

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP926-2020

Radicación N° 46512

(Aprobado en acta No.096)

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación presentado por la Fiscalía General de la Nación contra el fallo dictado en la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual revocó la condenada dictada contra JOSÉ LUIS USUGA CARMONA, y en su lugar lo absolvió de los cargos formulados por el concurso de delitos de actos sexuales violentos agravados, y tentativa de actos sexuales violentos agravados.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. Según los registros, en Medellín —en el barrio Manrique Guadalupe—, a mediados de mayo de 2011, en horas de la tarde, las hermanas Y. A. y J. M. H. A, de 8 y 6 años de edad, junto con N. M. M, de 7 años, estaban jugando frente de la vivienda de JOSÉ LUIS ÚSUGA CARMONA, entonces de 73 años, cuando este salió y de manera forzada, asiéndolas del brazo, las ingresó a su casa y las condujo a una habitación del fondo; allí amarró con cuerdas a las dos primeras a las barandas de una cama, y se fue a buscar con qué atar a la última, ésta se escabulló y ocultó en un baño contiguo, y luego por la ventana de la alcoba

vio cuando aquél, tras despojar a las hermanas H. A., de la ropa interior, y de hacer él lo propio, empezó a tocarlas en “los senos, la vagina y las nalgas”.

Ninguna de las menores contó lo ocurrido porque ÚSUGA CARMONA las había amenazado con “picarlas en pedacitos” si lo hacían, pero después de unos días una vecina comentó al papá de N. M. M que ÚSUGA CARMONA había abusado sexualmente de las tres niñas, razón por la que aquél, luego de indagar a su hija acerca de tal suceso, procedió a formular la denuncia¹.

2. La Fiscalía General de la Nación, con base en esos sucesos, el 28 de agosto de 2012 llevó a cabo ante un Juez con Función de Control de Garantías, la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento respecto de ÚSUGA CARMONA, y el 30 de octubre siguiente presentó escrito de acusación contra el citado por la conducta punible de actos sexuales violentos, agravados, en concurso homogéneo, y tentativa de ese mismo comportamiento delictivo (Ley 599 de 2000, artículos 27, 31, 206 y 211, numeral 4), cargos formalizados en audiencia pública celebrada el 11 de diciembre de 2012 en el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín².

3. El 15 de julio de 2014, en armonía con el anuncio del sentido del fallo, la Juez de Conocimiento declaró al procesado autor penalmente responsable de los delitos atribuidos, y en tal virtud le impuso la pena principal de ciento treinta y cuatro (134) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, y le negó los subrogados penales por ausencia de requisitos objetivos y subjetivos³.

4. De la expresada providencia apeló el defensor del acusado, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 21 de mayo de 2015, resolvió la alzada en el sentido de revocar la decisión atacada, al considerar que los testimonios de J. M. H. A y N. M. M (únicas

menores que declararon en el juicio) y del progenitor de la última, presentaban inconsistencias que impedían dar crédito a sus narraciones, y en consecuencia absolvió a ÚSUGA CARMONA de los cargos formulados, sentencia de segunda instancia contra la que en tiempo formuló y sustentó recurso extraordinario de casación la Fiscal regente de la acusación⁴.

II. DEMANDA Y SUSTENTACIÓN ORAL

5. La censora propuso un cargo en el que con base en “las causales primera y tercera de casación” señaló que la sentencia de segundo grado es “violatoria directa e indirectamente de una norma de derecho sustancial”. Según la demandante “la violación directa por falta de aplicación” radica en que el Tribunal “desconociendo los precedentes jurisprudenciales revocó la sentencia condenatoria, generando con ello impunidad... por considerar que las declaraciones de las menores JMHA y NMM no eran del todo creíbles”, en tanto que la “violación indirecta de la ley sustancial”, se habría presentado “por ostensibles errores en la apreciación de las pruebas (errores de hecho)” los cuales, agrega, determinaron la indebida aplicación de las normas que consagran la garantía de in dubio pro reo y la falta de aplicación de los preceptos que tipifican el delito de acto sexual violento agravado, en concurso material homogéneo, imputado en la acusación.

Con el objeto de acreditar esa “violación de la ley” a renglón seguido aseguró que la misma se presentó por “falso juicio de identidad al tergiversar, distorsionar y cercenar en su expresión fáctica varios medios de convicción; por falso juicio de raciocinio al valorar algunos medios de convicción con vulneración manifiesta de los postulados de la sana crítica, desconociendo elementales reglas de la experiencia; y por falso juicios de existencia al omitir apreciar pruebas incorporadas legalmente a la actuación”.

