

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP330-2023

Doble conformidad No. 58223

Acta No. 151

Bogotá, D.C., nueve (09) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve la impugnación especial presentada por el defensor de FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE en contra del fallo emitido el 19 de junio de 2020 por el Tribunal Superior de Neiva, que revocó la absolución proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón (Huila) y, en su lugar, lo condenó por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

II. HECHOS

En el año 2013, la niña M.J., de 3 años de edad, era llevada diariamente a un hogar infantil que operaba en la vereda Los Cauchos (municipio de Guadalupe, Huila), en el mismo inmueble que servía de residencia a FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE y su compañera sentimental. Esta tenía a cargo la dirección del centro de cuidado infantil.

FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE y los padres de M.J. eran amigos. Igualmente, era el padrino de uno de los hijos de la pareja.

Bajo ese contexto, FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE tocó libidinosamente la vagina de la niña M.J., lo que ocurrió en una de las habitaciones del inmueble destinado al hogar infantil.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. La imputación y acusación

El 5 de febrero de 2014, la Fiscalía imputó a FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Finalmente, lo acusó por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, previsto en el artículo 209 del Código Penal.

3.2. El fallo de primera instancia

El 14 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón (Huila) lo absolvió. Expuso las siguientes razones:

Los cargos tienen como soporte principal la declaración de la víctima. Por su corta edad, su versión “no permite que haya comprensión o entendimiento” de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos.

El abuso supuestamente ocurrió cuando la niña tenía tres años. Declaró en el juicio oral 2 años después. A esa edad, no estaba en capacidad de comprender la gravedad de los hechos y las consecuencias de los cargos “formulados contra su vecino”.

No es creíble que los hechos hayan ocurrido en el hogar infantil al que acudía la niña, toda vez que: (i) el lugar es pequeño, (ii) existe visibilidad hacia todas las dependencias, y (iii) allí se encontraban la administradora, la manipuladora de alimentos y 14 niños, por lo que no es

posible que se presentara el abuso sexual sin que hubiera sido notado.

El procesado no permanecía en el inmueble donde funcionara el hogar infantil. Según las pruebas de la defensa, salía todos los días alrededor de las seis de la mañana y regresaba cuando ya los niños se habían marchado. Esto fue corroborado por la representante del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que tenía a cargo la supervisión de dicho establecimiento. Solo hacía presencia por un corto lapso a la hora del almuerzo, siempre en presencia de las encargadas del lugar y de los niños allí atendidos.

No se generó un conflicto social a raíz de estos hechos, a pesar de la gravedad del señalamiento y de que se trataba de una comunidad pequeña.

La madre de la víctima es “testigo de oídas”.

La psicóloga que declaró a instancias de la Fiscalía aclaró que: (i) no halló síntomas de daño psicológico en la menor, (ii) no existe un mecanismo que permita establecer la credibilidad del relato de un niño, y (iii) la versión de M.J. es coherente, ya que coincide con las otras vertidas en el expediente que le fue suministrado.

Contrario a las máximas de la experiencia, los padres no le hicieron reclamos al procesado al enterarse del supuesto abuso sexual.

El flujo vaginal de la niña, detectado por su progenitora, es de origen indeterminado, como lo precisó el experto que declaró a instancias de la Fiscalía.

El Tribunal concluyó que las pruebas practicadas durante el juicio oral son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, más allá de duda razonable.

Por tanto, lo condenó a la pena principal de nueve (09) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como

autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años y le negó los subrogados. Estas las razones:

No se discute que la víctima nació el 24 de junio de 2010. Tampoco, que para el año 2013 asistía al hogar infantil denominado Tom y Jerry, administrado por la señora Leidy Cuéllar Pimentel, compañera sentimental del procesado. Igualmente, que éste residía en el mismo inmueble donde se les prestaba la atención a los niños.

