

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP993-2021

Radicación n° 54077

(Aprobado Acta No.70)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

La Corte resuelve el recurso de casación presentado por la defensa de Edgar Yohani Pinto Rincón contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, que revocó parcialmente la decisión absolutoria dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga y, en su lugar, condenó al procesado como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo.

HECHOS

Según la acusación, Edgar Yohani Pinto Rincón, durante el año 2014, accedió carnalmente a M.F.O.P en dos oportunidades, quien para esa época contaba con trece años de edad. Ambos sucesos tuvieron ocurrencia en San Andrés -Santander-, el primero en la vivienda de una amiga de la víctima, y, el segundo en un polideportivo¹.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 9 de marzo de 2015, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés -Santander-, se legalizó la captura de Edgar Yohani Pinto Rincón, al tiempo que se le formuló

imputación por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo con actos sexuales con menor de catorce años. La Juez dispuso medida de aseguramiento consistente en detención intramural².

2. La Fiscalía Única Seccional de Málaga radicó escrito de acusación el 17 de mayo de 2015³.

3. El asunto correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga, despacho que el 25 de junio siguiente realizó audiencia de formulación de acusación⁴.

4. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 29 de julio posterior⁵ y el juicio oral se adelantó los días 18 de septiembre⁶ y 19 de noviembre⁷ de 2015 y, 25 de mayo⁸, 12 de septiembre⁹ y 21 de octubre de 2016¹⁰, último en el que se anunció sentido absolutorio del fallo. Finalmente, el 8 de marzo de esa anualidad se profirió la sentencia¹¹.

5. El 3 de agosto de 2018, el Tribunal Superior de Bucaramanga, al desatar el recurso de apelación incoado por la Fiscalía, el Ministerio Público y el representante de la víctima, revocó parcialmente la providencia de primer grado en el sentido de mantener la absolución por el punible de actos sexuales y condenó a Edgar Yohani Pinto Rincón como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo, imponiéndole la pena principal de 180 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Le negó el derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustituta de prisión domiciliaria¹².

6. La defensa recurrió en casación y la demanda correspondiente fue admitida por la Sala el 26 de noviembre de igual año¹³, proveído en el que convocó a audiencia de sustentación que se surtió el 11 de febrero de 2019¹⁴.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera, del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor acusa la violación directa de la ley sustancial, ante la indebida aplicación del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, que consagra la presunción de inocencia e in dubio pro reo.

En su sustentación, adujo que, frente a la supuesta agresión sexual acontecida el 31 de agosto de 2014, solo se cuenta con la versión de la víctima, en vista de que ninguno de los otros testigos percibió la escena, sumado a que en la prueba sexológica practicada a la niña no se evidenciaron rastros de violencia o penetración. Además, la muestra de fluidos tomada a sus prendas íntimas arrojó resultado negativo para semen.

Señaló que, el Tribunal reconoció que los medios de convicción no permitían esclarecer lo realmente sucedido en esa oportunidad, dadas las evidentes posiciones contrapuestas respecto a la ocurrencia del ataque sexual.

Resaltó que, la ofendida no logró establecer, con claridad, el lugar en el que fue ultrajada por el implicado, pues, en una ocasión, aludió a una cancha municipal y, en otras, indicó que ello acaeció en cercanías de una frutería. Lo propio ocurre con la madre de la afectada y los policías traídos al juicio, en la medida que hacen referencia a sitios diferentes.

Subrayó que su prohijado, el testigo de descargo y los uniformados sostuvieron que el aparente episodio sucedió en un polideportivo en el cual se encontraban más personas.

En relación con el otro evento delictivo aducido por la niña, destacó que no existe certeza en torno a la fecha en que aparentemente aconteció, ni se cuenta con algún elemento de juicio que respalde su dicho. Por el contrario, aseveró que tanto Cecilia Jaimes Aguillón como Fredy Humberto Cruz Pena, al unísono, afirmaron que el encartado trabajaba de lunes a sábado, en jornada completa, de ahí la imposibilidad material de consumar el ataque atribuido.

Solicitó se case la sentencia impugnada y se absuelva al inculcado del delito de acceso

carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor se ratificó en el cargo presentado en la demanda, consistente en la ausencia de aplicación del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, ante la duda reinante en el proceso frente a la materialidad de las conductas punibles.

Luego de hacer un recuento fáctico y probatorio, aseguró que si bien el Tribunal reconoció que se presentaba incertidumbre, omitió aplicarla en favor de su defendido.

Denotó que lo narrado por la víctima tuvo lugar en un espacio público en el que se hallaban otros ciudadanos que no se percataron de alguna situación extraña, como tampoco lo percibieron los policías que transitaban por la zona.

La tesis defensiva, en su parecer, se refuerza ante la ausencia de hallazgos de agresión sexual por parte de los expertos de medicina forense.

2. La Fiscalía, por su parte, solicitó no casar la sentencia recurrida, afirmando que:

El Tribunal reseñó que al conocimiento de la actualización del hecho delictivo solo es posible arribar a través de los testimonios de los involucrados, toda vez que ese tipo de agresor siempre busca la clandestinidad.

El ad quem indicó que no era posible acreditar o desvirtuar lo acontecido por medio de la declaración de terceros, razón por la cual analizó todas las pruebas en conjunto, y concluyó que el relato de la ofendida era creíble y coincidía con los demás medios de convicción.

A pesar de que el recurrente plantea duda respecto al sitio en el que acaeció el suceso, del examen acucioso de las declaraciones de la víctima, su progenitora, los uniformados y Augusto Flórez Gualdrón es factible deducir que tuvieron ocurrencia en el parque municipal.