Desde esa perspectiva precisó que aun cuando el Tribunal sostuvo que la secuencia fáctica narrada por las menores J M H A y N M M no es creíble en razón de la avanzada edad del

acusado y su impedimento físico por sufrir de dolores lumbares que lo obligan a usar bastón para caminar, también reconoció que el procesado desplegó sobre las menores tanto fuerza física, al asirlas de sus manos, como fuerza moral, para doblegarlas y obligarlas a ingresar a su vivienda, de suerte que el uso de bastón y los padecimientos de salud del enjuiciado no son razón para restar mérito a las declaraciones de las infantes, además que otro medio de prueba, como es el testimonio de Betty Agudelo, acreditan que el procesado hacía una vida normal al ayudarle a ésta en labores domésticas e instalaciones eléctricas.

De otra parte, indicó que, al contrario de lo señalado por el juez de segunda instancia, no son suposiciones de la juez de primer grado las circunstancias que ésta expuso para explicar las inconsistencias del relato del niñas sobre la clase de actos lascivos a que fueron sometidas, ya que a tales aspectos se refirió el perito médico que las valoró, Dr. Juan Carlos Bermúdez Robledo, al explicar la confusión de las infantes, por su corta edad, sobre la conformación de sus genitales (por no distinguir entre vagina, himen y vulva); el supuesto sangrado que J. M. H. A. refirió haber sufrido (pues a pesar de que no se le halló lesión compatible con ese signo, la juez aseguró que sí existió a consecuencia de una irritación provocada por “tocamientos”), y el número de veces que fueron atendidas en diferentes centros y por diversos profesionales.

Finalmente, en cuanto al falso raciocinio puntualizó que el yerro se manifestó en la valoración del testimonio del progenitor de N. M. M (la menor que se escapó de la presunta agresión sexual), pues aun cuando es verdad, como lo adujo el Tribunal, que aquél no es testigo directo de los hechos sino de referencia, también es cierto que a éste sí le consta el cambio de comportamiento de su hija luego del suceso y la reacción que tuvo al narrar el episodio, razón por la cual asevera la libelista que fue acertada la apreciación de la juez de primer grado en cuanto a que tal declaración confirma las de las menores.

Con base en lo anterior concluyó que en el presente caso “se dan los presupuestos sustanciales o materiales para proferir sentencia condenatoria” contra el acusado, y solicitó

casar la sentencia atacada para en su lugar declarar al procesado penalmente responsable de los delitos imputados.

6. A la audiencia de sustentación del recurso no concurrió la fiscal impugnante, pero su pretensión fue respaldada por la Fiscal Primera Delegada ante la Sala de Casación Penal con base en delegación expresa para tales efectos, funcionaria que en la respectiva diligencia aclaró que el cargo propuesto en la demanda tenía como sustento únicamente la violación indirecta de la ley sustancial, y con sujeción a ello concretó de la siguiente manera los respectivos yerros:

En primer lugar, destacó que el Tribunal en el análisis probatorio no tuvo en cuenta el principio de congruencia, ya que descartó la credibilidad de la versión de las menores porque no se encontró evidencia de desfloración, pese a que el delito atribuido al procesado fue el de acto sexual violento diverso del acceso carnal, pues lo acreditado fue tocamientos de tipo libidinoso en las partes íntimas de las víctimas.

Con base en lo anterior puntualizó que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad por cercenamiento al no valorar de las declaraciones de J. M. H. A y N. M. M los apartes (los cuales cita y referencia con indicación del tiempo en la respectiva grabación) en los que explicaron que los “manoseos” consistieron en tocamientos en los “senos, nalgas y vagina” de las hermanas H. A, sin que pueda tomarse en forma literal lo aducido en alguna parte de sus narraciones en cuanto a que el acusado “introdujo los dedos en la vagina” de aquéllas.

A este respecto destaca que también el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad por tergiversar el contenido de las declaraciones de los peritos que las valoraron, pues aquéllos no descartaron la ocurrencia de los actos libidinosos, sino que se refirieron a dos aspectos: de una parte, que pueden presentarse caricias en el área genital sin que haya ruptura del himen; y de otra, que algunas niñas entienden que la vagina es, en términos generales, su

zona íntima, sin distinguir que es una cavidad que está detrás de aquella membrana, y de ahí que aun cuando alguna pueda afirmar que hubo introducción de “un dedo en la vagina” en realidad puede estar haciendo referencia a tocamientos en la parte externa de sus genitales.