Aunque es cierto que la víctima, por su edad, no estaba en condiciones de precisar todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon los hechos, en el juicio oral dijo que Lalo (como se le conoce al procesado) le metió el dedo en la vagina, lo que sucedió en una habitación del inmueble donde funcionaba el hogar infantil. Paralelamente señaló en su propio cuerpo la ubicación de la vagina. Negó haber sido influenciada para relatar estos hechos. Agregó:

La ad quo pasó por alto que la niña M.J.S.E., a pesar de tener cerca de cinco años cuando entregó su testimonio de manera expresa, coherente, hilvanada, detallada y con respaldo emocional señaló a FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE, “Lalo”, como la persona que le tocó la vagina en una de las habitaciones del hogar infantil al que iba a estudiar (...).

Además, el testimonio de la impúber fue debidamente corroborado, así:

Sus padres y su abuela confirmaron que la niña acudía al hogar infantil administrado por la esposa del procesado. Además, que la niña les contó que “Lalo” le había metido un dedo en la vagina, lo que le causó dolor, y que lo hizo mientras la encargada del establecimiento “se ocupaba de otro bebé”. Igualmente, que cuando llevaron a su hija al hogar infantil notaron la presencia del procesado en ese lugar. Sobre esa base, concluyó:

Como puede verse, con las declaraciones de Erika Paola Espinosa Polanía, José Gregorio Sánchez González y Graciela González Sánchez, se llenan los vacíos de información dejados

por la infante cuando rindió su testimonio. Con los cuales resulta claro, que el hogar infantil al que se refería la niña era denominado “Tom y Jerry”, ubicado en la vereda Los Cauchos del municipio de Guadalupe, Huila, donde era madre comunitaria Leidy Viviana Cuéllar Pimentel, compañera sentimental del procesado.

Igualmente, con las exposiciones anteriores queda claro que cuando la niña dice que “Lalo” le tocó la vagina, se refiere a FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE (...).

Los parientes de la víctima no presenciaron los hechos, como tampoco lo hizo la psicóloga convocada por la Fiscalía, pero con esos testimonios se estableció que la menor mantuvo a lo largo del tiempo la versión sobre el abuso sexual.

Además, la psicóloga se refirió al adecuado desarrollo mental de la víctima, acorde a su edad. Añadió:

La valoración demuestra que la niña tenía raciocinio y comprensión, buena conciencia, lenguaje, memoria, funciones cognitivas superiores acordes a su edad cronológica. Lo que significa, que estaba en capacidad de dar a conocer hechos reales y no imaginarios o inducidos y reconocer personas sin problemas.

El flujo vaginal observado en la menor pudo tener varias causas, entre ellas la manipulación sexual, como lo expresó el perito presentado por el acusador.

Aunque el referido experto dijo que el himen de la niña, por sus características, debió romperse con la introducción del dedo de un adulto, también precisó que la pequeña pudo haberse referido solo a la manipulación del área vaginal. Ello, sin perder de vista que, según el perito, una palpación superficial no da lugar al rompimiento de dicha membrana.

La presencia de la administradora del local, la manipuladora de alimentos y de los 14 niños, no descarta la ocurrencia del tocamiento libidinoso referido en la acusación. Por residir en

ese inmueble, el procesado no era un extraño para los niños, “circunstancia que le permitía conocer las actividades diarias que cada uno de ellos efectuaba dentro del hogar, y por ende determinar el momento oportuno para cometer la conducta ilícita”.

No es creíble que el procesado saliera todos los días a las seis de la mañana, porque: (i) trabajaba por su propia cuenta, por lo que no estaba sujeto a horarios estrictos, (ii) los parientes de la víctima lo vieron allí cuando fueron a llevar a la niña, y (iii) la delegada del I.C.B.F. realizaba inspecciones esporádicamente, razón por la que no podía dar cuenta de lo que sucedía cotidianamente en el inmueble.

Además, el estrecho vínculo que existía entre los padres de la víctima y el procesado, dio lugar a que la niña fuera a jugar con los hijos de éste. Ello sucedía en el inmueble donde funcionaba el hogar infantil, por fuera de la jornada de atención a los niños.

La inexistencia de una protesta social a raíz de estos hechos no descarta que los mismos hayan ocurrido.

Igualmente, que los padres hayan decidido acudir a las autoridades para poner en conocimiento los hechos, en lugar de enfrentar al acusado, no niega su existencia.