La ausencia de signos de trauma o violación en la cavidad vaginal de la examinada dictaminados por el médico del Hospital San José no conlleva a admitir que no se presentó acceso carnal con los dedos o parte del miembro viril del inculpatado.

Los testigos traídos por la defensa no especificaron, de manera contundente, que entre los meses de marzo y diciembre de 2014, el procesado no hubiera acudido al centro urbano de San Andrés -Santander-, por tanto, bien pudo acaecer que éste visitara dicha municipalidad un domingo, tal y como lo refirió la agredida al informar las circunstancias que rodearon el primer evento de violencia.

Las profesionales de la salud que entrevistaron a la menor concluyen que, pese a padecer de retardo mental no especificado, ella hizo un relato coherente del episodio, que al recordarlo le genera ansiedad.

3. La Procuradora Tercera Delegada solicitó no casar la sentencia recurrida, tras considerar que el cargo propuesto por el demandante no está llamado a prosperar.

Manifiesta que, para proferir la condena, la Magistratura se basó en las versiones de la afectada, su madre, los agentes del Estado y las expertas en psiquiatría y psicología forense, quienes dieron cuenta del contexto espacio-temporal en que trascurrieron los sucesos.

Destaca que la ofendida no incurrió en contradicciones y, por el contrario, mantuvo el núcleo central de su relato en cuanto a los ataques de los cuales fue objeto, describiendo de manera detallada la forma en que fue abordada y accedida por el enjuiciado.

CONSIDERACIONES

1. Garantía constitucional de doble conformidad

En atención a que el inculpado fue condenado por primera vez en segunda instancia, la Sala hará caso omiso a cuestiones de técnica propias del recurso de casación y resolverá de fondo sobre los temas objeto de disenso por el actor, para así garantizar, en esta sede, el derecho a la doble conformidad.

2. Los fallos de instancia

Con el propósito de ilustrar la decisión, importa recordar lo sostenido por los jueces de conocimiento:

2.1. El a quo absolvió a Edgar Yohani Pinto Rincón tras advertir que no se alcanzó el grado de certeza necesario en punto de la materialidad de los hechos y de la responsabilidad el acusado. Ello porque -en su criterio- la versión de M.F.O.P. no guarda relación con los demás testimonios traídos a juicio por la fiscalía.

Resaltó que la niña «padeció desde el inicio de su infancia de abuso sexual por parte de un familiar, sin habersele dado la relevancia que tal hecho implicaba en su vida», a lo cual deben sumarse ciertos aspectos omitidos por la fiscalía, como lo son, el déficit cognitivo que padece, la disfuncionalidad de su núcleo familiar y la actitud violenta de su progenitora, debido a los vejámenes sexuales de los que también fue víctima en la niñez. Esas circunstancias, afirmó, pudieron incidir en la salud mental de la agredida.

2.2. El Tribunal Superior, por su parte, revocó la anterior determinación y condenó a Edgar Yohani Pinto Rincón por el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo, tras considerar que el juez singular se equivocó al desconocer el relato de la afectada, toda vez que los inconvenientes familiares y cognoscitivos que padecía no eran suficientes para descartar sus precisas afirmaciones, las cuales fueron corroboradas por los restantes testigos de la fiscalía.

En cuanto al sitio exacto donde acaeció la agresión, advirtió que la ultrajada y su madre

aludieron a una frutería cercana a la cancha municipal.

Por otra parte, descartó la versión de Augusto Flórez Gualdrón por cuanto no resulta lógico que ejecutara, al mismo tiempo, dos acciones diferentes, como son, adquirir bebidas alcohólicas mientras fumaba un cigarrillo y, observar permanentemente el actuar que desplegó el procesado a cierta distancia. Igualmente, sostuvo que la falta de hallazgos de signos de violencia no bastaba para desechar el dicho de la niña.

También encontró actualizado el otro episodio delictivo referido por la víctima, en la medida que su testimonio es consistente e hilvanado y no contiene incoherencias sustanciales que le resten poder suasorio.

3. Análisis del caso concreto

Pese a que el demandante invoca la causal de violación directa de la ley sustancial, por inaplicación del artículo 7 de la Ley 906 de 2004, la sustentación de ese cargo se dirigió a refutar la apreciación probatoria del cuerpo colegiado, razón por la cual la Corte examinará la valoración del Tribunal.

3.1. Así pues, el defensor da a entender que la determinación adoptada en contra de su prohijado se fundamentó, exclusivamente, en el relato impreciso y escueto de la ofendida, comoquiera que ninguno de los elementos de juicio practicados respalda sus afirmaciones.

Asimismo, el demandante aseveró que el Tribunal no tuvo en cuenta los testimonios del acusado, de Cecilia Jaimes Aguillón y de Fredy Humberto Cruz Pena, con los cuales se probaría la imposibilidad material de que el encartado hubiera perpetrado el primer ataque anunciado por M.F.O.P.

3.2. La Corte, tras examinar la providencia opugnada, observa que para otorgar credibilidad a la versión de la víctima el juez plural se apoyó en las atestaciones ofrecidas por Luz

Marina Orduz Pico –progenitora-, Teresa Pérez Osorio –médica forense-, Alba Rocío Meneses Lizcano –psicóloga forense-, y los uniformados Orlando Landazábal y Pedro Felipe Cruz. Al respecto, precisó:

«La versión de la infante coincidió con cada una de las entrevistas y valoraciones psicológicas a las que acudió, en donde con un escenario diferente al que acontece en una diligencia judicial, expresó de manera pormenorizada los detalles del abuso al (sic) que había sido objeto, sin contradecirse frente a lo finalmente dicho en juicio oral, encontrando coincidencias en la razón del dicho.