Agrega que el Tribunal fue ligero al apreciar los citados medios de prueba y por eso terminó señalando que había duda acerca del acceso carnal, cuando el delito imputado y por el que se profirió condena fue el de actos sexuales violentos, los cuales se acreditaron no solo con las declaraciones de las infantes agraviadas, sino también con el testimonio de Raúl Manco, quien, es cierto, destaca, no es testigo directo del proceder delictivo, pero sí del comportamiento posterior de su menor hija N. M. M, del cual es posible inferir que fue objeto de abuso sexual, aspecto relevante de ese medio de prueba, desconocido por el fallador de segundo grado.

Puntualiza que así mismo el Tribunal incurrió en falso raciocinio por desconocimiento evidente del principio lógico de no contradicción, ya que expresamente reconoció en el numeral primero de las consideraciones que según las pruebas el acusado “estaba en capacidad de abordar a las niñas y llevarlas hasta la última habitación de su residencia” y que de acuerdo con los mismos elementos “es razonable interpretar que la fuerza utilizada fue tanto física como moral, pues además de asirlas de sus manos también las amenazó [“de ser picadas con un machete”], combinación de fuerzas” con las que pudo reducir a las tres infantes; empero, en el siguiente numeral afirmó que “una secuencia fáctica como la narrada por las menores, en la que un anciano que usa bastón y sufre problemas lumbares pudiera obligar a tres menores a ingresar por la fuerza a su residencia y luego atar a dos de ellas, y a pesar de que la tercera se le escapó, continuar ejecutando actos sexuales violentos sobre las otras dos, no es un relato que pueda calificarse como absolutamente creíble, pues no es así como usualmente suceden las cosas”.

Con base en lo anterior la Fiscal Primera Delegada ante la Sala de Casación Penal solicitó

casar la sentencia impugnada y en su lugar dejar vigente la de primer grado.

7. A su turno, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, expresó su adhesión a la pretensión del órgano encargado de la persecución penal, y tras un amplio discurso acerca de la “protección reforzada” de la que gozan las aquí agraviadas atendida su condición de menores de edad y de mujeres, refirió que todos y cada uno de los errores de apreciación probatoria denunciados e ilustrados por la parte impugnante, tuvieron efectiva y trascendente configuración.

Luego de recapitular brevemente la colaboradora del Ministerio Público los distintos yerros por falso juicio de identidad y falso raciocinio alegados por la Fiscalía, solicitó a la Corte casar el fallo de segundo grado y dejar vigente la condena.

8. Por último, el defensor designado por la Defensoría del Pueblo para asistir y representar al procesado en la audiencia, pidió mantener la decisión absolutoria, aduciendo que, tal y como lo planteó en el juicio su antecesor, las imputaciones tienen origen en los graves y antiguos problemas de convivencia entre el acusado y Raúl Manco, progenitor de la niña N. M. M, cuyo relato el letrado califica de inverosímil, lo mismo que el de J. M. H. A, destacando como ninguna de las supuestas víctimas gritó para alertar a sus familiares por lo que estaba sucediendo, además que la primera, quien supuestamente se escapó, tampoco dio ninguna señal de alerta para auxiliar a sus amigas por lo que les estaba ocurriendo.

En términos generales, el defensor puntualizó que en ningún error de valoración probatoria incurrió el fallador de segunda instancia y en consecuencia solicitó mantener la decisión absolutoria proferida por el Tribunal.

III. CONSIDERACIONES

9. De entrada la Sala advierte que casará el fallo recurrido, toda vez que, tras la revisión de

sus consideraciones en contraste con los medios de prueba incorporados, en función de los desatinos denunciados, constata la configuración de graves y trascendentes vicios determinantes de una declaración de justicia equivocada.

Previamente la Sala debe dejar en claro que ostenta competencia para adoptar la decisión anunciada, no solo por la función a la que fue convocada legítimamente por el representante de la Fiscalía con interés para recurrir de manera extraordinaria la sentencia de segundo grado, sino porque en este asunto no se ha configurado el término de prescripción de la acción penal, el cual, con sujeción a recientes pronunciamientos, se suspendió con la emisión de la sentencia de segunda instancia y solo se reanudará a partir del próximo 21 de mayo.