IV LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado sostiene que las pruebas practicadas en el juicio oral son insuficientes para concluir más allá de duda razonable que el procesado abusó sexualmente de M.J. Expone lo siguiente:

El fundamento principal de la condena es el testimonio de la madre de la víctima, quien se refirió a aspectos no mencionados por la menor, entre ellos: (i) la entrega de bombones y muñecos por parte del procesado, (ii) el dolor que sintió cuando fue manipulada sexualmente, (iii) la habitación donde supuestamente ocurrieron los hechos, y (iv) no dijo

que iba a estudiar, ni sabía dónde realizaba ese tipo de actividades. Por tanto, estos apartes del relato son producto de la invención de la denunciante.

Tampoco es cierto que la niña hubiera mencionado este incidente en presencia de su abuela y su tía, toda vez que, de haber sido así, lo lógico es que los padres hubieran procedido a la respectiva verificación.

Sobre el hallazgo del flujo vaginal, destaca que la Fiscalía se basó en un concepto médico cuestionado a lo largo del proceso, lo que explica por qué varió la calificación jurídica entre la imputación y la acusación.

Los padres de la víctima no pudieron ver al procesado en el hogar infantil, en el horario de prestación de servicio a los niños, porque la menor era llevada a ese lugar por su abuela o su hermano de siete años.

Cuestiona el concepto de la psicóloga Claudia Patricia Vargas Cedeño, porque no tuvo en cuenta lo expuesto por otras expertas que llegaron a conclusiones diferentes. Además, no consideró que parte de la versión en que se fundamenta su concepto fue inventada por la denunciante.

De otro lado: (i) nunca se estableció la causa del flujo vaginal detectado en la menor, y (ii) según el experto presentado por la Fiscalía, la introducción de un dedo en la vagina de la niña debió generar la ruptura del himen, pero la menor presentaba esa membrana intacta.

Finalmente, la versión de la delegada del I.C.B.F, quien dijo que en el hogar solo permanecían la encargada del hogar infantil y la manipuladora de alimentos (en el horario de atención a los niños), encuentra respaldo en las versiones de los vecinos que comparecieron al juicio oral, quienes conocían este aspecto porque tenían a sus hijos en dicho establecimiento.

Tras afirmar la razonabilidad del fallo absolutorio emitido en primera instancia, solicita la revocatoria de la condena proferida por el Tribunal.

V. LOS NO RECURRENTES

Acorde con la información remitida por el Tribunal, no presentaron alegatos.

VI. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Teniendo en cuenta que el Tribunal emitió la primera condena en contra del procesado, la Sala examinará a fondo los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo recurrido, para garantizar el derecho a la doble conformidad.

2. Delimitación del debate

Como ya se indicó, la controversia se reduce a la existencia de pruebas suficientes para concluir que el procesado, en el año 2013, le tocó la vagina a la menor M.J., cuando asistía al inmueble donde funcionaba un hogar infantil, a cargo de su compañera sentimental.

Más puntualmente, el debate se ha orientado a los siguientes aspectos: (i) la credibilidad del testimonio de la víctima, (ii) la corroboración que encuentra su relato en las otras pruebas, y (iii) el valor que debe otorgársele a las pruebas de descargo.

3. Lo que se demostró en el proceso

A pesar de las limitaciones propias de su edad, la menor indicó con precisión que: (i) es hija de Erika y Gregorio, (ii) su residencia está ubicada en “Los Cauchos”, lo que coincide con lo expuesto por los demás testigos, (iii) residía con sus padres y con su abuela Graciela, (iv) estudiaba en el hogar infantil, ubicado en el mismo paraje, (v) conocía a Lalo, a quien veía en el inmueble donde funcionaba el referido establecimiento, (vi) Lalo le metió el dedo en la vagina, lo que ocurrió en la casa destinada al cuidado de los niños de la zona, y (vii) el procesado no le tocó otras partes de su cuerpo.

Está igualmente demostrado que la víctima conocía a FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE (Lalo), en virtud del estrecho vínculo de amistad que éste tenía con sus padres, al punto que era su padrino o el de uno de sus hermanos.