Además, el relato de las situaciones anteriores y posteriores que también descubrió la menor, se armoniza con el relato que sostuvieron Luz Marina Orduz, los miembros de la policía nacional (sic) Orlando Landazábal y Pedro Felipe Cruz, así como con lo acentuado por Augusto Flórez Gualdrón, no concurriendo ninguna circunstancia o particular motivo que conlleve a descartar la versión total de la víctima, por ende refulge la credibilidad y veracidad en su decir»¹⁵.

Conforme a ello, el fallador concluyó que las pruebas practicadas en juicio permitían arribar al conocimiento necesario respecto de la materialidad de las conductas acusadas y de la responsabilidad de Edgar Yohani Pinto Rincón.

Esa declaración del juez de segundo grado encuentra sustento probatorio y se adecúa con la realidad que muestran los medios de convicción, como se verá.

3.3. Para iniciar, la Sala estima necesario acotar que, contrario a lo manifestado por el censor, no hay motivos para restar credibilidad a lo relatado por la niña, pues auscultada detenidamente su declaración, se observa que aquella fue clara, coherente, detallada y circunstanciada.

Es que la afectada sostuvo en audiencia pública, que el 31 de agosto de 2014 se

encontraba con su madre «vendiendo chuzos» y de pronto se acercó el implicado, quien «...me decía vamos, vamos, y yo seguía doblando servilletas y mi mamá decía no le ponga cuidado y yo le pedí permiso a mi mamá para ir al baño y mi mamá me dijo vaya al de un primo y yo fui y el pasa y me tapó la boca y me subía, me halaba, me tiraba, y me metió en un metedero de frutas»¹⁶

Aseveró que una vez allí, el sujeto procedió a taparle la boca y a meterle el dedo y el pene por la vagina; minutos después arribó la policía y, «él les dijo, ella es amiga mía...la policía lo encontró y él ahí salió corriendo»¹⁷. Recordó que, para el momento en el que llegaron los uniformados, Edgar Yohani Pinto Rincón estaba escondido en el puesto de frutas y ella se hallaba sentada en unas gradas¹⁸.

Más adelante, precisó que esa era la segunda vez que ese tipo de episodio se presentaba. Al respecto, manifestó que el primer ataque tuvo lugar en la vivienda de Yolima, hermana del victimario, quien aprovechó cuando ella se dirigía hacia el baño del predio, para abordarla y conducirla hasta una «pieza de juguetes» en donde la accedió carnalmente¹⁹.

En igual sentido, Luz Marina Orduz Pico refiere que el 31 de agosto de 2014, mientras vendía «chuzos» en el parque del pueblo, aproximadamente a las 2:00 a.m. su hija se fue a orinar a la casa de un familiar y, tras percibir que no había regresado luego de 15 minutos, le solicitó al agente Orlando Landazábal que le ayudara a buscar a su hija²⁰.

Menciona que el policía ordenó a los auxiliares que la buscaran, quienes la encontraron al frente de la cancha municipal en compañía de Edgar Yohani Pinto Rincón, lugar en el que «no se ve porque es un pedazo de pared sobresaliente porque está la entrada de la frutería y la pared sobresaliente, uno divinamente se mete ahí y nadie lo ve»²¹.

Resalta que, unos minutos después la menor le narró lo que había sucedido con el agresor, en especial, que «le había metido el dedo y el pipi, que le tapaba la boca y la besaba»²²,

por lo cual fueron conducidas por el uniformado Orlando Landazábal a valoración médica, en donde su descendiente, entre lágrimas, aseguró que ya había sido accedida carnalmente anteriormente por el encartado en la vivienda de Yolima, hermana de aquél²³.

En este contexto, las ínfimas imprecisiones en las que pudo incurrir no desdibujan, como bien sostuvo el Tribunal, los aspectos centrales de los hechos, esto es, los vejámenes sexuales ejecutados por Edgar Yohani Pinto Rincón, sin que los detalles a que alude el recurrente alteren el ámbito situacional propio del punible objeto de acusación. Valga recordar que, en esta clase de testimonios,

«...la narración de una víctima sobre hechos arrasadores como los investigados en este diligenciamiento, por regla general, resulta atropellada, desordenada, en ocasiones confusa y hasta increíble, con mayor razón si se trata de una niña, pero lo importante es que el cuadro conjunto pueda ser reproducido y le permita al funcionario judicial reconstruir el escenario, sin quedarse en nimiedades capaces de convertir impropriamente el derecho a la presunción de inocencia, en un mal entendido derecho a la impunidad, insostenible en el modelo de Estado colombiano, además de no corresponderse con el referido estado de certeza racional relativa, más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado...»²⁴.

Esa fue la apreciación del ad quem cuando señaló:

Repárese en que no son las meras palabras las que ofrecen síntomas de credibilidad, sino que debe acudir a las expresiones del deponente en el contexto de los hechos y el escenario donde rinde la versión, igualmente, debe contrastarse si, efectivamente, se trata de contradicciones relevantes, pues las simples omisiones o defectos en la memoria pueden generar variaciones comprensibles, pero no llevan a la mendacidad.

Entonces, antes que reprochar el testimonio de la adolescente, ha de concluirse que merece plena verosimilitud por ser una narración circunstanciada y detallada, en tanto refleja datos

objetivos que asienten considerar que es fruto de una experiencia realmente vivida.