De acuerdo con la aludida postura⁵, entonces, dado que a partir del 28 de agosto de 2012 comenzó a correr un lapso extintivo de diez años (120 meses), entre la citada fecha y la del fallo de segundo grado, emitido el 21 de mayo de 2015, han transcurrido treinta y dos (32) meses y veintitrés (23) días, lo cual quiere decir que superado el término de suspensión de cinco años previsto en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, restan por computar ochenta y siete (87) meses y siete (7) días, los cuales se cumplirán el 28 de agosto de 2027.

10. Entrando en materia, tal y como lo refirió la parte impugnante, el Tribunal incurrió en un falso raciocinio por desconocimiento del principio lógico de no contradicción, pues con referencia a unos mismos medios de persuasión, puntualizó dos conclusiones opuestas o inconciliables.

En efecto, el juez plural plasmó el ejercicio conclusivo de su análisis probatorio con la siguiente primera afirmación:

“1. La prueba permite establecer que Úsuga Carmona estaba en capacidad de abordar a las niñas y llevarlas hasta la última habitación de su residencia; también quedó establecido que estas se reunían a jugar en la acera de su casa, que desde donde se encontraban los familiares no había visibilidad y que las niñas no gritaron porque estaban amenazadas se

ser ‘picadas con el machete’, es decir, la fuerza utilizada no puede restringirse, como lo pretende la defensa, a la fuerza física.

Resulta razonable interpretar que la fuerza utilizada fue tanto física como moral, pues a más de asirlas de sus manos también las amenazó, y esa combinación de fuerzas las obligó a ingresar, debido a la edad de las menores y a lo influenciables que pueden ser a esa edad”⁶.

Los aspectos que el Tribunal tuvo por acreditados en la consideración transcrita —salvo la falta de visibilidad entre el lugar donde estaban las infantes y la residencia de sus familiares— tienen como fuente de prueba justamente los testimonios de J. M. H. A y N. M. M (únicas menores que declararon en el juicio), las cuales dieron cuenta de la forma violenta en que las abordó el acusado, al tomarlas a las tres por el brazo para obligarlas a entrar a su casa, así como de la amenaza de ser “picadas con un machete” para que no gritaran.

Sin embargo, pese a declarar demostrado, sin reparos, ese sometimiento violento de las infantes por parte del acusado, el cual constituyó la primera manifestación externa o primer acto ejecutivo, de las conductas punibles endilgadas, el Tribunal en la consideración subsiguiente negó la certidumbre reconocida a ese respecto, en los siguientes términos:

“2. De otro lado, debe advertirse que una secuencia fáctica como la narrada por las menores, en la que un anciano que usa bastón y sufre problemas lumbares pudiera obligar a las tres menores a ingresar por la fuerza a su residencia y luego atar a dos de ellas, y a pesar de que la tercera se escapó, continuar ejerciendo actos sexuales violentos sobre las otras dos, no es un relato que pudiera calificarse como absolutamente creíble, pues no es así como usualmente suceden las cosas”⁷.

Es decir, en el anterior párrafo abjuró de la capacidad que antes, con base en las versiones de las menores, había reconocido en el acusado para desplegar violencia tanto física como

moral sobre las infantas, con el fin de someterlas a sus designios, siendo en consecuencia evidente el falso raciocinio por desconocimiento del principio lógico de no contradicción.

La corrección de ese yerro implica dejar vigente la primera consideración del fallo, porque la segunda no contiene una razón que permita restar mérito a las declaraciones de J. M. H. A y N. M. M, sobre el aspecto dilucidado, bien desde el punto de vista intrínseco como extrínseco, pues en parte alguna de sus relatos aquéllas indicaron que, al ser abordadas por el procesado, éste se movilizara haciendo uso de un bastón o que conocieran de quebrantos de salud del mismo o de algún impedimento físico que lo limitara.

Esos aspectos, esto es, el uso de bastón por el acusado y los quebrantos de salud de su espalda, tienen una fuente de prueba distinta, a saber los testimonios de las hijas de éste (María de la Luz y Myriam del Socorro Úsuga), quienes no fueron testigos de los hechos, sino que declararon en términos generales acerca de las condiciones de vida de su padre y respecto de los antiguos y constantes problemas de vecindad que éste tenía por la severa ofuscación que le causaba el que los menores jugaran en frente de su residencia.

Las aludidas deponentes, como testigos de la defensa, en la sesión del juicio celebrada el 12 de marzo de 2014⁸, al declarar se refirieron a los comentados aspectos, pero también destacaron, tácitamente, cómo a pesar de esas “limitaciones físicas” del acusado, con ocasión de sus enfrentamientos con sus vecinos, en particular con el progenitor de N. M. M, aquél ostentaba plena capacidad para intimidar y corretear con un “machete” a los menores que jugaban balón frente a su casa, así como para enfrentar a los padres de estos que disgustados le reclamaban por ese comportamiento beligerante.

11. Ahora bien, el Tribunal igualmente puso en duda la ejecución del aspecto material de la conducta reprochada, con sujeción a la siguiente consideración:

“3. Las menores [J. M. H. A y N. M. M] afirman que Úsuga Carmona las agredió sexualmente a ellas y a otra menor, entre otras cosas, introduciéndoles dedos en la vagina.

En desarrollo del examen sexológico no se encontró evidencia de que las menores hubieran sufrido acceso”9.

Y calificó como suposiciones los razonamientos que expuso el fallador de primer grado para contextualizar el concepto de los respectivos galenos acerca de la ausencia de vestigios de violencia sexual en los genitales de las infantes y en cuanto a que el himen de las dos niñas estaba intacto, los cuales, por la corta edad de las menores, era imposible que presentaran la característica denominada “himen complaciente”.

Las consideraciones del fallador de segundo grado, como lo refirió la parte demandante, están sesgadas debido a errores en la aprehensión del contenido material de las declaraciones de las menores y el de los conceptos de los forenses que las auscultaron, desatinos que llevaron al Tribunal a descartar, o mejor, a dudar, de la configuración de un acceso carnal, olvidando que el marco fáctico impuesto en la acusación y que gobernó el debate probatorio en el juicio, lo obligaba escrutar las pruebas en orden a encontrar acreditada la conducta de actos sexuales, diversos del acceso carnal, pues aquél fue el comportamiento expresamente atribuido desde la imputación.

11.1. En relación con el falso juicio de identidad ocurrido respecto de los testimonios de las infantes J. M. H. A y N. M. M, destaca la Sala, en primer lugar, que sólo la primera fue objeto de actos lascivos, en tanto que la segunda adujo ser testigo de los que el procesado llevó a cabo sobre aquélla y su hermana, Y. A. H. A; luego la generalización que el Tribunal hace acerca de que las tres fueron objeto de actos constitutivos de acceso es por sí misma una desfiguración del contenido de esos medios de prueba.

La niña J. M. H. A, para mayo de 2011, época de los hechos, estaba próxima a superar los 6 años (nació el 5 de junio de 2004), y la declaración acerca de la agresión sufrida en aquél entonces la rindió en la sesión del juicio celebrada el 16 de agosto de 2013¹⁰. Es cierto que el relato de esta menor no es del todo fluido y en su narración (sin orden cronológico) se

refiere aleatoriamente al episodio en el que fue objeto de los vejámenes, a aquél en que hizo la revelación de ese suceso a sus familiares, y al momento en que las autoridades capturaron al procesado, mezclados con algunas vivencias extrañas a esos aspectos, particularidades que obedecen más al transcurso del tiempo y, obviamente, al estado del desarrollo de sus sentidos y la capacidad de percepción de situaciones como la vivida a una edad tan temprana.

Sin embargo, la infante, con un lenguaje propio de su edad, dejó claro en los varios momentos en que se refirió al suceso, que el acusado (i) "...nos mete la mano a la vagina..."; (ii) "...él nos metía el dedo por la vagina..."; (iii) "...me llevaron pal hospital y yo sangraba en la vagina..."; (iv) "...él me tocó con la mano y ya, y a J..., a nosotras nomas, a nosotras nos amarró porque J... no le quería tocar el pene y la nalga..."; (v) "...me tocó la vagina, la, la, pues, nos empelotó y a, a, y a J... también, ..., y N... se voló porque nosotras estábamos en la pieza de la mamá..."; (vi) "...a J... le tocó el seno, la vagina y la nalga, y a mi me tocó solo la vagina y la nalga y ya..."; (vii) "...nos tenía amarradas y nos sacaba, nos sacaba... eh ... ay no ... el machete ... disque que, que si, si no se deja le mocho el dedo...".

Como se advierte la menor en su declaración (la cual duró algo más de dos horas), no solo fue insistente o reiterativa acerca de la ejecución de actos lascivos en su cuerpo por parte del acusado, sino que también precisó repetidamente que sólo ella y su hermana (Y. A. H. A) fueron objeto de los referidos tocamientos, los cuales realizó el procesado con la amenaza de "mocharles un dedo" con un "machete" y luego de amarrarlas de pies y manos. Además, destacó que N. M. M no padeció los vejámenes, porque se le "voló" al procesado y se escondió en un lugar desde donde vio lo que éste les hacía, sin poder ayudarlas, tras lo cual la niña salió de esa casa y no le dijo nada a nadie.

A su turno N. M. M, para la fecha de los hechos (mayo de 2011) tenía casi 8 años (nació el 6 de agosto de 2003) y rindió su declaración sobre los mismos el 3 de septiembre de

201311. En comparación la menor atrás referida, el relato de ésta fue más hilado, e igualmente reiterativo en cuanto a la materialización de la conducta delictiva, corroborando el de aquella exponente en los aspectos centrales del suceso, a saber, que el día del percance estaba jugando con las hermanas H. A., en la acera que queda a la salida de la casa de ÚSUGA CARMONA, cuando este:

“...salió y nos cogió de las manos, nos entró y nos llevó a la última pieza, a Y... y J... las amarró y a mi me iba a amarrar, entonces él se fue a buscar con qué amarrarme a mí, entonces yo me salí y me metí al baño, entonces cuando él volvió, él no me vio, entonces él siguió, entonces yo me asomé por una ventana que había en la pieza, entonces él se bajó los pantalones de él y le bajó los pantalones a ellas, los calzones, y las empezó a manosear, entonces a mi me dio mucho miedo y yo me salí, yo salí corriendo pa’ la puerta y la abrí, entonces yo me fui para la casa, entonces al momentico yo salí a ver si ya estaban en la casa y nada, yo fui a la casa y la mamá me había dicho que ellas no estaban allá, entonces yo cuando iba otra vez para mi casa ellas salieron, ellas estaban todas despelucadas, entonces yo les dije que qué les había pasado, y ellas disque nada, nada, y salieron pa’ la casa corriendo y llorando, entonces yo no le quise decir a mi papá porque él [el acusado] nos había dicho que si le decíamos que nos picaba...”.

La citada exponente refirió que observó al procesado cuando tocó a las hermanas H.A., “...con el pene y las manos...”, “...que las tocaba por debajo de la ropa...”, y al pedirle que explicara que quería decir cuando indicó que el enjuiciado “manoseó” a sus amigas, indicó que “...las tocó donde no se debe...”, es decir, aclaró, “...en los senos, nalga y vagina...”.

Al cotejar las dos narraciones se observa que son coincidentes, explícitas y reiterativas acerca de la ocurrencia de unas maniobras de contenido eminentemente sexual, realizadas por el aquí enjuiciado en las hermanas Y. A y J. M. H. A, y de las que también iba a ser víctima N. M. M, quien, aunque se escabulló del procesado luego de que éste la retuviera e intentara someterla con idéntica finalidad, pudo sobreponerse momentáneamente al temor

que le generó el asalto de aquél, al menos por el tiempo suficiente para observar los vejámenes ejecutados a sus amigas por el acusado.

Los relatos de ambas declarantes contienen datos modales, temporales y espaciales concretos, pues se refirieron al lugar en el que acostumbraban a reunirse a jugar, las prendas de vestir que tenían, la forma en que fueron abordadas, sometidas, e intimidadas, quién llevó a cabo esas acciones, lo mismo que los actos de contenido sexual, y las razones por las que no gritaron ni pidieron auxilio, o por qué no comentaron inmediatamente lo acaecido a sus respectivos familiares.

El fallador de segundo grado omitió o pretermitió todos los aspectos atrás destacados y demostrativos de la ejecución de maniobras o actos sexuales diversos del acceso carnal, atribuidos al procesado, y fijó su atención, exclusivamente, en la literalidad de algunas manifestaciones hechas por J. M. H. A en cuanto en algún momento de su relato adujo que aquél “...nos mete la mano en la vagina...” o que “...él nos metía el dedo por la vagina... entonces me llevaron al hospital y yo sangraba en la vagina...”, con base en las cuales, ante la constatación, con el respectivo examen médico, de la ausencia de vestigios compatibles con una posible desfloración o desgarró del himen de la citada infante, concluyó que no estaba demostrado que “las menores hubieran sufrido acceso”.

11.2. Tal conclusión, además de estar sustentada en la desfiguración del contenido de las declaraciones J. M. H. A y N. M. M, en los términos atrás precisados, igualmente tiene soporte en la apreciación sesgada del concepto emitido por el perito que practicó a las hermanas H. A el reconocimiento médico-sexológico.

Los resultados de esa evaluación fueron incorporados al juicio con el testimonio del galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal, doctor Carlos Mauricio Bedoya González¹², quien, es cierto, al auscultar el 23 de mayo de 2011 a Y. A y J. M. H. A, constató que el himen de cada infante estaba intacto, y que por la edad de las niñas y características de ese

membrana era imposible que la misma fuera atravesada por un dedo —de un adulto o incluso de un menor, explicó—, sin sufrir desgarros. Igualmente constató la ausencia de otros signos de violencia en esa zona o en el ano.

A esa parte del dictamen se limitó el Tribunal para sustentar su conclusión acerca de que la versión de las menores carecía de respaldo o confirmación, y que por tanto la duda era evidente ante la ausencia de demostración del “acceso”, olvidando, de un lado, se reitera, que no fue esa la conducta típica atribuida al acusado; y pretermitiendo, por otro, la explicación que suministró en el mismo concepto médico el perito a la Fiscal, ante el requerimiento de esa parte acerca del porqué de la aparente falta de correspondencia entre los hallazgos y lo narrado por la infante.

Sobre ello indicó el galeno que era posible que una menor afirmara que fue penetrada y no encontrar desgarros, lo cual “...depende más de la concepción que pueden tener las niñas de lo que son sus genitales, o la claridad de cuando dicen qué es la vagina; algunas niñas pueden decir que, en termino general, la vagina es, por ejemplo, sus partes íntimas, pero no tienen una concepción de que la vagina es una cavidad que está detrás de la membrana himeneal y esa membrana es la entrada a esa cavidad...”¹³; y, ante nuevos cuestionamientos de la Fiscal, continuó explicando que en efecto se puede tocar con el dedo la parte genital de una niña sin que haya desgarró o rompimiento del himen o que “...pueden haber caricias a nivel extragenital sin necesidad de que se rompa la membrana himeneal...”¹⁴.

Así mismo, el Tribunal tampoco tuvo en cuenta, en relación con la ausencia de otros signos de violencia en el introito vaginal de J. M. H. A, que según el perito, y de acuerdo con lo narrado por la mamá de aquélla a ese galeno, aun cuando llevó a cabo el reconocimiento el 23 de mayo de 2011, la revelación del suceso por parte de las niñas a sus familiares había ocurrido unos dos días antes de ello, y acerca de la fecha exacta del episodio, las niñas indicaron a su progenitora que habría sucedido varios días atrás (aspecto corroborado con

los testimonios de N. M. M y los padres de ésta), es decir, que era incierta la fecha de la agresión, lo cual significa que la pericia no fue practicada inmediatamente después de ocurrir los actos lascivos, ni siquiera en días próximos a ese suceso, como para esperar hallar algún vestigio certero respecto del mismo, sin que sobre resaltar, con base en los fundamentos indicados en precedencia, que la ausencia de signos semejantes —como desgarros en el himen u otro tipo de lesiones—, en tratándose de actos sexuales diversos al acceso carnal, no es razón suficiente para dudar de su ocurrencia.

11.3. Ahora bien, igualmente incurrió el sentenciador de segundo grado en falso juicio de identidad en la consideración “4”¹⁵, al plantear como equivocada la estimación del testimonio de R. A. M. Ú, progenitor de N. M. M, por parte del fallador de primera instancia, en cuanto aseguró que ese medio de prueba corroboraba la versión de las menores, aserción que calificó el superior como errada sobre la base de que aquél era sólo testigo de referencia.

El dislate es manifiesto, porque, aunque es verdad que el citado exponente no percibió en forma directa el suceso investigado y lo referido sobre el mismo lo supo a través de su hija, no lo es menos, que no fue desde esa perspectiva que el juez de conocimiento lo apreció, sino desde las circunstancias posteriores al hecho, de las cuales podía inferirse la consistencia y veracidad del relato de la aludida niña.

Sobre el particular, la Sala encuentra que en ese sentido la estimación del fallador de primer grado fue acertada, ya que el citado declarante¹⁶ se refirió: (i) al cambio de comportamiento que había observado en su descendiente en días anteriores al cual él conoció el hecho, pues era evidente el desinterés de aquella por salir de la casa a jugar o para encontrarse con las hermanas H. A; (ii) a la reacción o congestión emocional de la niña cuando la requirió, enterado por una tercera persona sobre el evento, acerca de su veracidad, pues la infante rompió en llanto y le fue muy difícil narrar lo ocurrido; (iii) a la forma en que su hija lo ilustró sobre la clase actos que ella observó realizar al acusado a las

referidas consanguíneas, ya que no encontraba palabras para describirlos, y para tal efecto la infante con una muñeca de ella, le indicó, por entre las piernas del juguete, cómo el procesado les metía su mano; y (iv) al estado de ánimo deprimido de la menor observado luego de esa revelación, así como en cada oportunidad que se le preguntaba por cómo había ocurrido el episodio delictivo.

Tales aspectos —confirmados en su mayoría por la mamá de N. M. M, la señora H. M. M. M— fueron ignorados o pretermitidos por el Tribunal, al circunscribir el mérito suasorio del declarante a los apartes en que su narración corresponde a dichos de referencia, sin sopesar los aspectos comentados con anterioridad, los cuales, en efecto, como lo concluyó el Juez del Circuito, constituyen simiente válida para inferir la credibilidad que merecen las versiones de las víctimas de las conductas punibles aquí tratadas.

12. En suma, acreditados como han quedado los errores de estimación probatoria en los que incurrió el sentenciador de segundo grado y denunciados por la parte impugnante, ante la trascendencia de los mismos como ha quedado indicado, constituye un imperativo el quebrantamiento del fallo impugnado, para en su lugar dejar vigente el de primer grado, emitido en el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín el 15 de julio de 2014, en el cual JOSÉ LUIS ÚSUGA CARMONA fue declarado autor penalmente responsable del concurso de delitos de actos sexuales violentos agravados, y tentativa de actos sexuales violentos agravados, del cual, en su orden, fueron víctimas las hermanas Y. A. H. A y J. M. H. A., y N. M. M, con todas las consecuencias señaladas en la respectiva determinación.

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,

RESUELVE:

CASAR, con base en el cargo formulado por la Delegada de la Fiscalía, la decisión absolutoria emitida en segunda instancia a favor JOSÉ LUIS ÚSUGA CARMONA, y en su lugar

dejar vigente el fallo condenatorio emitido contra aquél en el Juzgado Once Penal del Circuito por el concurso de delitos de actos sexuales violentos agravados, y tentativa de actos sexuales violentos agravados, de acuerdo con las consideraciones hechas en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Hechos reconstruidos con base en la acusación y los fallos de primero y segundo grado.

- 2 Cuaderno principal, folios 1, 3, 7, 24-27, 36 y 42.
- 3 Ídem, folios 138-157.
- 4 Ídem, folios 176-184, 184-A, y 193-204.
- 5 Cfr. CSJ SP4573-2019, 24 Oct. 2019. Rad. 47234. Pág. 11, consideración 2.
- 6 Cuaderno principal, folio 181 vto. Página 12 de la sentencia atacada.
- 7 Ídem.
- 8 Cuaderno principal, folio 107. CD rotulado "Conocimiento 1", registro de audio "JUICIO 12-03-14 – Testigos de la defensa", a partir del minuto 01:02:30.
- 9 Cuaderno principal, folio 181 vto. Página 12 de la sentencia atacada.
- 10 Cuaderno principal, folio 60 y 84. CD rotulado "Conocimiento 1", registro de audio "JUICIO Tes. J... M... H... 16-08-13", a partir del minuto 08:36.
- 11 Cuaderno principal, folio 59 y 86. CD rotulado "Conocimiento 1", registro de audio "JUICIO Tes. N... M... 03-09-13", a partir del minuto 03:28.
- 12 Cuaderno principal, folio 92. CD rotulado "Conocimiento 1", registro de audio "JUICIO 23-10-2013 – Continua testigos fiscalía", a partir del minuto 54:33.
- 13 Ídem, a partir del minuto 01:07:22.
- 14 Ídem, a partir del minuto 01:08:43.
- 15 Cuaderno principal, folio 182. Página 13 de la sentencia atacada.

16 Cuaderno principal, folio 92. CD rotulado "Conocimiento 1", registro de
audio "JUICIO 23-10-2013 - Continúa testigos fiscalía", a partir del minuto 02:40.