Aunque es cierto que los padres de M.J. incurrieron en una contradicción, pues la denunciante dijo que el procesado era el padrino de la niña, mientras el padre señaló que lo era de otro de sus hijos, no se discute el estrecho vínculo de amistad que existía entre ellos.

Sobre esto último, la Sala destaca que: (i) durante el juicio oral no se cuestionó la estrecha amistad que existía entre los padres de la niña y el procesado, (ii) tampoco se trajo a colación ni insinuó algún problema o desacuerdo entre ellos, y (iii) en consecuencia, no se avizoran motivos para que la niña hubiera sido instrumentalizada para perjudicar al procesado.

Adicionalmente a esto, el informe psicológico, a cargo de la profesional Claudia Patricia Vargas Cedeño, da cuenta que la niña presentaba un adecuado desarrollo mental. A lo que se suma la ausencia de razones para concluir que M.J. tuviera algún trastorno o afectación

que la hubieran llevado a inventar la historia del tocamiento de su vagina.

La defensa cuestiona el testimonio de la menor, porque asegura que Lalo le “metió el dedo” en su vagina, lo que debió generar la ruptura de su himen, dadas las características físicas descritas por el médico que practicó el respectivo examen. Esta apreciación omite considerar que, (i) la niña conocía las partes de su cuerpo, como lo expresó la psicóloga Vanegas y se demostró durante su testimonio en el juicio oral, (ii) es razonable que se haya referido con esa frase a la manipulación de su área genital, independientemente de hasta dónde ingresó el dedo del procesado, y (iii) el profesional de la medicina precisó que una manipulación de la vagina no implica necesariamente la ruptura del himen.

Es cierto que la testigo Alexandra Calentura señaló que durante las visitas rutinarias de control nunca observó al procesado en el inmueble donde funcionaba el hogar infantil, pero no lo es menos que esos controles solo se realizaban dos veces en el año.

Esta versión riñe con lo expuesto por la testigo Clara Pimentel Bermeo, suegra del procesado, quien, a instancias de la defensa, sostuvo que las visitas de control se realizaban con frecuencia, mostrando un interés extremo en descartar cualquier contacto del procesado con los niños. Por eso aseguró que siempre salía a las 6:00 de la mañana, se tomaba unos pocos minutos para almorzar y nuevamente salía a dejarle la comida a su progenitora, quien había sufrido un accidente.

En el mismo sentido se pronunciaron otros testigos de descargo, entre ellos Orfilia Sánchez Ibarra y Gonzalo Gutiérrez Pimentel, pero estas pruebas no desvirtúan la versión de la víctima.

No es materia de discusión que el procesado vivía en el inmueble donde funcionaba el hogar infantil. Tampoco, que tenía una estrecha relación de amistad con los padres de la víctima, quienes permitían que la niña asistiera a ese lugar, incluso por fuera del horario dispuesto para la atención de los niños, como lo señaló su progenitora.

Además, los padres de la víctima señalaron que en varias ocasiones vieron al procesado en esa casa a la hora de ingreso de los niños (8 de la mañana), lo que descarta que éste, sin excepción, permaneciera por fuera de la residencia.

Esta versión de los padres de la menor es creíble, no solo porque se advierte desprevenida, sino porque se estableció que el procesado trabajaba por su cuenta, lo que descarta que estuviera sometido a un horario estricto, que lo obligara a salir diariamente a las horas mencionadas.

La circunstancia que otros padres de familia no hayan visto al procesado en el hogar infantil, no lo excluye de la comisión del delito, porque los testigos no mantenían permanentemente en ese lugar, lo cual no descarta que en otros momentos el procesado hubiera coincidido con la menor, con mayor razón si se tiene en cuenta que la niña asistía también al lugar en horarios diferentes a los habituales.

El defensor descalifica la versión de los padres de M.J., de haber visto al procesado en el hogar infantil a la hora de ingreso de los niños, con el argumento que la menor era llevada al lugar por su abuela y su hermano. Sin embargo, omite considerar que las actividades de estos testigos, si bien les impedían llevar a la niña diariamente a la residencia del procesado, ello no significaba que no lo hicieran cuando estaban presentes en la vereda.