3.4. Esta percepción judicial se ve robustecida al examinar la Corte las referencias que hicieron tanto Luz Marina Orduz Pico como Teresa Pérez Osorio –psiquiatra forense del Instituto Nacional de Medicina Legal– respecto a la aflicción que padece M.F.O.P. En efecto, las deponentes señalaron que la niña se mostraba retraída, irritable y violenta, lo que admite afirmar que se sentía afectada por lo sucedido, tanto así que, según la perito, la examinada «eliminaba gases involuntariamente del susto del tener que recordar los hechos... había ansiedad y a veces llanto»²⁶. Estas últimas alteraciones también estuvieron presentes en el momento en que relató los hechos en el juicio oral, pues se le notó acongojada y dolida.

De igual forma, la profesional de la salud recalcó que aunque la examinada presenta un retardo mental no especificado, su relato fue coherente, consistente interna y externamente y con respaldo afectivo de ansiedad.

Esta opinión pericial, distinto a lo considerado por el jurista, se constituye en una fuente de conocimiento directa, debido a que representa, en tanto hecho indicador, la impresión diagnóstica de la médica frente a los síntomas clínicos exhibidos por la menor en la valoración forense correspondiente, la cual se ciñó a los protocolos fijados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los cuales están dotados de la científicidad requerida, en la medida que, se trata de un conocimiento controlado por la experiencia.

3.5. Por otra parte, el recurrente en el desarrollo de la sustentación cuestionó que, en el examen médico practicado a la niña en el Hospital San José, no se evidenciaron rastros de violencia o penetración, prueba que, en su parecer, es la única válida para acreditar el acceso carnal; motivo por el cual, en ese aspecto, la condena se habría fundado en medios de conocimiento carentes de tal idoneidad demostrativa.

En efecto, la Sala observa que las partes estipularon el hecho de que la menor fue

examinada el 31 de agosto de 2014 en el Hospital San José²⁷, para lo cual se aportó la historia clínica respectiva, acompañada del informe rendido por el médico Freddy M. Quintero consistente en una valoración sexológica de M.F.O.P.²⁸, en la que se determinó: «No se observan signos de trauma ni forcejeo, ropa en adecuado estado, sin manchas, no había presencia de lesiones en labios mayores ni menores, se evidencia himen perforado sin signos de desgarró, en especuloscopia, se evidencia secreción blanquecina de la cual se toma muestra».

Cabe destacar que, si bien, el dictamen sexológico realizado a la agredida no arrojó evidencias claras de violencia sexual, esto no descarta la materialización del hecho narrado por la niña, pues, al margen, de no haberse hallado huellas de desgarró o lesiones en la zona genital, el profesional de la salud que la examinó -pero no fue escuchado en juicio- indicó en la experticia que la examinada presentaba himen perforado, el cual puede o no provenir de una penetración y, además, tenía rastros de líquido blanquecino en su cavidad vaginal, respecto del cual no se acreditaron sus características u origen.

Aquí, es oportuno llamar la atención de la fiscalía dado que, por incuria e inoperancia, se abstuvo de practicar el testimonio del Doctor Freddy M. Quintero, con quien había podido establecer, posiblemente, si la menor contaba para el momento de la valoración, con rasgos notorios de abuso sexual. Asimismo, la delegada del ente acusador omitió realizar las tareas necesarias para obtener y aportar los resultados de las muestras tomadas a la secreción ya mencionada.

En ese orden, encuentra la Corte que el dictamen sexológico no contribuye al tema de prueba ni tampoco apoya la inexistencia de los hechos como lo pretende la defensa. En últimas, la prueba en cuestión tiene un valor neutro frente el objeto del proceso, pues no permite afirmar ni desvirtuar la responsabilidad penal de Edgar Yohani Pinto Rincón.

Al margen de lo anterior, vale anotar, que -contrario a lo referido por el abogado- en

nuestro ordenamiento jurídico, no existe tarifa legal probatoria, a través de la cual el legislador privilegie o exija un medio de prueba determinado para demostrar la ocurrencia de una agresión sexual, así, no es indispensable la inclusión de algún documento que certifique hallazgos físicos en los genitales de la víctima. En esa medida, la acreditación del escenario planteado por la persona perjudicada puede realizarse a través de cualquier medio de conocimiento lícito, como lo es la prueba testimonial, tal como acontece en el caso concreto.

3.6. Ahora, para la Corte es oportuno destacar, como dijo la defensa, que, a diferencia del segundo evento respecto del cual varios testimonios practicados en audiencia dieron cuenta de la presencia del agresor y la ofendida en el lugar de los sucesos, la materialización del primer incidente se circunscribe a la versión ofrecida por la niña, tras no contarse con otros testigos directos. Sin embargo, ello es insuficiente para deducir que la agresión no ocurrió o que la niña mintió, por el contrario, el contexto de los hechos deja entrever que ésta expuso lo que había pasado a las expertas que la valoraron, a la progenitora y luego, en el juicio oral.

Debe recordarse que, con frecuencia, los delitos sexuales se realizan en entornos de clandestinidad e intimidad, dado que el infractor propende por actuar cuando no hay testigos o mecanismos que permitan dar a conocer su comportamiento, es decir, busca evitar cualquier evidencia que pueda develar sus actos. Esto conlleva a que, por lo general, solo la víctima puede dar a conocer lo que sucedió puesto que el violador rodea su actuación de circunstancias favorables para la impunidad.

En el caso de la especie, el material probatorio incorporado, al igual que sostuvo el ad quem, da cuenta de la forma en que el procesado invadió la sexualidad de M.F.O.P., en particular, el testimonio de la propia agredida quien de manera coherente y descriptiva relata el episodio que padeció.

Mientras tanto, dicho suceso delictivo no aparece desvirtuado por ningún medio de prueba, pues, como se expondrá en el acápite 3.8., los testigos traídos por la defensa no tienen la capacidad suasoria necesaria para descartar la posibilidad de que el inculcado hubiera asistido, en alguna oportunidad, a la vivienda referida por la víctima.

Así pues, no hay razones para desconocer lo dicho por la afectada, pues las dudas que construye el defensor, además de no encontrar soporte en las pruebas allegadas en realidad proyectan una mirada parcial, interesada y aislada de los hechos más no a una seria crítica del testimonio.

3.7. Por otro lado, el libelista aseveró que no existe certeza respecto al lugar en el que, aparentemente, la niña fue violentada por su prohijado el 31 de agosto de 2014, por cuanto ella indicó, en la valoración médica realizada en el Hospital San José que fue abordada en la cancha municipal, en tanto que en la entrevista efectuada por la psicóloga Alba Rocío Meneses Lízcano mencionó que el ataque acaeció en el parque y, finalmente, ante las expertas Teresa Pérez Osorio y Lisbeth Andrea Andazabal Ortiz, al igual que, en el juicio oral, afirmó que la embestida ocurrió en un «metedero de frutas». A lo que se suma que, los policías que presenciaron parte de la escena no mencionaron un local de venta de frutas.

El juez plural, por su parte, consideró que ese era un aspecto que no concitaba controversia, comoquiera que

«...del testimonio rendido por Luz Marina Orduz, se corroboró que el “metedero de frutas” al que hace relación la menor “es al frente de la cancha municipal y no se ve porque es un pedazo de pared sobresaliente, puede ser sobresaliente o si, porque está la entrada de la frutería y la pared es sobresaliente” teniéndose así un relato que coincide con las especificaciones del lugar donde el encartado se dirigió a miccionar.» 29

Pues bien, teniendo en cuenta que el reproche del censor se fundamenta en las supuestas

discrepancias en las que incurrió la afectada en sus diferentes declaraciones, la Sala estima oportuno recordar que, conforme a la postura jurisprudencial que actualmente gobierna, las versiones previas de los menores de edad solo podrán ser apreciadas cuando el testigo que comparece al juicio: (i) se encuentre en una circunstancia de indisponibilidad relativa o, (ii) se retracte de lo narrado anteriormente o modifique sustancialmente su dicho.

Frente al primer tópico, la Corte señaló en un reciente pronunciamiento que «[...]solo, excepcionalmente, en el supuesto de un menor víctima de un delito de carácter sexual que comparece al juicio y no es capaz de absolver con suficiencia el interrogatorio cruzado, dada su menguada edad, los resultados positivos de sanación terapéutica, o circunstancias similares -fundadas y explícitas-, se puede estimar viable una causal legítima de admisibilidad que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas por los infantes en la fase investigativa, a modo de prueba de referencia admisible. (CSJ SP213-2021).

Y, respecto a la segunda eventualidad, la jurisprudencia ha decantado que la introducción de las versiones anteriores de los menores de edad es procedente mediante la figura del testimonio adjunto, empero para lograr su aplicación, es indispensable que la parte interesada señale en la oportunidad debida, las incongruencias fácticas relatadas por el deponente en sus diferentes intervenciones, con el fin de habilitar «a través de los mecanismos de impugnación de credibilidad y refrescamiento de memoria, la lectura por parte del órgano de prueba -el menor- del apartado respectivo, se garantice la oportunidad de confrontarlo con la divergencia detectada y en el marco del interrogatorio cruzado se obtenga una respuesta que pueda ser cotejada por el juzgador, de cara a las aserciones anteriores del testigo. El deponente, en ese orden, debe estar disponible física y funcionalmente» (CSJ SP213-2021).

De modo que, en los casos que no se presente ninguna de las anteriores circunstancias, la labor de valoración probatoria del juzgador se circunscribe al relato que el niño, niña o

adolescente brinde en la vista pública, cuyo contenido deberá evaluar, integral y conjuntamente, con los restantes elementos de convicción incorporados a la actuación.

Acorde con lo expuesto, en el asunto bajo examen, no es factible apreciar lo expuesto por M.F.O.P. en las entrevistas anteriores, pues por una parte, su disponibilidad frente al interrogatorio y contrainterrogatorio fue absoluta -no relativa-, baste observar que contestó cada una de las preguntas formuladas por las partes, garantizándose, así también, el principio de confrontación en favor del procesado, y por otra, se advierte que durante el interrogatorio cruzado al que fue sometida, no se retractó o incurrió en modificaciones sustanciales frente a su relato anterior, al punto que, ninguna de las partes empleó las técnicas de impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria, por manera que, tampoco, por esta vía, era posible acceder a las declaraciones previas de la víctima.

Ahora bien, pese a lo anterior, la Sala tras verificar la declaración de la ofendida, en el juicio oral, observa que aquella tuvo ciertos inconvenientes para señalar con precisión el sitio de la agresión, pues inicialmente refirió que fue atacada en la cancha municipal, pero, luego mencionó que el ataque sucedió en un «metedero de frutas».

No obstante, tal inconsistencia no es suficiente para demeritar su dicho, teniendo en cuenta que de los relatos brindados por los uniformados Pedro Felipe Cruz Contreras y Orlando Landazábal, Augusto Flórez Gualdrón -amigo del acusado-, Luz Marina Orduz Pico y el propio Edgar Yohani Pinto Rincón se desprende que el episodio delictivo ocurrió en inmediaciones de la cancha municipal, la cual se ubica a unos metros del parque principal del pueblo.

En esa medida, como bien resaltó el Tribunal, adquiere mayor relevancia la aclaración realizada por Luz Marina Orduz Pico en torno al lugar de los acontecimientos. Al respecto, enfatizó la deponente que el suceso se presentó

«...al frente de la cancha municipal y no se ve porque es un pedazo de pared sobresaliente,

puede ser sobresaliente o si, porque está la entrada de la frutería y la pared sobresaliente, uno divinamente se mete ahí y nadie lo ve»³⁰

De ese modo, para la Corte, a pesar de la falta de concreción de M.F.O.P., quedó debidamente demostrado que el hecho ilícito fue perpetrado al frente del polideportivo del municipio, el cual se localiza a cierta distancia de la discoteca en la que departía esa madrugada el procesado, sin que la eventualidad de haberse cometido en un espacio público incida sobre la materialidad de la conducta.

Es que, aunque las reglas de la experiencia indican que lo habitual es que este tipo de agresiones se desplieguen en espacios ocultos o reservados, nada impide admitir la posibilidad de que tales actos lascivos se ejecuten dentro de escenarios abiertos a la ciudadanía, sobre todo cuando las condiciones particulares que, como en este evento, rodean el suceso investigado, permiten aceptar la actualización del episodio narrado por la víctima.

En efecto, la Sala concluye, conforme a lo probado en el juicio, que la acción atribuida al inculpado fue perpetrada dentro de cierto marco de clandestinidad, en vista de que aconteció en horas de la madrugada -usualmente desoladas-, a las afueras de un establecimiento comercial que se ubica frente de la cancha municipal y detrás de un muro que obstaculizaba la visión desde el parque principal del centro urbano. Es decir, el inculpado buscó el escenario propicio para lograr la impunidad, o, al menos no ser descubierto fácilmente.

A lo anterior se suma que, para el momento en que acaeció el incidente, Edgar Yohani Pinto Rincón, según lo reconocieron el propio acusado y su acompañante, había ingerido una importante cantidad de licor -alrededor de doce cervezas-, que bien pudo incidir en su capacidad de aprehensión y cuidado.

Ahora bien, la circunstancia de que los uniformados traídos al juicio no hubieran

mencionado un establecimiento de venta de frutas, se explica bajo la premisa de que los acontecimientos investigados trascurrieron en la madrugada del 31 de agosto de 2014, franja horaria en la que, habitualmente, ese tipo de negocios se encuentran cerrados al público, de ahí que no fuera perceptible para los policías.

Empero, el anterior razonamiento no es aplicable a las testigos de cargo, comoquiera que por residir en dicho municipio y transitar continuamente por la zona, es apenas lógico concebir que contaban con la posibilidad de ubicar espacialmente los predios aledaños.

No sobra destacar que, si bien no era obligación de la defensa dilucidar ese aspecto, a la Corporación le causa curiosidad que en ninguna de las imágenes exhibidas por el acusado en el debate público, se logre observar los inmuebles localizados frente al ingreso de la cancha municipal, es decir, en dónde la madre de M.F.O.P aseveró que se situaba el negocio de víveres. De modo tal, que la defensa omitió registrar fílmicamente la acera opuesta al acceso principal del escenario deportivo, seguramente, con el propósito de evitar exhibir la existencia de un local de las condiciones indicadas por la víctima y su progenitora.

Es necesario aclarar que, pese a que la agredida no logró definir la fecha del primer abuso sexual, circunstancia que habitualmente queda grabada en la memoria de una persona sometida a ese tipo de maltrato, tal inconsistencia no es trascendente, pues, como ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala, resulta comprensible que, por diferentes motivos, como por ejemplo el transcurso del tiempo o el apoyo de procesos psicoterapéuticos, los menores de edad no logren concretar o, incluso, olviden el día exacto de la comisión de los ilícitos, máxime cuando la afectada, como en este caso, según lo dicho por la perito forense, padece una discapacidad cognoscitiva no especificada que le acarrea inconvenientes para rememorar datos numéricos.

En cualquier caso, al ser interrogada en juicio respecto a ese detalle, la niña, dentro de sus posibilidades, contestó que «eso fue un domingo... me parece que fue el año pasado», por

lo que si se tiene en cuenta que la audiencia se efectuó el 19 de noviembre de 2015, se deduce que la ofendida hacía referencia al año 2014, es decir, la misma anualidad en la que tuvo lugar el segundo ataque sexual.

3.8. De otra parte, la Corte observa que, opuesto a lo señalado por el recurrente, en la sentencia de segunda instancia se examinó el contenido de los testimonios presentados por la defensa, respecto de los cuales concluyó:

«Mediante el testimonio de Augusto Flórez Gualdrón, se pretende desvirtuar la ocurrencia de las conductas endilgadas, al asegurar que mientras el encartado se dirigió a orinar a unos 10 o 12 metros, nunca lo perdió de vista, siendo fantasioso el relato de la menor víctima. A pesar de lo que afirma, no es posible dar credibilidad a su dicho ya que ese comportamiento que se pretende acreditar de ser completamente aceptado correspondería a una conducta inusual, en el entendido que mientras este testigo procede a comprar en la esquina las cervezas y fumar un cigarrillo, también acompaña el proceder con la permanente vigilancia del acusado mientras hace su natural necesidad, por ende, no se puede de esta aseveración descartar la ocurrencia o no del ilícito. Además, esta percepción también se desdibuja al destacarse la poca visibilidad del lugar y el funcionamiento del poste de energía que se encontraba en el sector.» 31

[...]

«Además, el testimonio del acusado y de Cecilia Jaimes Aguillón resultan insuficientes para desvirtuar la ocurrencia del hecho, pues si bien pretenden acreditar que el periodo comprendido entre los años 2013 y 2014 siempre estuvo en el municipio de Guaca, su dicho se desvanece no solo con su hallazgo en el municipio de San Andrés el 31 de agosto de 2014, lo que devela que se movilizaba de un municipio a otro, sino con el análisis lógico del testimonio de la deponente resulta increíble que tratándose de personas a las que tan solo unía un vínculo contractual -arrendamiento-, ésta tuviera conocimiento de cada una de las

actividades realizadas por su inquilino durante un período de más de un año, lo que evidencia que no es más que una afirmación tendiente a favorecer al acusado y librarlo de incriminación en su contra»³².

Estos relatos sí fueron valorados por el Tribunal, situación distinta es que, después de apreciarlos en conjunto con las demás pruebas, como lo ordena la sana crítica, descartó que tuvieran la entidad para desconocer la versión de la víctima.

La Sala comparte la percepción del ad quem, puesto que, al analizar los testimonios traídos por la defensa para demostrar su teoría del caso, se constata que no ofrecen la consistencia suficiente para derruir el relato de la niña. Estos testigos emergen forzados al tratar, por un lado de dar secuencia temporo-espacial a las supuestas acciones llevadas a cabo por el encausado el 31 de agosto de 2014 y, por otro, a implantar la idea de que el inculcado no visitaba el municipio de San Andrés. Veamos.

Augusto Flórez Gualdrón relató las actividades que ejecutó con Edgar Yohani Pinto Rincón el día de los sucesos, precisando que alrededor de las 9:00 p.m., arribaron a una taberna del parque principal de San Andrés -Santander-, en donde se tomaron seis cervezas, adicionales a las que ya habían consumido en horas de la tarde, y, departieron con una mujer llamada Yina³³.

En aquel sitio estuvieron hasta las 2:00 a.m. cuando fueron desalojados por miembros de la Policía Nacional, luego de lo cual, su amigo se dirigió a orinar cerca a la cancha municipal, mientras él se quedó en la esquina para fumar un cigarrillo y tomar otra cerveza³⁴. Eso sí, no perdió de vista, en ningún momento al enjuiciado.

Pues bien, al contrastar su dicho con lo informado por el uniformado Pedro Felipe Cruz Contreras, no existe certeza respecto a las posibilidades reales que tenía de apreciar los sucesos, comoquiera que este último indicó que percibió a la niña y al procesado cuando se aproximó a la cancha municipal³⁶, es decir, fue necesario que el policía se acercara unos

metros a la posición de los involucrados para alcanzar a verlos. De ahí que no se comprendan las razones por las cuales el testigo Augusto Flórez Gualdrón sí pudo divisar las acciones de su acompañante desde la esquina pero el gendarme no, quien, además, a diferencia del deponente de descargo contaba con sus plenas capacidades sensoriales al no haber ingerido bebidas alcohólicas previamente.

Considera la Corporación, que, si la ubicación de la niña y su atacante era perceptible desde la esquina aledaña al bar, lo lógico es que el policía Pedro Felipe Cruz Contreras los hubiera observado desde ese mismo punto –quien se encontraba buscando a la menor ante la solicitud de la progenitora de ella–, y no que fuera necesario que se arrimara hasta el escenario deportivo para avizorar la presencia de aquellos.

Asimismo, tanto el anterior uniformado como el agente Orlando Landazábal adujeron que, desde la esquina donde estaban los negocios, no se alcanzaba a ver fácilmente al implicado y la víctima, por cuanto la luz que irradiaba el poste de energía que se ubica afuera de la entrada del polideportivo no era tan buena, en la medida que «las bombillas en ese tiempo no servían bien, se apagan y se prenden a cada rato, por eso no se veía bien»³⁷.

A ello se suma que, para ese instante, Augusto Flórez Gualdrón se encontraba en compañía de una mujer mientras fumaba un cigarrillo y bebía otra cerveza, razón por la cual, como bien lo dijo el a quem, resulta poco creíble que lograra visualizar, en todo momento, el actuar de Edgar Yohani Pinto Rincón, pues, en virtud de las máximas de la experiencia, no es común que una persona que se halla bajo los influjos del alcohol pueda ejecutar diversas acciones y, al tiempo, notar el comportamiento de un tercero que se encuentra a varios metros de distancia.

De otro lado, con los testimonios de Cecilia Jaimes Aguillón y Fredy Orduz Peña la defensa pretendió acreditar que su prohijado residía y laboraba en Guaca –Santander– y que, por lo tanto, no pudo haber cometido la otra conducta referida por la afectada atendiendo que

aconteció en San Andrés –igual departamento–.

La Sala estima que el dicho de estos deponentes no tiene el peso suficiente para descartar lo relatado por M.F.O.P., toda vez que los testigos, además de tener motivos afectivos para favorecer al encartado, no presenciaron los hechos, sino que dan cuenta de las condiciones de vida de éste y sus actividades cotidianas.

La Corte no desconoce que los declarantes, al unísono, indicaron que el enjuiciado permanecía la mayoría de su tiempo en el primer municipio, por ser su sitio de trabajo y vivienda, sin embargo, al igual que concluyera el juez singular, ello no es óbice para descartar que Edgar Yohani Pinto Rincón acudió, en ciertas ocasiones, al segundo centro urbano, en especial, cuando se advierte la existencia de diversas circunstancias que facultan inferir lo contrario como lo son:

- i. El propio acusado reconoció que tenía una casa allí, sin precisar quienes la habitaban, a la cual asistía algunos domingos.
- ii. El segundo hecho acaeció en ese poblado, es decir, no era extraña su presencia allí.
- iii. La distancia entre las poblaciones era de tan solo 12 kilómetros –como reconoció el encartado–, por lo cual era relativamente sencillo trasladarse de un municipio al otro.

Así pues, las manifestaciones de los declarantes no parecen suficientes para derruir la versión de la ofendida, toda vez que lo probado en el juicio, deja entrever que el implicado sí visitaba, al menos esporádicamente, el poblado de San Andrés –Santander–.

Lo anterior adquiere trascendencia al constatar la Corte, que, tanto M.F.O.P. como su progenitora aseveraron que conocían a la hermana del ofensor, quien tenía una vivienda en ese municipio, lugar en el que, precisamente, la niña señaló haber sido abusada sexualmente por Edgar Yohani Pinto Rincón.

De esa forma, el relato de la agredida es coherente en la medida que encuentra respaldo demostrativo en las situaciones fácticas demostradas en el proceso, esto es, la concurrencia ocasional del procesado a San Andrés, la cercanía entre la hermana de aquél y la víctima, y, la existencia de una residencia del encausado o sus familiares en dicha municipalidad, en donde la agredida expuso que fue accedida la primera ocasión.

Así las cosas, como los yerros que el demandante le atribuye al fallo de segundo grado no están acreditados y la Corte verificó a profundidad la corrección de los fundamentos probatorios del juicio de reproche, garantizando, de este modo, el derecho fundamental a la impugnación de la sentencia que condenó al inculpado, por primera vez, en segunda instancia, la Sala no lo casará y lo confirmará, de acuerdo con el principio de doble conformidad judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Edgar Yohani Pinto Rincón como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo y lo absolvió por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

En consecuencia, atendiendo el principio de doble conformidad judicial, se confirma el fallo condenatorio dictado por primera vez en segunda instancia. Contra esta decisión no

procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Respecto a la fecha de los hechos se tiene, conforme a lo robado en juicio que el segundo evento aconteció el 31 de agosto de 2014, en tanto que el primer episodio, según la versión de la víctima, ocurrió un domingo de ese mismo año sin lograr determinar la fecha exacta.

2 Cfr. Acta en folios 7 y 8 del cuaderno del juzgado y registro de audio en disco

compacto.

- | | | |
|----|--|---------|
| 3 | Cfr. Folios 11 a 16 del cuaderno juzgado. | |
| 4 | Cfr. Folios 26 a 28, ib. | |
| 5 | Cfr. Folios 32 a 37, ib. | |
| 6 | Cfr. Folio 43, ib. | |
| 7 | Cfr. Folio 76, ib. | |
| 8 | Cfr. Folio 114, ib. | |
| 9 | Cfr. Folio 167, ib. | |
| 10 | Cfr. Folio 170, ib. | |
| 11 | Cfr. Folios 177 a 192, ib. | |
| 12 | Cfr. Folios 235 a 243, ib. | |
| 13 | Cfr. Folios 10 y 166 cuaderno de la Corte. | |
| 14 | Cfr. Acta en folios 41 y 42, ib. | |
| 15 | Cfr. Folio 239 reverso cuaderno juzgado | |
| 16 | Cfr. Minuto 40:30 audiencia del 19 de noviembre de 2015, | audio 1 |
| 17 | Cfr. Minuto 42:30 audiencia del 19 de noviembre de 2015, | audio 1 |
| 18 | Cfr. Minuto 11:40 audiencia del 19 de noviembre de 2015, | audio 2 |

- 19 Cfr. Minuto 43:32 audiencia del 19 de noviembre de 2015, audio 1.
- 20 Cfr. Minuto 04:12 audiencia del 19 de noviembre de 2015, audio 3.
- 21 Cfr. Minuto 14:20, ib.
- 22 Cfr. Minuto 08:00 audiencia del 19 de noviembre de 2015, audio 3.
- 23 Cfr. Minuto 16:00, ib.
- 24 CSJ SP, 16 abr. 2015, rad. 43262
- 25 Cfr. Folio 238 cuaderno juzgado
- 26 Minuto 16:56 audiencia del 25 de mayo de 2016.
- 27 Como estipulación n.º 1 se dio por probado que M.F.O.P. fue valorada el día de los hechos en el Hospital San José de San Andrés -Santander-, sin embargo, el médico que realizó el examen físico no fue traído al juicio para aclarar el contenido del dictamen.
- 28 Cfr. Folio 69 cuaderno juzgado
- 29 Cfr. Folio 239 reverso cuaderno juzgado.
- 30 Cfr. Minuto 14:20 audiencia del 19 de noviembre de 2015, audio 3.
- 31 Cfr. Folio 239 cuaderno juzgado.
- 32 Cfr. Folio 238, ib.
- 33 Cfr. Minuto 01:08:00 audiencia del 12 de septiembre de 2016.

35 Cfr. Minuto 01:12:15, ib.

36 Cfr. Minuto 01:19:40 audiencia del 25 de mayo de 2016.

37 Cfr. Minuto 01:21:40 audiencia del 25 de mayo de 2016.