 de octubre de 2016, absolvió a HÉCTOR OYUELA PATERNINA de los cargos formulados en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Apelada esta decisión por la Fiscalía, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia -Sala Penal- el 23 de agosto de 2017 que, en su lugar, lo declaró autor responsable de dicha conducta punible, imponiéndole la pena principal de prisión por doce (12) años y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Frente a esta providencia, la defensa interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación, siendo admitida la demanda correspondiente por la Corte con auto del 18 de agosto de 2018, una vez superados sus defectos.

Celebrada la audiencia de sustentación prevista en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, el 20 de noviembre siguiente, se resuelve de fondo el asunto.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. En Caucasia, en el año 2010, la abuela de la menor C.R.O. de cinco años de edad (quien estaba a su cargo), la dejó al cuidado de su padrino de bautizo HÉCTOR OYUELA PATERNINA mientras asistía a misa, lapso en que éste la llevó a su casa para desnudarla, besarla, acariciarle sus partes íntimas, obligarla a practicarle sexo oral y penetrarla por la vagina.
2. El 22 de mayo de 2014, se legalizó la captura de OYUELA PATERNINA ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de esa localidad, oportunidad en la que la Fiscalía le formuló imputación por las conductas punibles de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años (artículos 208 y 209 del Código Penal), cargos que no aceptó. Se le impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.
3. Formulada acusación en su contra por la primera ilicitud ante el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia el 17 de septiembre de 2014, agotada la audiencia preparatoria el 9 de febrero de 2015 y celebrado el juicio oral en sesiones del 1.º de junio, 18 y 30 de septiembre y 19 de octubre del mismo año, fueron emitidos, en las condiciones ya señaladas, los fallos de instancia.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se postuló un cargo único al amparo de la causal prevista en el artículo 181, numeral 3.º de la Ley 906 de 2004, por la violación indirecta de la ley sustancial en la modalidad de falso juicio de identidad, que condujo a la aplicación indebida del artículo 208 del Código Penal y a la falta de aplicación del principio de *in dubio pro reo* consagrado, entre otros, en el artículo 7.º del Código de Procedimiento Penal.

Luego de identificar la sentencia recurrida, las partes e intervinientes y reseñar la actuación procesal surtida, así como las consideraciones expuestas por los juzgadores de instancia, la

libelista refiere que el Tribunal le concedió a las declaraciones de la víctima C.R.O., su progenitora Yusneidis Osorio Agudelo, su abuela Mariela de Jesús Ríos, el médico legista David Pulgarín Maya, las psicólogas Juliana Marcela Soto Sepúlveda y Claudia María Cadavid Otálvaro y el psicólogo de la defensa Diego Armando Heredia Quintana, efectos que no se desprenden de su contenido. Con el fin de demostrar el error individualizó dichos testimonios, retomó el análisis del ad quem frente a los mismos y a continuación cuestionó las reflexiones de esa Colegiatura, a través de un discurso que con posterioridad retomará la Sala en detalle al dar respuesta al reparo.

En ese orden, de cara a diversas imprecisiones que detecta en cuanto a la reconstrucción de los sucesos por los que se dictó condena, opina, no podía señalarse a su prohijado como responsable. Al desestimar el Tribunal este cúmulo de contradicciones desfiguró las pruebas y las cercenó, pues no examinó de manera integral ni conjunta los elementos de convicción aportados al trámite, haciéndoles decir lo que no dicen.

Asegura que de no ocurrir el yerro no se hubiera hecho caso omiso de la incertidumbre latente en la actuación, incluso C.R.O. mencionó que otras personas abusaron de ella, pero esta circunstancia fue pasada por alto por vía de «generalizar ciertas coincidencias entre algunas pruebas de cargo con respecto a la versión inicial de la madre y de la menor víctima».

En consecuencia, como la condena es producto de la íntima convicción del sentenciador, alejada de los parámetros de la sana crítica, pide casar la providencia impugnada y se dicte fallo absolutorio de reemplazo a favor de HÉCTOR OYUELA PATERNINA.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El abogado defensor a quien se le sustituyó poder para participar en la diligencia, replicó la postulación expuesta en la demanda.

2. El Fiscal Delegado consideró que la sentencia no debe casarse, porque el Tribunal para revocar la absolución acudió a la declaración de la víctima, en la que señaló como su padrino la hizo objeto de tocamientos cuando su abuela la dejó a su cuidado mientras iba a misa, calificando insuficientes para minar su credibilidad, algunas divergencias que aparecen en las versiones que previamente suministró a su progenitora y otros profesionales de la salud.

La incriminación fue concreta, reiterativa y aquellas personas coincidieron en lo esencial de los hechos puestos en conocimiento por C.R.O, siendo su relato de especial importancia en casos de este tipo conforme lo decantado por la jurisprudencia. Esa narración se corroboró con prueba científica, descartándose así una presunta inducción de su progenitora quien ante esta evidencia, confirmatoria de sus sospechas, optó por entablar la denuncia sin advertirse direccionamiento para perjudicar a alguien que se estableció en la actuación, gozaba de excelente reputación social.

Ahora, la posibilidad de otros encuentros sexuales de la infante resulta inane para desvirtuar el compromiso penal del acusado, en tanto C.R.O. fue clara al mencionar que esto ocurrió luego del abuso por él perpetrado, del que en todo momento lo señaló responsable, sin avizorarse razones para que hubiese sido mendaz al respecto. Por consiguiente, el desechar las consideraciones consignadas en la pericia psicológica, acerca de la presencia de dudas, no implica que la postura del ad quem sea equívoca en tanto ese dictamen no puede catalogarse, por sí mismo, infalible.

3. El representante de víctimas indicó que el yerro invocado no se configuró y pidió no casar el fallo. Destacó la ausencia de motivos para que la menor efectuara una sindicación caprichosa por un acto de naturaleza tal que por su edad escapa a su comprensión, en contra de alguien de quien no puede predicarse animadversión.

Acotó que la acusación de la Fiscalía no fue arbitraria, al estar respaldada por pruebas

allegadas por expertos, sin que pueda censurarse a su progenitora por las sospechas iniciales que tuvo sobre el posible abuso, como quiera que es una desafortunada realidad que los niños y niñas con frecuencia son víctimas de ataques sexuales.

4. Por último, la Procuradora Delegada ante esta Corporación solicitó casar la sentencia al encontrar válidos los argumentos de la censura. Sostuvo que el testimonio del experto de la defensa puso en tela de juicio la fiabilidad de la menor, al hallar inconsistencias en los aspectos intrínsecos y extrínsecos de las distintas versiones que rindió, de este modo, por no tenerse en cuenta esta opinión, se cercenó la prueba y también por no cotejarse el asidero de su relato.

El Tribunal, para descartar la tesis que llevó a la absolución, cuestionó que el a quo no hubiese contrastado los factores de introversión y extroversión observados en el carácter de la perjudicada, al igual que ciertas discordancias en su incriminación, circunstancias que, precisamente, fueron puestas de relieve por aquel perito, lo cual no podía pasar desapercibido dentro de la ponderación global del acervo probatorio y resaltó el Ministerio Público el contenido de su dictamen donde destacó como en la entrevista inicial no se acudió a los protocolos propios de esta clase de casos. Entonces, las divergencias expuestas por el psicólogo de la defensa dejan sin piso el testimonio de C.R.O. y el análisis que sobre el mismo realizó esa Colegiatura, por no haber existido la posibilidad de un interrogatorio cruzado orientado a corroborar el alcance de sus manifestaciones previas al juicio, al limitarse este al cuestionario remitido por la Fiscalía y porque las preguntas allegadas por la defensa se calificaron «inconducentes» por la defensora de familia. Por ende, considera, las pruebas denunciadas cercenadas adolecen de falsos juicios de identidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no casará el fallo recurrido al advertir, como lo hizo el Tribunal, que en este asunto confluyen los requisitos consagrados en la normatividad procesal penal para proferir

condena. Las razones de este diagnóstico, son las siguientes:

1. El falso juicio de identidad se configura cuando el juzgador al apreciar los medios de prueba se aleja de su literalidad, distorsionándolos, ya bien sea por adición, cercenamiento o tergiversación, haciéndole producir efectos que no se derivan de su estricto contenido literal. Bajo esta perspectiva, para acreditar la configuración del vicio se requiere comparar la materialidad de la prueba con lo que el sentenciador dijo de ella, pues este elemental cotejo resultaría suficiente para mostrar, sin ambages, dónde radica la eventual desfiguración. Además, debe evidenciarse la trascendencia del yerro para desquiciar la estructura del proveído atacado, esto es, si corregido el error, la prueba debidamente valorada en conjunto con las demás arrojaría una declaración de justicia distinta.

Varias de estas pautas metodológicas se cumplieron en el libelo mientras que otras no, en especial, en lo atinente a la repercusión del vicio denunciado y que tan solo es aparente, porque el mismo únicamente responde al criterio subjetivo de la defensa. Aun así, de acuerdo con los fines de la casación que funge como control constitucional y legal de las decisiones proferidas por la judicatura, en pos de la vigencia de los derechos fundamentales y a tono con la garantía de doble conformidad de la condena, la situación demanda un estudio de la controversia planteada que desde esta modalidad de infracción permite constatar como la tesis del Tribunal se compadece con las pruebas aportadas al plenario, incluidas aquellas allegadas por la defensa, sometidas todas a discusión y debate.¹

2. La prueba que en esencia se atribuye cercenada (señalamiento que encontró eco en la delegada de la Procuraduría) es el dictamen del perito de la defensa Diego Armando Heredia Quintana. En este aparece como la víctima contaba con seis años para la fecha en la que se realizaron los exámenes propios de la etapa investigativa, dando cuenta el psicólogo de la dificultad que reviste la valoración del testimonio de menores de edad por su poca producción lingüística, siendo necesario acudir a diversos protocolos de entrevista forense. El experto mencionó algunos y llamó la atención en que el examen de sus relatos debe

trascender a la evaluación de su consistencia interna.

Acotó que como en el informe de la psicóloga del Hospital César Uribe Piedrahita, Juliana Marcela Soto Sepúlveda, no aparece el método empleado, es inoperante cualquier aproximación al ser incierto si aspectos vinculados a la narración del hecho provinieron de la niña, su madre o de ella como profesional que intervino en la entrevista. Allí se anotó que la infante era extrovertida en contravía a lo referido en ese sentido por su progenitora, replicándose esa discrepancia en lo atinente al número de veces en que se dio la conducta y el marco temporal expuesto en otros escenarios, a lo que se suma que las preguntas realizadas fueron sugestivas e inductivas.

De otro lado, en cuanto al informe rendido por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Claudia María Cadavid Otálvaro, la entrevista en que se apoyó fue realizada un año después de aquella valoración inicial. Se describe la metodología empleada y consigna que los hechos de los que se acusa a HÉCTOR OYUELA PATERNINA solo ocurrieron una vez, de igual modo, también acaecieron con otras personas respecto de las cuales no se hacía alusión alguna en el expediente.

Luego de reseñar literatura especializada acerca de las variables que deben incluirse en la entrevista forense, destacó el perito como en términos de consistencia externa el material disponible se ofrecía reducido: si bien existen versiones dadas por la madre, abuela y docente de la menor junto con el examen sexológico, «los mismos no unifican criterios frente a la ocurrencia de un acceso carnal abusivo», pues aunque este último reporta desgarró himeneal antiguo no es posible establecer que sea consecuencia de la manipulación denunciada ante las autoridades. Para el experto, hay interrogantes sobre la situación que generó mal olor en los genitales de la infante, al desestimarse encuentros frecuentes entre ella y su presunto agresor, y tampoco sus profesoras dieron cuenta de alteraciones en su comportamiento, contrario a lo informado en la noticia criminis.

Así, concluyó que no era posible dictaminar la credibilidad de C.R.O al no registrarse en audio o video su narración y aun cuando podía tener coherencia interna, ese es tan solo uno de los aspectos analizados con dicho cometido.

3. Frente a esta prueba, el ad quem señaló que no era pertinente porque el psicólogo en cuestión no auscultó de forma directa a la víctima. Consideró que su opinión no superaba lo abstracto y pese a las observaciones a la labor cumplida por la psicóloga Soto Sepúlveda, lo cierto es que el relato suministrado por la ofendida en el juicio oral resultaba verosímil, siendo intrascendentes las críticas efectuadas a su entrevista.²

Por consiguiente, para la recurrente, el Tribunal cercenó el dictamen, «medio probatorio [que] proporcionó información valiosa en cuanto a un análisis psicológico experto de la versión de la menor y de la prueba pericial psicológica allegada por la Fiscalía», al ser descalificado por ausencia de inmediación del profesional con la ofendida, cuando estos pueden recaer en un estudio ex post de la situación investigada, por ejemplo, partiendo de documentos aptos para edificar conclusiones de carácter científico o técnico concatenadas en un ámbito fáctico determinado.

De igual manera, dice, se cercenó la prueba al extraerse de ella apartes de los hallazgos y conclusiones, «sectorizando, es decir, descontextualizando la información», al darle el ad quem prevalencia al relato de la menor obviando las inconsistencias advertidas en la pericia, negándose a «verificar si existieron esas falencias en torno a la coherencia interna y externa».

A continuación, pasa a relacionar las divergencias aludidas en el dictamen que, desde su punto de vista, le restan validez al testimonio de C.R.O., dirigiendo su crítica al conjunto de las versiones que brindó acerca de la comisión de los hechos sin hacer distinción -en ningún caso- de si se trataba de prueba directa o de referencia:

3.1. Como punto de partida, transcribió apartes de su declaración en el juicio donde narró el

episodio de abuso perpetrado por HÉCTOR OYUELA PATERNINA, ocurrido en dos ocasiones en el mismo día, llegando a sangrar después por la cola, pese a lo cual no sintió dolor.

Luego, trae a colación que la señora Yusneidis Osorio Agudelo, su progenitora, reportó que días previos a la denuncia al indagar a la niña sobre si había sido objeto de tocamientos ésta le respondió afirmativamente, señalando a su padrino quien la penetró y le pidió que le practicara sexo oral, además la amenazó con que si decía algo «le iba a mochar la cabeza como a los gallos y a los burros». Le refirió que ello pasó dos veces ese día, no obstante, en el contrainterrogatorio, al ponérsele de presente la denuncia, reconoció que allí dijo que la niña le comentó que al colocarle el procesado el pene en su vagina sintió mucho dolor y que en otra oportunidad le había rozado con el su cola, igualmente que fueron tres veces en un mismo día las ocasiones en las que la violentó.

A continuación, reseña que C.R.O. a la psicóloga Juliana Marcela Soto Sepúlveda en entrevista del 26 de junio de 2012, le manifestó que una vez en que su abuela fue a misa la dejó en el café internet regentado por su padrino para que la cuidara, pero éste la llevó a su casa donde abusó de ella aproximadamente por dos horas, tocándole la vulva, cadera y senos, le besaba todo su cuerpo por lo que lloraba, tapándole la boca al tiempo que le decía que era muy linda y que cuando creciera iba a ser su mujer. La penetró, lo cual le ocasionó bastante dolor y la infante simuló varias posiciones coitales a las que dijo fue sometida, posteriormente regándole un líquido viscoso en la vulva, vistiéndola, sin limpiarla ni bañarla. Esto acaeció un solo día en el que la tocó tres veces.³

A su vez, a la psicóloga Claudia María Cadavid Otálvaro el 10 de octubre de 2013, le contó que mientras su abuela asistía a misa la dejó en el negocio de su padrino, éste lo dejó a cargo de un amigo con el fin de conducirla hasta su casa donde le expresó que era muy linda, la desvistió, la tocó, amenazándola de muerte para que no le informara a nadie y la penetró, lo que le dolió mucho, él le tapó la boca para que no llorara ni gritara pues al lado vivía una de sus tías, la vistió, le compró un helado y le dio \$2.000. Posteriormente, ese día,

la llevó de nuevo a su casa, le hizo lo mismo, luego le dio pizza y le regaló \$20.000. Su abuela la dejó allí hacia las 6:00 p.m. y le contó lo sucedido, pero ella le dijo que callara, anunciándole que no lo iba a denunciar, después se fue a vivir con su mamá quien empezó a preguntarle al respecto sintiendo mucha vergüenza, hasta que le contó y ella sí acudió a las autoridades. También señaló que esa situación se dio con otros vecinos de la cuadra.⁴

De otra parte, al médico legista David Pulgarín Maya, su progenitora le comentó que la menor había sido ultrajada hacía más de un año y que el responsable era alguien conocido, ella no le quería contar y tenía miedo de ir donde esa persona a pesar de que era muy especial. Por su lado, la niña identificó a ese individuo, de quien dijo le dio besos, tocó sus genitales, le metió el dedo y «la ponía a que le chupara el pipí», además le dio \$2.000.⁵

Por último, Mariela de Jesús Ríos, abuela de C.R.O., declaró que no le constaba la situación porque no le vio nada en sus pantalones ni que estuviese agobiada, tampoco tuvo quejas al respecto. La dejó dos veces al cuidado de HÉCTOR OYUELA PATERNINA en el negocio de internet que éste administraba durante lapsos cortos para ir a misa y al comunicarle la madre de la niña que había sido abusada, pensó que pudo haber sido su hijo Camilo, al vivir él en su residencia, descartando al implicado como responsable e interrogó a su nieta pero ella no le reveló nada, solo agachaba la cabeza. En alguna ocasión, notó un flujo extraño en su ropa por lo que acudieron al médico, quien lo atribuyó al clima o malas posturas, sin que la infante le informara dolor o comezón cuando la bañaba.

3.2. Ante este panorama, la casacionista retomó la valoración probatoria del ad quem, quien resaltó como la víctima declaró que durante la época en que vivía con su abuela y asistía a la guardería “Condorito”, en dos oportunidades diferentes durante un mismo día, en casa de su padrino HÉCTOR, éste le tocó los senos, la cola y «la cogolla», es decir la vagina, no había nadie más, las agresiones fueron de día sin recordar la hora y que comunicó lo sucedido a su progenitora y a su abuela. Puso de relieve que en el interrogatorio no se impugnó su credibilidad, ni se refrescó memoria ante hipotéticas

divergencias con narraciones anteriores y ya que la menor compareció a juicio, su versión no era prueba de referencia.⁶

Pese a que la juez a quo soportó la absolución fundada en la insuficiente validación del relato suministrado por la niña con otras pruebas y en particular por inconsistencias asociadas al lugar de comisión de los hechos, el número de ocasiones en que se dio la conducta abusiva y su real perpetración por parte del acusado, para el Tribunal lo cierto era que C.R.O. aseveró que la agresión se dio en casa de su padrino, donde éste la llevó cuando su abuela acudía a una celebración eucarística sin que hubiese mencionado en el juicio circunstancias tales como si su tía vivía al lado, a lo que aludió la defensa al invocar indefinición sobre el punto. Pudo impugnarse su credibilidad de cara a posibles manifestaciones previas con miras a establecer la identidad de aquella o si se trataba de otro familiar a quien se refiriera de esa forma, de ahí que la eventual ambigüedad no desvirtuase la reiteración del señalamiento. Su descripción la catalogó rica en detalles y el ad quem descartó que obedeciera a la fantasía.⁷

En cuanto a la inexactitud sobre las ocasiones en que fue abusada, advirtió que la acusación no se formuló por un concurso homogéneo de ilicitudes, aun cuando del relato de la ofendida se infiera que fue atacada en varias oportunidades durante el mismo día. De igual modo, para la juez de primera instancia no se dilucidó la introversión de la pequeña frente a la extroversión, según se anotó en el informe pericial de la defensa, sin embargo, la Colegiatura notó que la niña mostró timidez al contar el episodio y sus ascendientes también notaron ese comportamiento. Tampoco se especificó cuál era la imprecisión en el ámbito temporal del injusto y pese a que no hay certeza del día de su consumación, ello se explica en que los hechos se descubrieron casi dos años después, lo que pudo incidir en la rememoración de la fecha.⁸

Para la demandante, esta valoración pretermite múltiples contradicciones, dándosele al testimonio de C.R.O. «un alcance que la prueba no tiene al apreciarla como verosímil y

coherente» y se queja de que el Tribunal no haya ratificado el criterio inicial acerca de la ausencia de corroboración de la incriminación con los demás elementos de juicio, como lo detectó la juez a quo, en tanto en su concepto es manifiesta la incertidumbre en lo atinente a: i) las veces en que sucedió el presunto el hecho, ii) si era de día o no, iii) si la supuesta afrenta le causó dolor y iv) cuáles fueron con exactitud las partes de su cuerpo que le fueron tocadas.

4. De esta forma, contextualizado el ámbito en que discurre la inconformidad de la censora con el proveído de segundo grado, ha de iniciarse precisando que tal y como lo vislumbró el ad quem, la declaración de la víctima recibida en el juicio oral fue clara e inequívoca en lo concerniente a la materialización de los hechos jurídicamente relevantes endilgados en la acusación, por lo que frente a la misma, no hay reparos tratándose de la consistencia del relato brindado en aquella oportunidad:

«PREGUNTADO: Cuál es tu nombre completo. CONTESTÓ: C.R.O. PREGUNTADO: C. cuántos años tienes. CONTESTÓ: Nueve. PREGUNTADO: Sabes cuál es tu fecha de nacimiento. CONTESTÓ: El 30 de agosto de 2005. PREGUNTADO: Dónde vives. CONTESTÓ: En El Castillo. PREGUNTADO: Sabes la dirección, el número exacto. CONTESTÓ: Sí, calle 4 2-20. PREGUNTADO: Estás estudiando. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: En qué año estás. CONTESTÓ: Cuarto. PREGUNTADO: En qué colegio estudias. CONTESTÓ: Institución Educativa Divino Niño. PREGUNTADO: Cómo se llaman tus padres. CONTESTÓ: Carlos Alberto Ríos y Yusneidy Osorio Agudelo. PREGUNTADO: Qué hacen tus padres. CONTESTÓ: No sé. PREGUNTADO: Cuántos hermanos tienes. CONTESTÓ: Dos. PREGUNTADO: Son mayores o menores que tú. CONTESTÓ: Uno es mayor y la otra es menor. PREGUNTADO: Con quién vives en estos momentos. CONTESTÓ: Con mi mamá. PREGUNTADO: Tú conoces las partes íntimas de tu cuerpo. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Cuáles son las partes íntimas de tu cuerpo. CONTESTÓ: La cocolla. [...] PREGUNTADO: Explícanos que es la cocolla. [...] CONTESTÓ: La vagina. PREGUNTADO: Sabes qué es el pene. CONTESTÓ: El pipí. PREGUNTADO: Tú has estado en otras instituciones. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Estuviste

en la guardería. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Cómo se llama esa guardería. CONTESTÓ: Condorito. PREGUNTADO: Alguien ha tocado tus partes íntimas. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Qué persona te tocó en tus partes íntimas. CONTESTÓ: Mi padrino. PREGUNTADO: Cómo se llama tu padrino. CONTESTÓ: HÉCTOR. PREGUNTADO: Sabes los apellidos. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Señálanos las partes de tu cuerpo que han sido tocadas. CONTESTÓ: (Señaló los senos, la vagina y las nalgas). PREGUNTADO: Dices que esa persona es tu padrino. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Cuántas veces te tocó. CONTESTÓ: Dos veces en un día. PREGUNTADO: Solo sucedió ese día. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Cuando él te tocó, tú estudiabas. CONTESTÓ: Estaba en Condorito. PREGUNTADO: Había alguien más. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Le contaste a alguien lo que sucedió. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: A qué persona le contaste. CONTESTÓ: A mi mamá y a mi abuela. PREGUNTADO: Cómo se llama tu abuela. CONTESTÓ: Mariela Ríos. PREGUNTADO: Recuérdanos el nombre de tu mamá. CONTESTÓ: Yusneidy Osorio Agudelo».9

4.1. Una de las disparidades que la defensa se ha empeñado en resaltar con apoyo en el dictamen del psicólogo Diego Armando Heredia Quintana, es la contradicción que surge en la actuación al catalogarse el carácter de la niña como introvertido (según lo indicó su progenitora «durante las diferentes entrevistas»)10 o extrovertido (en los términos consignados en los hallazgos de la entrevista recibida por la psicóloga del Hospital César Uribe Piedrahita).11 Empero, al observar el registro correspondiente a su intervención en el juicio oral, se avizora que ese antagonismo se explica en la naturaleza de la afectación causada:

En efecto, C.R.O. se percibe descomplicada, espontánea e incluso la recepción de su testimonio por cuenta de esa actitud se dio en un ambiente que hasta podría describirse lúdico. Aun cuando se mostró atenta a las reacciones de su progenitora al inicio de su dicción -pues mientras era interrogada dirigía su mirada hacia ella- tal circunstancia, advertida por los presentes en la recepción de la prueba, condujo a que se acordara -luego de que se le solicitara a la menor que aclarara que era la «cocolla»- que Yusneidis Osorio

Agudelo se retirara del recinto, lo que no podía ser de otra manera porque también estaba convocada al proceso como testigo.

A continuación, desde momento en que se abordó el tema del abuso, el semblante de la niña cambió ante la mayoría de respuestas,¹² lo que requirió que la defensora de familia iniciara un diálogo informal con la deponente para que pudiese afrontar las preguntas relacionadas con el conocimiento de sus partes íntimas y del lugar donde fue objeto de tocamientos. Su talante alegre y jovial mutó a tímido, sobre todo al señalar las zonas manipuladas, lo que hizo mediante lenguaje no verbal junto con una sonrisa retraída, en el entorno de confianza y empatía generado por aquella funcionaria al instante de transmitir el cuestionario.¹³

Entonces, en ese contexto no es incompatible la presencia simultánea de extroversión e introversión. La pregonada ambivalencia tan solo es sugestiva, no desdibuja el alcance de su incriminación y explica las observaciones consignadas sobre el particular por la psicóloga Juliana Marcela Soto Sepúlveda en su informe del 26 de junio de 2012, incorporado por esta profesional durante el juicio oral:

«C. es una niña extrovertida y proactiva, posee un lenguaje claro y fluido; responde de manera adecuada a la interacción con las demás personas.

Durante toda la entrevista la menor manifestó timidez y angustia por su relato, sin embargo en lo narrado había coherencia y sostenimiento de ideas a través del diálogo [...].¹⁴

En condiciones afines, dicho aspecto fue reseñado por la psicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal, Claudia María Cadavid Otálvaro:

«EXAMEN MENTAL [...] Se observó una niña con adecuada presentación personal. Actitud de colaboración. Se expresó con un lenguaje claro, coherente y fluido. Atención sin

alteraciones. Se encuentra orientada globalmente. Sensación y percepción: no se observan ni reportan alucinaciones e ilusiones. Pensamiento: concreto, sin alteraciones, acorde para su desarrollo. La inteligencia impresionó clínicamente promedio, coherente con su nivel sociocultural y educacional. Afecto: modulado, ánimo eutímico durante la entrevista; no obstante, hace alusión a malestar emocional cuando recuerda o narra los hechos denunciados: “cuando me acuerdo de eso me da rabia y entonces digo es mejor pensar en algo bueno como en un pastel. No me gusta hablar de eso porque me da mucha pena”, de hecho cuando en la entrevista relata lo sucedido se tapa la cara y se agacha, demostrando vergüenza para hablar de ello. Memoria: sin alteraciones. Conductas alimentarias y de sueño, reportadas como normales».15

4.2. De otro lado, el cargo único pasa por alto que la opinión del experto de la defensa se basa en las manifestaciones previas al juicio de C.R.O., por contera, los asertos con los que se busca demeritar la credibilidad otorgada a su declaración, no se compaginan con la naturaleza del testimonio como medio de prueba en la dinámica de la Ley 906 de 2004. Es decir, en este asunto, las deficiencias endilgadas a la versión de la víctima provienen de una valoración paralela a la del Tribunal en cuanto al alcance de las diferentes manifestaciones que hizo a terceros, matizándose el contenido de aquella narración, o sea, la del juicio oral.

En ese orden, las reputadas divergencias si se consideraban de entidad tal que le restaban validez persuasiva a dicho relato debieron aclararse a través del escenario procesal correspondiente, el contrainterrogatorio, a fin de hacer vigente el derecho de contradicción dentro de las limitaciones propias en la recepción de la prueba tratándose de actuaciones judiciales seguidas por delitos sexuales en contra de menores de edad, en las que se restringe la posibilidad de confrontación plena ante el riesgo de revictimización que conllevaría un cara a cara con el procesado (CSJ SP 3332-2016). Y en las diligencias se dieron las condiciones para que la defensa exhibiera en ese instante las diferencias, no obstante, este se desarrolló de la siguiente forma:

«Su señoría, procede la defensoría de familia a realizar el cuestionario formulado por parte de la defensa a la menor de edad. PREGUNTADO: Tú reconoces las partes de tu cuerpo.

CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Qué nombre le das tú a las partes de tu cuerpo. CONTESTÓ: Senos, vagina y cola. PREGUNTADO: C., sabes diferenciar los billetes. CONTESTÓ: Sí [...].

PREGUNTADO: C. Tú sabes que es introducir. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Sabes que es la sangre. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: De qué color. CONTESTÓ: Roja. PREGUNTADO: Te ha salido sangre por alguna parte de tu cuerpo. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: En qué parte. CONTESTÓ: Por la cola. PREGUNTADO: Le tienes miedo a la sangre. CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: Cuando eso pasó fuiste al hospital. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Qué causó que te saliera sangre por la cola. CONTESTÓ: Cuando me estaba bañando [...] cuando me estaba restregando. PREGUNTADO: Recuerdas haber ido al hospital. CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: Tú has ido a la Fiscalía. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Con quien fuiste. CONTESTÓ: Con mi mamá. PREGUNTADO: Sabes en dónde queda ubicada la Fiscalía.

CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Y quién te atendió. CONTESTÓ: Un doctor. PREGUNTADO: Sabes que es una residencia. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Tú conoces la casa de HÉCTOR. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Dónde queda ubicada esa casa. CONTESTÓ: Pueblo Nuevo.

PREGUNTADO: Cuántas veces has ido a esa casa. CONTESTÓ: Varias veces. PREGUNTADO: Sabes un número exacto, si son cinco, o diez. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Dónde vives y con quién. CONTESTÓ: Vivo en el barrio Castillito con mi mamá. PREGUNTADO:

Anteriormente con quién vivías. CONTESTÓ: Con mis abuelos y mi papá. PREGUNTADO: Tienes un mejor amigo. CONTESTÓ: Tengo una mejor amiga que se llama Heidi.

PREGUNTADO: A qué juegas con tus amigos [...]. CONTESTÓ: Pisar Clever, escondido, el cogido. PREGUNTADO: Qué es el cogido. CONTESTÓ: El cogido es cuando cogen a una persona y esa persona que cogen tiene que salir corriendo a coger a los demás.

PREGUNTADO: Cuántos amigos tienes. CONTESTÓ: Cinco, niñas. PREGUNTADO: Tú viviste sola con tu abuela. CONTESTÓ: Con mi abuelo. PREGUNTADO: Con tú abuelo o con tú abuela. CONTESTÓ: Con mi abuelo, con mi abuela y tíos y tías. PREGUNTADO: Y dónde estaba tú mamá. CONTESTÓ: Mi mamá trabajaba. [...] PREGUNTADO: Qué personas vivían donde tu

abuela. CONTESTÓ: Mi tío, mi tía, mis tres primas, mi abuela y mi abuelo. PREGUNTADO: Con quién dormías tú. CONTESTÓ: Con mi abuela. PREGUNTADO: Tienes un tío que se llama Camilo. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Cómo era tu relación con el tío Camilo. CONTESTÓ: Iba bien. PREGUNTADO: Te regañaban en la casa de tu abuela. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: C., tú sabes manejar el computador. CONTESTÓ: Si. PREGUNTADO: Sabes entrar a internet. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Que te gusta de las páginas de internet. CONTESTÓ: Juegos free [...]. Gracias. Su señoría, no más preguntas. Por parte de la defensora de familia: [...] Señora juez, quiero dejar constancia que las preguntas que se le efectuaron a la menor de edad C.R.O. formuladas por parte de la defensa, muchas de ellas no me parecen conducentes, toda vez que la menor en este momento tiene nueve años de edad y en el momento en que ocurrieron los hechos no tenía conocimiento de temas como entrar en internet, manejar el computador [...] a la edad que tiene la menor es algo normal, de su diario vivir y que enseñan en las instituciones educativas, gracias señora Juez». 16

Nótese que no hubo una secuencia lógica y si bien se aludió a la posibilidad de que la menor hubiese rendido entrevistas, ello no trascendió. Los cuestionamientos fueron dispersos al punto que algunos motivaron la constancia de la defensora de familia, en los términos transcritos, lo que en ningún momento constituyó obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa.

A continuación, en el redirecto y la réplica, tampoco se hizo referencia a las manifestaciones realizadas por C.R.O. previo al juicio oral, las cuales obraban en las entrevistas descubiertas en la acusación:

«Preguntas formuladas por parte de la Fiscalía. PREGUNTADO: C. cuando tu padrino te tocó, dónde ocurrió. CONTESTÓ: En la casa de él. PREGUNTADO: Recuerdas la hora. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Era de día, era de noche. CONTESTÓ: De día. PREGUNTADO: Había más personas en esa casa. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Cuando hiciste referencia a que te salió sangre, en ese momento en que estuviste en la casa de tu padrino te salió sangre.

CONTESTÓ: No sé, no me acuerdo. PREGUNTADO: Cuando nos contaste que te salió sangre por la cola, esto fue antes de que tu padrino te tocara o después. CONTESTÓ: Después de que él me tocó. PREGUNTADO: Cuánto tiempo después, pasaron unas horas o unos días, recuerdas. CONTESTÓ: Pasaron días. [...] No más preguntas su señoría por parte de la Fiscalía.

Se continúa efectuando las preguntas hechas por la defensa para la menor de edad.

PREGUNTADO: C. cuando ocurrió el evento que tú botaste sangre, eso ocurrió en qué parte, estabas en tu casa o dónde vivías en ese momento. CONTESTÓ: Donde mi abuela.

PREGUNTADO: Le contaste a alguien que eso te ocurrió. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO:

Recuerdas si era doloroso o no. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: No era doloroso. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Tú mamá estaba pendiente de ti toda la semana. CONTESTÓ: Sí.

PREGUNTADO: Por qué motivo tú mamá no estaba los fines de semana contigo. CONTESTÓ: Porque trabajaba [...]. Gracias. No más preguntas su señoría.¹⁷

En estas condiciones, la defensa tuvo oportunidad de dilucidar la repercusión de las discordancias advertidas en la narración de C.R.O. pero no lo hizo, optando por recabar en el particular fuera de ese espacio.

4.3. Ahora, si la Sala anotó que el falso juicio de identidad por cercenamiento denunciado tan solo era aparente, lo es porque debe reconocerse que el Tribunal incurrió en una impropiedad al desechar la pericia psicológica de la defensa por impertinente,¹⁸ en tanto el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 consagra que «el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio probatorio deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito» (subrayas de la Sala). Es más, la jurisprudencia ha dicho al respecto:

«Con frecuencia, principalmente en este tipo de casos, el dictamen pericial recae sobre la declaración de un menor de edad (CSJ SP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423, entre otras). En estos eventos, pueden presentarse variables como las siguientes: (i) si el niño declara en el juicio oral, es razonable que el dictamen recaiga sobre esa versión; (ii) cuando ello sucede, no se discute que la versión del menor constituye uno de los medios de prueba en que puede basarse la sentencia; (iii) la opinión del experto puede referirse a una declaración rendida por el niño por fuera del juicio oral (ídem); y (iv) si la parte pretende que esa versión sea valorada como prueba, debe solicitar su incorporación con apego a las reglas de la prueba testimonial [...]» (CSJ SP 2709-2018).

Así las cosas, el experticio no podía relativizarse al recaer en circunstancias atinentes al tema de prueba que soportaba la tesis de la defensa (noción depurada en CSJ SP 5785-2015) y que hacía énfasis en las manifestaciones previas de C.R.O.

De igual modo, desacertó el Tribunal al asumir que esas exposiciones únicamente podían ingresar al trámite por vía de impugnar su credibilidad en el juicio, porque si bien esa es la regla general conforme el debido proceso probatorio que rige la práctica del testimonio ante la existencia de manifestaciones previas por parte del deponente (artículos 347, 393, literal b) y 403, numeral 4.º, Ley 906 de 2004), dicha conceptualización encuentra excepción en los procesos adelantados por delitos que atentan contra la libertad e integridad sexual de menores de edad. En estos eventos, las manifestaciones a terceros de niños, niñas y adolescentes son admisibles como prueba de referencia aun cuando comparezcan a declarar. Sobre este entorno, se ha pronunciado la Corte:

«A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala

considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio *pro infans*, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan rememorar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un

niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario». (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056)

Y es que en estos asuntos: «(i) la práctica de múltiples interrogatorios o exámenes orientados a la obtención de pruebas pueden afectar la integridad psíquica del menor que tiene la calidad de víctima de abuso sexual u otros delitos graves [...], (ii) el Estado tiene la obligación de proteger a los niños, especialmente cuando se encuentran en esa particular situación de vulnerabilidad -ídem- [y] (iii) la protección de los derechos fundamentales al interior del proceso penal le está confiada al Juez, sin perjuicio de las obligaciones y los límites que deben ser observados por las partes [...]» (CSJ SP 2709-2018).

No pueden pasar desapercibidas las dificultades que acarrea el proceso de rememoración de sucesos de honda afectación para los menores de edad, ni la repercusión de un interrogatorio riguroso en su adecuado desarrollo como el que resultaría de impugnarse su credibilidad, al ser factible que en este se susciten las condiciones para una eventual revictimización. En el presente asunto, por ejemplo, las manifestaciones previas se realizaron con una anterioridad significativa frente al instante de ocurrencia de los sucesos: estos se dieron en el 2010, cuando C.R.O. tenía cinco años,¹⁹ las entrevistas se recibieron el 26 de junio de 2012 y el 13 de septiembre de 2013, y su declaración el 1.º de junio de 2015, cuando ya tenía nueve. De ahí la teleología de la Ley 1652 de 2013 que reglamenta el recaudo y alcance de dichas entrevistas, normatividad vigente para el momento en que se surtió el juicio en este caso.

Empero, pese a estas falencias en el proveído atacado, lo cierto es que las mismas no tienen la trascendencia de infirmar la declaración de justicia allí contenida, toda vez que el Tribunal no cercenó el contenido del dictamen psicológico aportado por la defensa ni las manifestaciones que C.R.O. realizó a terceros por fuera del juicio oral. Lo anterior, porque a la postre agotó en la sentencia un detenido estudio de esos elementos de convicción con miras a rebatir las consideraciones del fallo absolutorio donde se adujo la presencia de

incertidumbre por todas las divergencias a las que se ha hecho referencia, las cuales, cotejadas en su verdadera dimensión dentro del análisis global de las pruebas aportadas al proceso, surgían insuficientes para enervar la contundencia del señalamiento efectuado en contra de HÉCTOR OYUELA PATERNINA, respaldado por prueba científica, según se observa a continuación:

«a. Sobre el valor probatorio del testimonio de la menor

La víctima compareció a juicio, allí manifestó que durante la época en que asistía a la guardería “Condorito” y vivía donde su abuela, en dos oportunidades diferentes durante un mismo día, estando en casa de su padrino HÉCTOR, ubicada en el barrio Pueblo Nuevo, aquel le tocó los senos, la “cola” y la “cocolla”. Aclaró: (i) que llamaba “cocolla” a la vagina, (ii) que en el lugar de los hechos no había nadie más, (iii) que las agresiones se dieron durante el día pero no recordaba las horas, y (iv) que de lo sucedido informó a su madre y a su abuela [...].

[...] Como refirieron la juez y las partes, para analizar en debida forma el testimonio de la víctima es necesario someterlo al tamiz de la sana crítica y valorarlo en conjunto con los demás medios de prueba.

Lo anterior teniendo en cuenta que los testimonios de los niños víctimas de abuso sexual comportan una especial relevancia, entre otras razones, porque este tipo de delitos suelen llevarse a cabo en la clandestinidad, como sucedió en este evento, de modo que aparte del agresor, los menores se convierten en un número importante de ocasiones, en los únicos testigos directos de la agresión. Además, es común que el impacto de las conductas marque sus recuerdos y la forma en que los narran. Sin embargo, el solo hecho de aceptar la relevancia de la versión de la víctima no implica darle total credibilidad de espalda a los restantes elementos de juicio. En los siguientes puntos se analizará la correspondencia que (sic) se guarda entre el testimonio de CRO y las demás pruebas.

b. De la revelación del abuso y sugestión de la madre

Los argumentos de la sentencia de primera instancia parecen insinuar que el señalamiento de CRO contra OYUELA PATERNINA, fue indebidamente influenciado por Yusneidis Osorio Agudelo, madre de la pequeña.

La señora Osorio Agudelo rindió testimonio dando cuenta que detectó un olor extraño emanando de los genitales de la víctima, por lo cual contrastó la zona vaginal de aquella con la de su otra hija menor, y como advirtió ciertas diferencias, cuestionó a CRO respecto a si alguien la había agredido sexualmente. Pese a que la niña negó en varias oportunidades que algo hubiera sucedido, finalmente informó del proceder abusivo del procesado, el cual fue confirmado tras la valoración médico legal efectuada a la pequeña.

De forma que, aunque la revelación no fue del todo espontánea, tampoco hubo una indebida presión por parte de la progenitora. Es razonable que una madre se inquiete al percibir olores extraños en sus hijos, más si se trata de las zonas genitales de una pequeña de cinco años de edad [...].

[...] ninguna animadversión se probó por parte de la progenitora en contra del acusado, y el único interés que la movía era conocer la razón por la cual su hija presentaba rasgos en el cuerpo no propios para su edad. Por eso cuestionó a la menor respecto de los hombres cercanos con los que se relacionaba, como sus familiares (tío, abuelo y padre) y el procesado, padrino de bautizo. En ese orden, no puede inferirse que haya existido algún tipo de presión indebida por parte de Osorio Agudelo para que la menor señalara al acusado.

c. Respecto a la corroboración de la versión de la víctima

Otro argumento en el que la juez soportó su decisión absolutoria es que la información suministrada por la víctima no tuvo suficiente corroboración con las demás pruebas y por el

contrario se generaban dudas. Advirtió inconsistencias sobre el lugar de los hechos, el número de repeticiones de la conducta abusiva y su real perpetración por parte del procesado.

En relación al lugar de los hechos, la juez a quo concluyó que no había certeza de que sucedieron en la casa de OYUELA PATERNINA, pues la menor manifestó a la psicóloga Claudia María Cadavid Otálvaro, que una tía suya vivía en una casa contigua al lugar donde fue abusada, por lo que el agresor le tapó la boca. En contraste, según la sentencia, conforme a la declaración de la abuela de la pequeña, la única tía de aquella no residía en esa ubicación. Además, expresó que las pruebas de descargo daban cuenta de que la casa del acusado era un lugar constantemente visitado por clientes de la madre de aquel, reconocida cosmetóloga de la localidad.

La Sala debe reiterar que la testigo directa de los hechos jurídicamente relevantes es la víctima, quien siempre sostuvo que la agresión se perpetró en la casa del abusador, donde aquel la llevó luego de que su abuela le encomendara cuidarla mientras asistía a una ceremonia religiosa. Aunque su consanguínea dejó a CRO en el lugar de trabajo del acusado, un café internet, el agresor encargó del negocio a un amigo mientras se trasladó al sitio de los hechos.

Nótese que durante su testimonio, ninguna referencia hizo la niña en relación a los vecinos del acusado [...]. A pesar de lo anterior, y a fin de dar respuesta puntual a este asunto, debe tenerse presente que una valoración conjunta de los elementos de juicio permitiría señalar que se presentó una aparente inconsistencia entre lo declarado en juicio por la referida psicóloga y la menor, sin embargo, no hay lugar para darle la trascendencia otorgada por la primera instancia.

La referencia que la niña hizo sobre una tía que vivía contiguo a la casa donde ocurrieron los hechos, se trató de una circunstancia expuesta únicamente por la doctora Cadavid

Otálvaro, es decir que no hay ningún otro medio de conocimiento que lo corrobore. Más importante aún, es que no se profundizó ese tema en particular, así que no hay claridad respecto a la determinación concreta de cuál tía fue la señalada por la menor, o incluso, si tenía más tías. No se identificó o individualizó de ninguna manera a tal persona, no se especificó el grado de consanguinidad, ni la relación familiar por la que se vinculaba con la pequeña. Tampoco se expuso la razón por la cual CRO se refirió a ella como “tía”, a fin de establecer si realmente se trataba de una familiar [...].

[...] Sobre las pruebas de cargo, la primera instancia realizó un análisis general, sin determinar en concreto cuáles eran los medios de conocimiento que la llevaron a asegurar que el procesado tenía un buen reconocimiento social, que laboraba en un negocio que le exigía su presencia física constante, y que vivía con su madre, quien tenía un distinguido establecimiento de belleza en su residencia, ampliamente concurrido y reconocido.

La juez no puntualizó la trascendencia de aquel discernimiento, ahora, conforme el sentido de su decisión, se infiere que lo que pretendía decir es que no era posible que un lugar con tanta aglomeración de personas, como la casa del acusado, se pudiera llevar a cabo actos de tal tipo, además OYUELA PATERNINA no podía abandonar su puesto de trabajo.

La tesis de la juez a quo no tuvo en cuenta que la labor del procesado era atender un café internet, conforme expusieron Mariela de Jesús Ríos y Paula Andrea Hoyos Martínez, actividad en la que pudo ser suplido por algunos momentos. Nótese que la menor relató como el agresor dejó a un amigo encargado del negocio mientras la abusó.

Adicionalmente, el café internet quedaba a poco más de una cuadra de distancia del hogar del acusado, así lo expuso en juicio la señora Ríos, lo cual le permitió al procesado apartarse de su trabajo para cometer el delito sin que para ello necesitara invertir gran cantidad de tiempo dada la distancia de los lugares involucrados.

Si bien el negocio de la mamá del acusado podía ser muy concurrido, quedaba dentro de la

casa de habitación en un espacio delimitado según lo señalaron las señoras María Romelia Quiroz Taborda y Miryam Yaneth Gómez Acevedo. Conforme lo anterior, el resto del inmueble estaba destinado para sus habitantes, entre ellos el acusado, quien aprovechando la intimidad propia de la vivienda, llevó hasta allí a la víctima para accederla carnalmente, sin que fuera obstáculo que en una parte específica de la residencia se ejecutara una actividad comercial [...]. Así que la duda propuesta por la juez en relación al lugar de los hechos, carece de fundamento probatorio. Por el contrario, se recalca que la menor fue reiterativa al manifestar que la agresión tuvo lugar en la casa del acusado [...].

[...] Sobre el tiempo que duró el abuso, la abuela de la víctima estimó que fue poco más de media hora el periodo que dejó a su nieta con el acusado. Ese lapso era suficiente para que el acusado penetrara vaginalmente a la víctima si se tiene en cuenta que desde su lugar de trabajo, donde le encargaron el cuidado de la niña, hasta su hogar, donde sucedieron los hechos, hay poco más de una cuadra de distancia. Entonces, una vez en el sitio del abuso, no era necesario que la conducta se prolongara mucho tiempo para la consumación del injusto».

Y sobre la existencia de otros episodios de abuso:

«Durante el interrogatorio cruzado de la menor, ninguna alusión se hizo a que haya tenido algún tipo de contacto sexual con otros sujetos. Circunstancia que la juez expuso en su providencia sin determinar cuál era el soporte probatorio en concreto de tal conclusión.

La única alusión que eventualmente podría encajar en el argumento de la juez y que se ventiló en el juicio, fue la efectuada por la doctora Cadavid Otálvaro, ante quien la niña adujo que “eso” también sucedió con “Brayan” y otro “peladito” del que no recordaba el nombre, pues mientras jugaban, el más grande le dijo que se besaran en la boca. Según la profesional, la niña también refirió que ese hecho ocurrió con posterioridad al que involucra al acusado.

Sobre aquel dicho de la menor no se adentró en detalles, sin embargo, aquella fue clara ante la psicóloga al diferenciar que los dos hechos ocurrieron, y dio a entender que solo hubo besos en la otra situación relatada. Entonces, no hay lugar para sostener que el procesado no abusó de ella, ya que las conductas puestas de presente no son excluyentes, nótese que bien pudieron llevarse a cabo ambos. Adicionalmente, el único señalado de haber llegado a acceder carnalmente a CRO es precisamente OYUELA PATERNINA».20

4.4. Se transcriben in extenso las anteriores consideraciones, para recalcar que no puede predicarse que el Tribunal incurrió en un cercenamiento de las pruebas evocadas en la demanda de casación. Así, se denota que el supuesto vicio se plantea por la llana inconformidad de la libelista respecto del efecto concedido a las discordancias evocadas en la censura, descontextualizándose algunas expresiones desatinadas de esa Corporación que resultan intrascendentes para desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de la sentencia condenatoria.

Por ende, el falso juicio de identidad invocado no supera lo sugestivo, como quiera que las contradicciones anotadas en la pericia psicológica de la defensa fueron materia de profuso análisis a través de un ejercicio intelectual ausente en el fallo de primer grado. En este, la juez se limitó a reseñar los alegatos de las partes e intervinientes, transcribir la prueba documental aportada -incluida diversa prueba de referencia inadmisible- para culminar acogiendo de forma por demás lacónica el dictamen pericial de la defensa, sin hacer mención en su proveído de la declaración de C.R.O. rendida en el juicio.

En este aspecto, no puede la Corte dejar pasar por alto que además de las entrevistas que C.R.O. rindió ante las psicólogas del Hospital César Uribe Piedrahita de Cauca y el Instituto de Medicina Legal, las cuales, según se anotó, constituían prueba de referencia admisible, se incorporaron como documentos las entrevistas -no declaraciones como allí se cita- de Yusneidis Osorio Agudelo (denuncia y ampliación de denuncia)²¹ y Mariela de Jesús Ríos («declaración jurada»),²² sin repararse que estas no constituían una prueba autónoma.

En su momento, pese a la oposición de la defensa que de forma atinada señaló como los fines de esas exposiciones se restringían a refrescar memoria o impugnar credibilidad,²³ la juez a quo despachó desfavorablemente su observación so pretexto de que las entrevistas debían ser leídas e incorporadas por las deponentes, porque «el Ministerio Público ni yo las conocemos»,²⁴ valorándolas en la sentencia incluso con mayor énfasis que sus declaraciones.²⁵ Debe entonces recordarse que solo se catalogan como pruebas las que son practicadas en el juicio oral, público y con intermediación de las partes,²⁶ por consiguiente, aun cuando esas manifestaciones previas hayan sido documentadas tal circunstancia no les daba esa condición como de manera errónea lo asumieron en ese instante la directora de la audiencia, la fiscal y la delegada de la Procuraduría, sin que se hubiese tampoco configurado la posibilidad excepcional para que eventualmente ingresaran con esa connotación, esto es, cuando los testigos se retractan o modifican su versión anterior (CSJ SP 606-2017).

5. En suma, la denuncia por falso juicio de identidad es infundada porque este yerro surge de un ejercicio de confrontación objetivo-contemplativo, no por la descalificación de las inferencias obtenidas en el análisis de los elementos de convicción que se reputan alterados, lo cual obedece a una fase de examen objetivo-valorativa cuya vía adecuada de censura es el falso raciocinio. En otras palabras, no se puede confundir la prueba, con lo probado (Cfr. CSJ SP, 03 Dic. 2001, Rad. 11130).

Ahora, la facultad de aprehender el conocimiento necesario para proferir condena en detrimento de circunstancias opuestas a ese convencimiento no puede calificarse arbitraria, como lo entiende la demandante, pues precisamente es labor del funcionario judicial a través de los parámetros que rigen la sana crítica asignarle determinado mérito suasorio a las pruebas recaudadas durante el juicio oral, sin que en este caso se hubiesen demostrado vicios en esa apreciación más allá de la disonancia de pareceres.

Entonces, que el Tribunal descartara los asertos de la pericia psicológica de la defensa no significa que la hubiese distorsionado. Además, esta clase de dictámenes por sí mismos no contraen carácter definitorio de responsabilidad penal, no ostentan tarifa legal y conclusiones de este tipo solo le corresponden al juez, no a los peritos, después de la apreciación conjunta del acervo probatorio (CSJ AP, 27 Jun. 2007, Rad. 27478, CSJ SP, 03 Feb. 2010, Rad. 30612, CSJ SP 108-2019).

De hecho, se avizora confusión en la recurrente en punto de la teleología que rodea la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, toda vez que no basta con que en el proceso penal concurren contextos probatorios disímiles con relación a la probable ocurrencia de sucesos constitutivos de delitos y sus posibles responsables para predicar la presencia de incertidumbre, sino que en esos eventos es labor del operador jurídico desplegar un estudio integral de los elementos de convicción allegados a la foliatura que permita constatar la validez de uno u otro escenario y así, con apoyo en la libertad de formación del convencimiento sujeta a los postulados de la sana crítica, arribar a un diagnóstico que explique razonablemente lo acaecido, según acaeció en este asunto. En ese orden, conforme se anticipó, la Sala encuentra que las conclusiones del Tribunal se compaginan con las pruebas obrantes en las diligencias y con los parámetros normativos que orientaban su valoración, pese a las premisas en contrario enarboladas en la demanda:

5.1. Respecto a la crítica atinente a la presunta sugestión en la versión de la menor proveniente de su progenitora, es natural que Yusneidis Osorio Agudelo hubiese acompañado a su hija a las valoraciones que distintos profesionales de la salud le hicieron y en las que exteriorizó su señalamiento contra OYUELA PATERNINA, basta considerar su corta edad y la naturaleza de los hechos. Por eso, fue ella quien puso en conocimiento de la Fiscalía el suceso luego de notar por cuenta de olor fétido en la vagina de la infante (el cual puede generarse por distintas circunstancias distintas a abuso sexual), algo inusual en sus genitales: «se le notaba como si yo le viera como el cuellito así de la matriz de la niña, chiquito, pero no se le veía tapadito como se lo veía yo a la niña mía más pequeña»,²⁷ lo

cual se corroboró mediante examen sexológico.²⁸

También se ha cuestionado que hubiesen transcurrido aproximadamente dos años entre el momento en que se cometió el ilícito y la interposición de la denuncia penal, no obstante, al auscultar la declaración en el juicio de la señora Osorio Agudelo y de Mariela de Jesús Ríos, abuela de la infante, se observa que la progenitora de C.R.O. tuvo que ganarse durante un dilatado interregno su confianza para que le reportara el abuso a causa de su relación distante, pues debido a sus actividades laborales, fue criada por aquella desde que tenía cuatro meses de edad.²⁹ Su contacto era tan esporádico que incluso por ese motivo no pudo participar del bautizo de la niña y mucho menos en la selección de su padrino, HÉCTOR OYUELA PATERNINA, pese a que le pidió varias veces a la señora Ríos aplazar el evento al ser de su interés celebrarle una fiesta por el acontecimiento.³⁰

Así mismo, para la demandante la incriminación de C.R.O. en contra del acusado devela una «marcada influencia de la madre de la menor en casi todos los medios probatorios llevados a juicio por la Fiscalía», ya que la psicóloga del Instituto de Medicina Legal advirtió en su informe que la acompañó al instante de la valoración y porque la profesional no percibió la presencia de los rasgos comportamentales compatibles con abuso sexual de los que había dado cuenta.³¹

Pero al cotejar el contenido literal de la pericia, se colige que tales asertos surgen de su lectura distorsionada:

-No es cierto que «el relato de la menor fue acompañado por el de madre». En el acápite correspondiente al examen mental, se señaló:

«C. ingresó al consultorio por sus propios medios y en compañía de la progenitora; al explicarles el motivo de la entrevista aceptó voluntariamente quedarse a solas con la perito y colaborar con la misma».³²

-Tampoco es cierto que Yusneidis Osorio Agudelo le manifestó a la psicóloga Cadavid Otálvaro «la presunta sintomatología de la niña», toda vez que las referencias a ciertas actitudes asociadas con cambios emocionales obraban en los elementos recaudados en la investigación y estos fueron revisados por la perito para rendir su experticio (el cual se sometió al protocolo de evaluación básica de dicha institución vigente para ese entonces), citándose en su informe la ampliación de denuncia donde se hizo mención de esas circunstancias. Por eso, anotó en sus conclusiones:

«C. es una niña que posee un lenguaje acorde con su desarrollo evolutivo y no se encontró en ella un pensamiento fantasioso o alteraciones psicológicas que la lleven a mentir de manera compulsiva [...]. En el análisis del material recibido y en la información recopilada durante la entrevista forense, no se encuentran elementos que permitan afirmar que C. esté siendo influenciada por una tercera persona para declarar cosas en contra de una persona que para ella era significativa, como es el caso de su padrino [...]. De acuerdo con lo reportado por la madre y la misma examinada, para el momento actual C. no evidencia alteraciones emocionales o comportamentales significativas que estén interfiriendo con su funcionamiento global. No obstante, se describe en la niña una sintomatología posterior a los hechos que al parecer ha evolucionado favorablemente sin ayuda profesional, tales como: terrores especialmente hacia los hombres adultos, conductas hipersexualizadas con sus pares, conocimientos sobre la sexualidad inapropiados para su edad y conductas evitativas especialmente hacia su agresor. Además reporta persistencia de sentimientos de rabia y vergüenza por lo sucedido, lo cual es esperable en este tipo de eventos».³³

5.2. De otro lado, la libelista destaca hipotéticas inconsistencias en el ánimo de C.R.O., dando a entender que hechos de esta raigambre de manera insoslayable tenían que generarle alteración o disfuncionalidades permanentes. Aproximación que resulta superficial, al desligarse de las pruebas aportadas a la actuación que develan como su personalidad alegre y positiva³⁴ le ha permitido solventar la afectación causada con la afrenta, con todo y el bochorno exhibido cuando la evocó. Sobre este aspecto, expuso la

perito del Instituto de Medicina Legal:

«[...] Las secuelas de un abuso sexual se pueden presentar a corto, a mediano o a largo plazo, de hecho en niños pequeños lo más usual es que se presenten a largo plazo porque ellos inicialmente ni siquiera saben lo que les está pasando, ni la connotación que se tiene, ellos cuando son niños pequeños pueden pasar los años, ellos tener un comportamiento normal, puede que en su adolescencia o en su vida adulta una vez empiecen a tener interacción, ya en vida de pareja, ya con una sexualidad activa, pueda desencadenar algún tipo de afectación, como también hay personas que pueden pasar toda su vida sin hacer la revelación de su abuso sexual. Entonces, no necesariamente por el niño no presentar a corto plazo secuelas, no quiere decir que no haya sido víctima de un abuso sexual, porque se puede dar que lo presente mucho después o no lo presente a lo largo de su vida [...]».³⁵

5.3. Así mismo, la censura recalca que en este asunto la entrevista inicial de C.R.O. en el Hospital Cesar Uribe Piedrahita no tuvo en cuenta ningún protocolo forense para su recaudo, criticándose, según se examinó con antelación, los hallazgos que la psicóloga que la llevó a cabo hizo con relación a su extroversión e introversión. Sin embargo, aunado a lo dicho, debe agregarse que el hecho de que las manifestaciones previas al juicio oral las realice la víctima menor de edad a un profesional de la psicología, no conlleva a entender que se está frente a la existencia de un dictamen pericial (CSJ SP 1783-2018).

En ese orden, al examinar el informe contentivo de esa entrevista, se tiene que esta, pese a ciertas deficiencias (verbi gratia, contiene algunas preguntas sugestivas),³⁶ lo que en esencia reseña es la versión inicial de C.R.O. en torno a los acontecimientos constitutivos de abuso, fungiendo la psicóloga únicamente como medio a través del cual se incorporaron al juicio esas manifestaciones previas. Es un informe donde no aparecen los fundamentos científicos de los hallazgos reportados, limitándose a plasmar recomendaciones terapéuticas que poco aportan con un conocimiento especializado en términos de orientación, probabilidad o certeza (Ley 906 de 2004, artículo 417).³⁷

Entonces, la ausencia de determinados protocolos forenses durante la recepción de dicha entrevista no incide en el conocimiento obtenido a partir de su análisis. No puede asumirse que esta contaba con vocación de dictamen, conforme lo aludió la psicóloga del Instituto de Medicina Legal³⁸ y así lo reiteró recientemente la Corte:

«[...] el contacto de los profesionales de la salud mental con las víctimas de abuso sexual puede obedecer a diferentes propósitos: entrevista para obtener información de un hecho concreto, tratamiento terapéutico, evaluación del estado mental o de la coherencia de un relato, entre otras posibilidades, circunstancia que debe tener en cuenta el fallador al apreciar el testimonio, porque no toda intervención configura un dictamen pericial ni tiene la misma profundidad y alcance.

En tal sentido, los jueces, al valorar las intervenciones psicológicas, deben precisar cuál es el objeto de la intervención, qué tipo de protocolo se utilizó y si las conclusiones tienen soporte técnico o científico o son producto de la opinión personal del entrevistador, teniendo claro siempre que fijar la credibilidad de un relato, su verdad o mentira, corresponde al funcionario judicial a partir del examen conjunto de la prueba» (CSJ SP 108-2019).

De igual modo, la psicóloga Juliana Marcela Soto Sepúlveda aclaró que su entrevista no se acopló a ningún protocolo puesto que su intervención se limitaba a los cuestionarios que para esta clase de eventos en formatos preestablecidos le enviaba la Fiscalía, a los que no hacía modificación y que transmitía con presencia del defensor de familia y del investigador asignado al caso.³⁹

Además, en gracia a discusión, el propio psicólogo Heredia Quintana reconoció durante el contrainterrogatorio que las preguntas sugestivas, per se, no infirmaban la credibilidad de las respuestas.⁴⁰

5.4. También aduce la casacionista que el ad quem cercenó el testimonio de la señora

Mariela de Jesús Ríos, pues ella como abuela, quien tenía a su cargo a C.R.O. y la dejó al cuidado del procesado, aseveró que siempre estuvo atenta a su nieta, únicamente quedó a solas con él en un lapso de 30 a 45 minutos y ese interregno «no permite corroborar lo narrado por la menor (sic) en relación a todas las circunstancias, tanto de modo y tiempo relacionadas con la conducta».

Ahora, dice, la investigación surgió con ocasión del olor fétido que percibió la madre de C.R.O. en su vagina para el año de 2010, el cual asoció con un posible abuso, lo que confirmó luego de dos años en que la exhortó por información, incluso, dándole la identidad de distintos hombres a fin de individualizar al potencial responsable. En consecuencia, «existe una gran incoherencia en el ámbito temporal del presunto delito, entre lo relatado por la víctima, su madre y la abuela», pues si el delito se ejecutó en 2010, carece de soporte probatorio pregonar responsabilidad de HÉCTOR OYUELA PATERNINA, toda vez que la señora Ríos afirmó que para esa época nunca estuvo a solas con él. Ello pasó en el año 2012, «incluso días antes de la denuncia».

Al respecto es la defensora quien no hace mención integral de las pruebas, no solo porque fue lo inusual de los genitales de C.R.O. -y de lo que se percató por un flujo- lo que hizo intuir a Yusneidis Osorio Agudelo la comisión de un posible abuso, sino que además Mariela de Jesús Ríos fue clara en su testimonio al referir que desde el sitio en el que dejó a C.R.O. al cuidado del acusado, el café internet que administraba, hasta su residencia, donde la agredió, había una cuadra.⁴¹ Distancia que conforme lo vislumbró el Tribunal, daba cabida a un lapso temporal suficiente para la arremetida, haciendo factible que la agresión se consumara durante el día, según lo reportó la agraviada, si se tiene en cuenta que fue hacia las seis de la tarde cuando su abuela se dirigió a misa.

De otro lado, en la declaración rendida en el juicio oral la señora Ríos al rememorar la época en que esto sucedió se ubicó en el periodo en el que la niña estaba en el jardín infantil, coincidiendo con ella, quien reportó que la afrenta ocurrió mientras estaba «en el

Condorito», o sea, en el parvulario en el que estaba inscrita para el año 2010, cuando tenía entre cinco y seis años de edad.⁴² Entonces, no se está ante una inconsistencia temporal insalvable como se cataloga en la demanda.

Por último, la aludida referencia al año 2012 y otros aspectos invocados en el libelo aparecen en su entrevista del 26 de diciembre de esa anualidad,⁴³ la cual no constituye prueba y menos aun cuando fue la fiscal quien le dio lectura en el juicio sin que se hubiese impugnado la credibilidad de la declarante o requerirse para refrescar memoria, lectura que no pudo hacer ésta de viva voz por cuanto «no tengo las vistas bien [...] puede preguntarme que preguntas me hizo ella y yo con mucho gusto se las contesto».⁴⁴

6. En estas condiciones, las contradicciones enrostradas al testimonio de C.R.O. son irrelevantes, por ofrecerse marginales dentro del contexto global del ataque sexual perpetrado en su contra, y porque su señalamiento se compagina con las demás pruebas obrantes en la actuación.

Adicionalmente, no se observan motivos para que hiciera esta sindicación respecto de una persona representativa en su vida a la que le prodigaba cariño,⁴⁵ cercana a sus abuelos⁴⁶ y con quien su progenitora no tenía mayor trato o comunicación,⁴⁷ como para predicar alguna hipotética animosidad.

Así mismo, el número de ocasiones en las que la víctima aseveró haber sido abusada, más allá de haber sido tres como lo indicó en la entrevista del 26 de junio de 2012, o dos, según lo refirió en la entrevista del 13 de septiembre de 2013 y en el juicio, no incide en la materialización del injusto, al arribarse con fundamento en las pruebas recaudadas en el trámite al conocimiento más allá de toda duda con relación a su existencia. Por lo tanto, conforme lo anotó el Tribunal, ya que no se tuvo en cuenta al dosificarse la pena por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años un concurso homogéneo, se descarta cualquier repercusión lesiva de garantías por aquella disparidad, ya

bien sea en la declaratoria de responsabilidad o en la sanción irrogada.

Y es que el ejercicio intelectual que recayó en los elementos de convicción aportados al proceso no podía revestir características de forzoso e irrefutable tratándose de las condiciones fenomenológicas exactas en las que se cometió el comportamiento delictivo, sin que ello fuese presupuesto insalvable para dictar condena, por cuanto la convicción demandada en ese sentido es racional, incidental, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología, en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto conocido, «ello siempre será [...] un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda» (CSJ SP 4316-2015).

7. Por último, no tiene en cuenta la demandante otros elementos de juicio sobre los cuales no denuncia ningún error y que confluyen a ratificar la consistencia de la decisión de condena. La Corte se refiere a aquellos que indican dentro del ámbito de corroboración periférica citado en este tipo de eventos (CSJ SP 3332-2016), el repentino cambio comportamental de la víctima en la relación que sostenía con su padrino HÉCTOR OYUELA PATERNINA, actitud compatible con el abuso por él cometido:

Mariela de Jesús Ríos informó:

«Pero entonces, ella la niña después era que ya no quería salir, después de un día venía yo con la niña, cuando le dije yo, mami, allá viene tu padrino, ella podía ver ese padrino a la cuadra, ella salía corriendo a encontrarlo y abrazarlo, entonces me dijo (sic), ahh, me dio la vuelta, yo no le paré bolas a la niña, porque yo, como yo he criado a mis hijos todavía no me ha tocado una cosa de estas [...] después un día, en la casa mi nieta que mandó unos

tamales, unas cosas para la casa, ella ya no me decía mamá o abuelita vamos a internet y ella siempre me decía pero yo no le paraba bolas a la niña, pero ajá, yo nunca jamás [...] la niña ya no era la misma que lo corría, lo abrazaba, lo buscaba, vamos adonde mi padrino, tal cosa y tal cosa [...] yo lo único que le digo a ustedes es que la niña por qué le cogió rabia a él.»⁴⁸

Y a su vez, Yusneidis Osorio Agudelo señaló:

«Cuando él llegaba a la casa de la abuela que yo a veces iba allá a visitar la niña, pues la niña lo saludaba cariñosamente, mi padrino, como una niña normal, lo abrazaba, le daba un pico, esa era la relación que ellos tenían [...] PREGUNTADO: Cómo notó usted el comportamiento de la menor hacia HÉCTOR después [...]. CONTESTÓ: Un rechazo, yo le decía, yo un día le dije, una comadre vivía en una esquina antes de la casa de él, como dos veces le dije a la niña vamos a saludar al padrino y ella decía, no, no, mami, no, y yo porqué mami, no, no, me da pena y yo pena de qué [...] de todas las personas que ella tenía alrededor a la única que ella en ese momento de cinco años rechazaba era a él».⁴⁹

8. Recapitulando, el cargo único formulado constituye un discernimiento parcializado, subjetivo, que en lugar de evidenciar el vicio invocado se dedica a postular una tesis alternativa a la del Tribunal en la que se pretermiten elementos de convicción determinantes que apuntalan el compromiso penal de HÉCTOR OYUELA PATERNINA en los hechos por los cuales fue convocado a juicio. Por ende, como se anunció, la condena proferida en su contra habrá de mantenerse incólume.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Antioquia, el 23 de agosto de 2017.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ha dicho la Corte que «el modelo casacional acogido en el sistema procesal penal colombiano, es un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar el derecho a la impugnación cuando la primera condena ha sido proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior o el Tribunal Militar, porque (i) permite controvertir los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión, (ii) es de fácil interposición y fundamentación, y (iii) la Sala puede superar los defectos de la

demanda cuando advierta que se hace necesario para la realización de los fines del recurso» (CSJ STP 13406-2018).

2 Cfr. Fl. 20 y s.s. sentencia de segunda instancia / anverso Fl. 321 y s.s. c.a.

3 Cfr. Fl. 199 y s.s. c.a.

4 Cfr. Fl. 128 y s.s c.a.

5 Cfr. Fl. 203 y s.s c.a.

6 Cfr. Fl. 8 sentencia de segunda instancia / anverso Fl. 315 c.a.

7 Cfr. Fl. 11 y s.s. / Fl. 317 y s.s. ibídem.

8 Cfr. Fl. 15 y s.s. / Fl. 319 y s.s ídem.

9 Cfr. record 00:41 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.

10 Cfr. página 7, dictamen de la defensa del 16 de abril de 2015 / Fl. 222 c.a.

11 Cfr. Fl. 202 c.a.

12 Cfr. récord 4:20 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.

13 Cfr. récord 6.45 y s.s. ibídem. El artículo 192 de la Ley 1098 de 2006, consagra que en «los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral», para lo cual conforme el artículo 193, «7. Pondrá especial atención para que en todas las

diligencias en que intervengan [...] se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables», fijando como regla procesal «12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley».

14 Cfr. Fl. 202 c.a., resaltado de la Sala.

15 Cfr. Fl. 6 informe pericial de psicología del 10 de octubre de 2013 / Fl. 128 c.a.

16 Cfr. record 09:40 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.

17 Cfr. récord 29:30 y s.s. ibídem.

18 «[...] el profesional no podía compadecer como perito dado que no auscultó a la víctima, y tampoco tuvo la calidad de testigo técnico pues la misma naturaleza del asunto lo dificulta, de forma que su declaración terminó constituyéndose en una versión crítica pero completamente abstracta [...]» (Cfr. Fl. 20 sentencia de segunda instancia/anverso Fl. 321 c.a).

19 De acuerdo con su registro civil, nació el 30 de agosto de 2005 (cfr. Fl. 112 c.a).

20 Cfr. Fl. 8 y s.s. sentencia segunda instancia / anverso Fl. 315 y s.s c.a.
Sobre este aspecto, lo que aparece en el informe pericial de psicología del 10 de octubre de 2013, es lo siguiente: «Eso pasó también con otros vecinos de la cuadra,

con Brayan y no me recuerdo el nombre del otro peladito, pero después de lo de mi padrino, estábamos jugando (sic) chucha americana, y el más grande me dijo que le diera piquitos en la boca» (Cfr. Fl. 131 c.a).

21 Cfr. Fl. 113 y s.s. c.a.

22 Cfr. Fl. 137 y s.s c.a.

23 Cfr. record 54:20 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.

24 Cfr. récord 57:40 y s.s. ibídem.

25 Cfr. Fl. 19 y s.s sentencia de primera instancia / Fl. 279 y s.s c.a.

26 Ello explica por qué en los trámites adelantados bajo la égida de la Ley 906 de 2004, no existe el principio de permanencia de la prueba ni se permite la incorporación de prueba trasladada, o comisionar para su práctica.

27 Cfr. record 41:45 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.

28 En la valoración realizada por el doctor David Pulgarín Maya, se anotó: «Examen físico [...] Genitales: a la inspección encuentro himen desgarrado a las seis horas de las manecillas del reloj. Bordes cicatrizados. Además hay mal olor genital [...] introito fácilmente visible» (cfr. Fl. 200 c.a).

29 Cfr. record 39:30 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.

30 Cfr. record 12:33 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD

n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601154005.

31 Cfr. Fl. 390 c.a.

32 Cfr. Fl. 6 informe pericial de psicología del 10 de octubre de 2013 / Fl. 133 c.a.

33 Cfr. Fl. 7 y s.s / Fl. 134 y s.s ibídem.

34 Su abuela Mariela de Jesús Ríos la describió en esos términos (cfr. récord. 8:37 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150918111506).

35 Cfr. record 2:55:15 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159. El perito de la defensa de manera afín se refirió al particular, cfr. récord 1:18:20 y s.s. sesión de juicio oral del 30 de septiembre del 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150930141506.

36 «¿Has estado sola con HÉCTOR OYUELA PATERNINA en la casa de él?

R/. Si, la menor narra lo siguiente: mi abuela me llevaba al café internet para que él me cuidara mientras ella iba a misa y un día me llevó para la casa de él y no había nadie más.

Se le pregunta cuantas veces ocurrió esto y la menor refiere que una sola ocasión, como por 2 horas aproximadamente.

¿En ese tiempo que estabas sola con él, tocó alguna parte de tu cuerpo?

R/. Si, responde la menor con gran timidez. La menor narra lo siguiente: él me

quitó la ropa y me tocaba todo el cuerpo, además en su propio lenguaje la menor refiere que especialmente la tocaba en la vulva, caderas y senos; él también se quitó la ropa, estábamos en la cama.

¿Alguna vez te besó?

R/. Si, la menor narra: me besaba la boca y todo el cuerpo, la vagina, las nalgas, los senos y además me decía que le besara la boca y el pene. Yo lloraba y lloraba y él me tapaba la boca [...]

¿Cuántas veces ocurrió esto?

R/. Un solo día. La menor refiere que en este mismo día la tocó 3 veces y finalmente ocurrió la penetración.

¿Recuerdas en qué época o fecha ocurrieron los hechos?

R/. Fue hace muchos días, como referencia manifiesta que ella estaba en la guardería» (cfr. Fl. 200 y s.s c.a).

37 En el acápite de hallazgos y recomendaciones, además de lo ya transcrito con antelación, se indica: «La menor en el momento se encuentra estable psicológicamente pero manifiesta temor al quedarse sola en su casa y al ver hombres adultos ajenos a su familia o desconocidos que se le acercan; solo se siente segura con su grupo primario de apoyo (madre, abuela y hermano) [...]. Hasta el momento no se le ha brindado una intervención integral, donde se le realice un proceso de restablecimiento de derechos; por lo cual se recomienda comenzar esta intervención a través de psicoterapia y el acompañamiento del ICBF como un factor de protección frente a su salud mental, presente y futura» (Cfr. Fl. 202 c.a).

38 «Cuándo nosotros podemos hacer una valoración del relato? Cuando la niña o la víctima ha hecho el relato en varios espacios, ojalá ante diferentes profesionales de la salud donde nosotros podamos mirar precisamente las características de ese relato y que tanto ha variado con lo que me está dando al día de hoy, que es cuando hablamos de coherencia interna, coherencia externa, etc., que son los términos que nosotros utilizamos para la valoración del relato. Es que la entrevista inicial es una cosa totalmente diferente a nuestra función judicial, como les decía eso hace parte de la atención que se le debe dar, que me imagino, asumo, fue lo que hizo la psicóloga del hospital, fue la entrevista inicial que hace parte como de ese protocolo de atención, pero nada que ver con nuestra función pericial, es una cosa totalmente diferente». Cfr. record 3:30:25 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159. En similares términos lo refirió el perito psicólogo de la defensa, cfr. récord 53:40 y s.s., récord 1:31:20 y s.s., sesión de juicio oral del 30 de septiembre del 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150930141506.

39 Cfr. récord 52:30 y s.s. del juicio oral del 18 de septiembre del 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150918111506.

40 «Pues no lo podríamos nombrar en términos de desvirtuar lo que la menor dice, pero (sic) para efectos lo que aconsejan los expertos, es que no deben formularse para no contaminar el relato». (Cfr. récord 1:17:20 y s.s. sesión de juicio oral del 30 de septiembre del 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150930141506).

41 Cfr. récord 51:20 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150918111506.

42 Cfr. récord 17:45 y s.s. ibídem. «ella si estudiaba [...] en el Divino Niño

[...] ya la niña estaba haciendo preescolar. PREGUNTADO: En qué año terminó la niña la guardería. CONTESTÓ: La niña cumplía los cinco años en agosto, en agosto de ese mismo año ella terminó la guardería. PREGUNTADO: En cuál agosto de cuál año. CONTESTÓ: Cuando ella tenía cinco años fue en agosto, el 30 de agosto [...]» (cfr. récord 22:45 y s.s ibídem).

43 Cfr. Fl. 137 c.a.

44 Cfr. Fl. 36:30 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150918111506.

45 Mariela de Jesús Ríos indicó: «[Era una relación] hermosísima, esa niña no podía ver ese señor porque ella corría, lo abrazaba, él le decía ¿yo soy lindo?, y ella decía sí, lo abrazaba, lo besaba [...] ella le gustaba ir a jugar en ese internet» (cfr. récord 14:05 y s.s. ibídem).

46 «Era amiguísimo de la casa» (cfr. récord 13:10 y s.s. ídem).

47 «Ella jamás me comentó de HÉCTOR, ni HÉCTOR de ella» (Cfr. récord 24:25 y s.s id).

48 Cfr. récord 16:10 y s.s. / 21:50 y s.s. / 1:05:55 y s.s. id.

49 Cfr. record 45:20 y s.s. sesión de juicio oral del 1.º de junio de 2015, CD n.º 4, grabación PC-2014-0009620150601101159.