En síntesis:

i. Entre los padres de la víctima y el procesado existía una fuerte amistad, lo cual, aunado a la inexistencia de problemas entre ellos, permite descartar que la denuncia de los hechos obedezca a una manipulación de la niña para perjudicarlo.

iii. El centro de cuidado infantil funcionaba en el mismo inmueble donde residían el procesado y su compañera marital.

iv. La víctima señaló directamente al procesado como la persona que tocó su vagina, en una de las habitaciones del referido inmueble.

v. No se avizoran razones para que la niña haya podido inventar esa historia.

vi. La amistad entre ambas familias, la habitual comparecencia de la víctima al referido inmueble, aunado al hecho que el mismo era el sitio de residencia del procesado, permiten concluir que FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE tuvo la oportunidad de realizar el abuso sexual referido por la menor,

vii. El señalamiento incriminatorio de M.J. fue persistente y consistente en los aspectos medulares, lo que permite descartar que corresponda a un “invento ocasional”,

viii. durante el debate probatorio no se aportaron razones para concluir que la niña, de 3 años de edad, pudo inventar dicha historia.

ix. El hecho que el himen de la menor estuviera intacto, no descarta que su vagina haya sido manipulada, en cuanto es posible que los dedos de ACOSTA BERNATE no hayan alcanzado a romper dicha membrana.

x. Es razonable que la niña se haya referido a esos tocamientos con la frase “me metió el dedo”, sin que ello implique una contradicción con el hecho de hallarse su himen intacto.

xi. El flujo vaginal detectado en la menor pudo tener como causa el abuso sexual y, en todo caso, no descarta su ocurrencia.

xii. Resulta irrelevante el esfuerzo de la defensa al pretender demostrar que, de haberse presentado algún abuso, las demás personas que se hallaban presentes en el inmueble se hubieran percatado del llanto de alguno de los niños, porque en este caso no se reportó una reacción similar por parte de la menor, de quien se dice recibió regalos del procesado.

xiii. Incluso, si se aceptara para la discusión, que el inmueble donde ocurrieron los hechos prácticamente no tenía puertas, ello no descarta que ACOSTA BERNATE haya realizado el abuso sexual, puesto que, según la descripción de la víctima, se habría tratado de tocamientos que duraron poco tiempo.

xiv. Aunque algunos testigos trataron de descartar la autoría del procesado a partir de desconocer las condiciones de oportunidad, ello riñe con lo expuesto por los testigos de cargo sobre su presencia en el lugar cuando la niña era llevada a las 8 de la mañana, como también, con el hecho que la menor comparecía en otros horarios en virtud de la amistad que existía entre las dos familias.

Finalmente, el Juzgado de primera instancia se equivocó al valorar negativamente el comportamiento asumido por los padres de la menor de acudir directamente las autoridades, en lugar de enfrentar al procesado, y la pasiva reacción de la comunidad de la Vereda Los Cauchos cuando se enteró del abuso sexual, puesto que,

i. No es extraño ni puede tener implicaciones negativas, que las personas cumplan con el deber legal de poner esta clase de asuntos en conocimiento de las autoridades, en lugar de propiciar enfrentamientos con el supuesto agresor.

ii. La supuesta máxima de experiencia sustentada en las reacciones de los padres de niños víctimas de abuso sexual, es inaceptable. Ello no corresponde a fenómenos de observación cotidiana, ni el supuesto enunciado general y abstracto tiene la generalidad o universalidad que caracteriza estas formas del conocimiento.

iii. Los padres de la víctima eran amigos del procesado, razón de más para procurar que estos complejos hechos fueran esclarecidos en el ámbito judicial.

iv. La ausencia de protesta social frente a los hechos, tampoco descarta la comisión de la conducta. Esto, como ya se indicó, no constituye una máxima de experiencia que contribuya a dilucidar lo ocurrido.

Por todo lo anterior, se confirmará el fallo impugnado.

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,

Confirmar el fallo condenatorio proferido el 19 de junio de 2020 por el Tribunal Superior de Neiva en contra de FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE.

Contra esta providencia no proceden recursos.

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

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria