



Proceso n.º 29369

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado ponente:
YESID RAMÍREZ BASTIDAS
Aprobado Acta N° 277

Bogotá, D. C., miércoles, primero (1º) de septiembre de dos mil diez (2010).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscal Segunda Seccional de Pamplona, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de esa misma ciudad que absolvió al procesado REYES GARCÍA HERNÁNDEZ de los cargos formulados como presunto autor de la conducta punible de *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:



Corte Suprema de Justicia

1. Los primeros fueron tratados por la Fiscalía y los jueces de instancia de la siguiente forma:

Adscritos a la Unidad Investigativa SUB-SIJIN de la ciudad (Pamplona), venían realizando seguimientos esporádicos al recepcionista del Hotel Álamo de la ciudad, toda vez, que por información de ciudadanos a la Comisaría de Familia y a Bienestar Familiar, se conoció de posibles actos que allí se efectuaban a menor de edad; así, que el día 13 de mayo de 2006, la central de radio, recibió llamada telefónica y se informaba que el (sic) Hotel Álamo se encontraba el señor recepcionista (REYES GARCÍA HERNÁNDEZ) con una menor de edad, a quien le estaba realizando actos sexuales, razón para proceder a verificar y hallar efectivamente a una menor de edad L.X.Q.P.¹, de 10 años, quien entrevistada dijo que el día anterior REYES le había dado \$2.000.00, para que se dejara tocar sus partes íntimas y le hiciera sexo oral y que ese día le ofreció otros \$2.000.00, para que se dejara hacer lo mismo que el día anterior, a mas de agregar que esos actos los hacía continuamente.

Posteriormente ante la suscrita Fiscal, la menor de 10 años de edad L.X.Q.P., corrobora que el señor le regalaba \$2.000.00, le tocaba los senos, el cuello, la vagina, cuando la sentaba en las rodillas y que ocurrió muchas veces, señalando que en la silla que hay en donde guardan las maletas y agregando que cuando pasaba gente por allí, la paraba rápido y que le pidió que le tocara el pene.

2. Por los anteriores episodios, el 8 de septiembre de 2006 la Fiscalía Segunda Seccional de Pamplona profirió resolución de acusación contra el vinculado REYES GARCÍA HERNÁNDEZ como presunto autor de la conducta punible de *acceso carnal o acto*

¹ Se omite identificar a la menor (y a su progenitora como se verá adelante) por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la *Declaración de los Derechos del Niño* y en acatamiento a los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder* (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo normado en los artículos 47-8; 193-7 de la Ley 1090 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).



Corte Suprema de Justicia

sexual abusivos con incapaz de resistir en concurso por haberse infringido varias veces la misma disposición penal y en circunstancia de agravación punitiva por realizarse con menor de 12 años (artículos 210 y 211-4 del cp), providencia que alcanzó ejecutoria el 28 de octubre siguiente cuando la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta la confirmó al resolver recurso de apelación interpuesto por el defensor del sindicado.

3. Correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Pamplona adelantar el juicio y celebrada la audiencia de juzgamiento, el 7 de junio de 2007 absolvió al procesado de los cargos imputados.

4. Esa sentencia fue recurrida por la Fiscalía Segunda Seccional y el 8 de octubre siguiente el Tribunal Superior de esa ciudad la confirmó, fallo contra el cual la misma recurrente interpuso y sustentó el recurso de casación.

5. La demanda fue admitida por auto del 16 de marzo de 2008 y obtenido el concepto de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal procede la Corte a resolver lo pertinente.

LA DEMANDA:

Con apoyo en las causales tercera y primera, cuerpo primero y segundo, artículo 207 del cpp, la libelista formuló tres cargos



Corte Suprema de Justicia

contra la sentencia proferida por el Tribunal, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

Cargo primero (principal): nulidad por falta de motivación del fallo:

1. Los fallos de instancia carecen de sustento en la medida que pasaron por alto la relación fáctica y probatoria, en particular esta última que constituía por las declaraciones de la menor, de su señora madre, del agente captor y de la Comisaría de Familia, al igual que la prueba forense, medios que dan cuenta de los abusos sexuales cometidos sobre la víctima con retardo mental.

2. Del mismo modo la sentencia omitió dar respuesta a los alegatos del ente acusador que de manera pormenorizada demostraban la responsabilidad del procesado sin que tal compromiso se pudiera desconocer con el simple argumento de no estar probado el acceso carnal y por consiguiente los actos sexuales abusivos.

3. Como normas violadas citó los artículos 13, 170-4 y 238 de la ley 600 de 2000.

Por lo anterior, solicitó anular la providencia recurrida y disponer que se vuelva a dictar conforme a la ley.



Cargo primero subsidiario: violación directa de la ley sustancial

1. El Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 7° del cpp sobre la duda y como consecuencia de ese desacierto dejó de aplicar el artículo 210 del cp sobre actos sexuales abusivos con incapaz de resistir en concurso, violación que se produjo por error de hecho en la apreciación y valoración de algunas pruebas.

2. El primer desacierto consistió en que el *ad quem* le restó credibilidad a las declaraciones de la víctima y a la prueba pericial en relación con la ausencia de evidencia física sobre el acceso carnal con el miembro viril, valoración que lo llevó de manera equivocada a sostener que si no hubo acceso carnal se deduce que tampoco hubo actos sexuales abusivos, dejando de lado que estos últimos no dejan huella o muestra en el cuerpo de la ofendida.

3. En la valoración probatoria se equivocó la Corporación de segundo grado al restarle credibilidad a la versión primigenia de la víctima que de manera real y espontánea una vez hallada en el Hotel Álamo, comentó desprevenidamente y de inmediato lo que estaba realizando su abusador sexual, el aquí procesado, versión de la niña que es creíble y que ya se conocía con anterioridad como lo expresó la Comisaria de Familia y los agentes de la policía que intervinieron en su aprehensión.



Corte Suprema de Justicia

4. El Tribunal en su análisis probatorio omitió valorar la primera declaración de la madre de la ofendida, la primigenia declaración del agente captor, la versión de la Comisaria de Familia y la prueba indiciaria constituida por el seguimiento que se le venía haciendo al procesado quien se desempeñaba como recepcionista en el Hotel Álamo y la llamada telefónica efectuada por la ciudadanía que reportó actos abusivos en menor, lo que propició la inmediata verificación por la policía y la subsiguiente privación de la libertad de dicho sujeto ante la escucha inmediata y espontánea del dicho de la menor abusada.

5. Si el *ad quem* hubiera analizado la prueba en conjunto llegaría a la conclusión de certeza sobre las conductas punibles investigadas y la responsabilidad del acusado quien mancilló los derechos de una niña menor de diez años con problemas de retardo mental.

Por lo anterior, solicitó casar el fallo y proferir uno de reemplazo que condene al acusado por la conducta punible de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, agravada por ser la víctima menor de diez años, y en concurso delictual, conforme le fue imputada en la resolución de acusación, y se le impongan las penas privativa de la libertad y accesorias conforme a la ley.

Cargo segundo subsidiario: violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de falso juicio de legalidad



1. El juez de primera instancia en la audiencia preparatoria ordenó recepcionar los testimonios de GUILLERMO MARTÍNEZ CAMARGO y CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ, investigador y patrullero de la policía nacional, respectivamente.

2. Esas declaraciones no fueron evacuadas en la audiencia de juzgamiento, sino que el *a quo* dictó un auto de sustanciación ordenando su acopio antes de ese acto procesal, sin la consecuente participación de la fiscalía y con desmedro para los derechos de la víctima.

3. Esas pruebas si bien no fueron mencionadas por el Tribunal, sí las tuvo en cuenta el fallo de primer grado como sustento de la absolución que favoreció al acusado.

4. Si se excluye del arsenal probatorio estas dos declaraciones otro sentido debió darse al estudio de la prueba y la conclusión no era otra que la sentencia de condena contra el procesado en la medida que en las oficinas de la Comisaría de Familia y en la Policía de Pamplona existían reportes o informes verbales sobre las actividades que desarrollaba el sindicado, aprehendido junto a la menor víctima, quien relató inmediatamente y de manera espontánea, lo que le realizaba esa persona en la recepción y cerca del baño del Hotel donde prestaba sus servicios.



Corte Suprema de Justicia

Por lo anterior, solicitó casar la sentencia impugnada y proferir una de reemplazo que condene al acusado por las conductas punibles imputadas.

ALEGATO DEL NO RECORRENTE:

El procesado manifestó, luego de hacer diferentes críticas a la actividad procesal desplegada por la Fiscalía y destacar las decisiones de los jueces de instancia, que era absolutamente inocente de los cargos imputados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal se refirió a los cargos en el orden en que fueron propuestos por la libelista, así:

Cargo primero principal: nulidad por falta de motivación de la sentencia

1. Al comparar los fallos de primera y segunda instancia la Delegada es de la opinión que tales decisiones, contrario a lo planteado por la demandante, están plenamente sustentadas en fundamentos fácticos y jurídicos, los argumentos no riñen con la lógica ni resultan contradictorios y tuvieron en cuenta el contenido de las pruebas.



Corte Suprema de Justicia

2. Del mismo modo, el Tribunal respondió uno a uno los argumentos de la Fiscalía impugnante, quien ahora en casación da cuenta de su inconformidad con la sentencia recurrida por cuanto no comparte su propia apreciación de los hechos y las pruebas, pero no demuestra que la decisión adolezca de motivación o que esta sea ambivalente o incompleta, razón por la cual el reparo principal no está llamado a prosperar.

Cargo primero subsidiario: violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida

1. La demandante seleccionó en forma indebida la causal para formular este reparo porque aún cuando anunció que se trataba de una violación directa por falta de aplicación del artículo 7° del cpp relacionado con el principio del *in dubio pro reo*, finalmente resultó censurando la valoración de la prueba a través de un error de hecho por falso juicio de identidad en el testimonio de la menor ofendida y del dictamen pericial forense, de manera que el cargo se debió formular como una violación indirecta de la ley sustancial.

2. Al examinar el testimonio de la menor L.X.Q.P., luego de hacer transcripciones textuales de lo narrado por la víctima en las diferentes oportunidades que declaró y de citar varias decisiones de la Corte, concluyó que lo expuesto por la menor víctima de abuso sexual merece credibilidad y que si bien su versión varió en algunos detalles resultó consistente en las entregas de dinero que le hacía el procesado a cambio de tocamientos y caricias, razón



Corte Suprema de Justicia

por la cual señaló que las decisiones de instancia fueron desacertadas en la valoración que hicieron a lo dicho por la niña.

3. Criticó la forma como el Tribunal valoró el informe psiquiátrico porque del mismo resultó importante la forma como se explicó el retardo mental de la víctima, amén que del mismo no se pudo descartar la existencia de sexo oral.

4. Afirmó que de la prueba examinada se debe concluir que la menor fue víctima de acceso carnal -oral- y actos sexuales abusivos, motivo por el cual este cargo debe prosperar.

Cargo segundo subsidiario: violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad

1. Consideró que el cuestionamiento que hace la demandante sobre la valoración por parte del *ad quem* de los testimonios de los policiales GUILLERMO MARTÍNEZ CAMARGO y CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ, porque sus declaraciones fueron recibidas en la etapa del juicio pero por fuera de la audiencia pública, no tiene la contundencia necesario para estructurar un falso juicio de legalidad al desconocerse las razones por las cuales tales declaraciones no se practicaron en la vista pública.

2. Agregó que tampoco se conculcó el derecho de contradicción porque su ejercicio no se viola por el hecho de privar a un sujeto procesal de participar en el interrogatorio, dado que la controversia puede tener lugar de otras formas, como



Corte Suprema de Justicia

cuando se valora en uno u otro sentido la declaración dentro de la intervención en la audiencia.

3. Los anteriores motivos le llevaron a concluir que el cargo no debería prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Primer cargo (principal): nulidad por falta de motivación

1.1. En este cargo se reprocha la sentencia de segundo grado por tener una motivación deficiente, vicio de estructura que afecta la plenitud de las formas propias del juicio, materia que al ser estudiada por la Sala ha llevado a establecer que

si la sentencia carece absolutamente de motivación sobre un elemento del delito, la responsabilidad del acusado, o en relación con una específica circunstancia de agravación, o la individualización de la pena, o no empece tener motivación la misma es ambigua o contradictoria, o se fundamenta en supuestos fácticos o racionales inexistentes, y en tal medida las consideraciones del juzgador no podrían ser fundamento legal y razonable de la decisión contenida en la parte resolutive, la nulidad se erige como la única vía plausible de solución².

1.2. Sobre el mismo tema en oportunidad posterior precisó que

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia* de casación, 11 de julio de 2002, radicado 11862.



Corte Suprema de Justicia

La irregularidad, sin embargo, como todo defecto que puede conducir a la invalidación del proceso, debe ser de contenido sustancial. No se trata de seleccionar caprichosamente algún segmento de la sentencia para reprocharle su falta de claridad o de profundidad, su ambigüedad o contradicción. El fallo es una unidad que, si permite integralmente su comprensión y explica su contenido, debe tenerse por suficientemente motivado independientemente de pequeños vacíos, incongruencias o contradicciones que pudiera contener³.

1.3. De manera que una censura de esta naturaleza, recordó la Corte,

no consiste entonces en la afirmación de una simple inconformidad con la valoración hecha en la sentencia o del descontento con los argumentos que suministra el fallador porque se estimen equivocados o de la aspiración a que ellos sean presentados de una determinada manera, sino que debe señalarse con precisión la carencia absoluta o parcial de contenido o el ambivalente razonamiento que le impide a los sujetos procesales explicarse cómo llegó el juez a la conclusión que finalmente expresa en la parte resolutive de la providencia⁴.

1.4. En sentido similar al que ha sido decantado por la jurisprudencia patria se dice por tribunales foráneos, por ejemplo la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, que

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que aquéllas hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia* de casación, 5 de junio de 2003, radicado 19689.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia* de casación, 31 de agosto de 2001, radicado 15745.



Corte Suprema de Justicia

razonamiento empleado; basta, a los efectos de su control constitucional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos⁵.

1.5. Al examinar el caso concreto se establece que el Tribunal debía examinar, con motivo de la apelación presentada por la Fiscalía contra la sentencia del *a quo*, si existían o no elementos probatorios suficientes para condenar al procesado, labor que efectivamente desarrollo en varios folios del fallo demandando.

1.6. Para dar respuesta a la informidad de la recurrente, el *ad quem* expresó

que no se demostró que las relaciones entre el agresor y la agredida estuvieran revestidas de resentimiento para poder concluir que la sindicación tuviera origen en rencor o enemistad entre los citados que pudiera poner en entredicho la actitud probatoria del dicho de la víctima; empero, la versión de la afectada no tiene total confirmación en las circunstancias que rodearon los hechos investigados;... no se pudo constatar plenamente la real existencia del hecho punible investigado por cuanto no se demostró expresamente que hubo acceso carnal porque pericialmente se concluyó que existía “AUSENCIA DE EVIDENCIA FÍSICA AL EXAMEN DE LA PRESUNTA VÍCTIMA”... lo que conlleva es a que la incriminación de la afectada sea tomada como contradictoria, ambigua...⁶.

1.7. Y mas adelante precisó que lo dicho por la víctima

⁵ 11089—TS 2.ª S 21 Jun. 1999. Ponente: Sr. GARCÍA-CALVO Y MONTIEL.

⁶ Folio 9 de la sentencia de segunda instancia.



son simplemente afirmaciones que en lugar de propender por la consumación de los delitos investigados y la intervención del vinculado como autor de los mismos, lo que tornan es en no creíble la versión de la menor y por ende, no constituyen plena certeza acerca de la responsabilidad del acusado...⁷.

1.8. Al estudiar la sentencia demandada, como lo precisa el Ministerio Público, se advierte la existencia de una serie de consideraciones a la luz de los hechos y la prueba aportada demostrativa de los mismos, así como respuesta satisfactoria a todos los planteamientos de la Fiscalía.

1.9. De lo expuesto se tiene que el *ad quem* hizo esfuerzos argumentativos para llegar a las conclusiones principales a partir de las cuales se edifica la duda sobre la responsabilidad del acusado.

1.10. La alegada nulidad, por tanto, que parte de atribuir a la sentencia una total inexistencia de fundamentos, desatiende la realidad procesal, resumida en precedencia, de donde se desprende, en últimas, que la libelista se soporta en una propuesta de interpretación contraria a la seguida por el Tribunal, asunto que revela inconformidad de parte con lo resuelto, mas ello no constituye ausencia o carencia de motivación del juez colegiado que resolvió el asunto en segunda instancia.

⁷ Folio 10 *ibidem*.



Corte Suprema de Justicia

1.11. Ha de advertirse que uno de los principios que gobiernan las nulidades es el de la trascendencia del defecto. Tal principio implica que quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso. La recurrente no dice nada sobre el particular porque ciertamente con el hecho de haber proferido las instancias sus decisiones con importante carga argumentativa, se cumplió con la obligación constitucional y legal de comunicar a las partes, y en últimas a la sociedad, cuáles fueron las razones para absolver al procesado y desatender las súplicas esbozadas en los recursos tramitados.

1.12. En conclusión, deben ser despachadas desfavorablemente todas las alegaciones de la demandante dirigidas a la anulación del proceso, porque las mismas no constituyen vicios que atenten contra la estructura del proceso. Por ello y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, el cargo no prospera.

2. Primer cargo subsidiario: violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida

2.1. La demandante refirió una violación directa mas toda su argumentación, como lo advirtió la Procuradora Judicial, la encaminó por la violación indirecta en atención al debate razonado y debidamente fundamentado que propuso contra el



Corte Suprema de Justicia

fallo impugnado, problemática que la Corte resolvió al momento de disponer la admisión de la demanda.

2.2. En este cargo se reprocha la sentencia de segundo grado en relación con las valoraciones hechas al testimonio de la menor L.X.O.P. y al informe técnico legal sexológico.

2.3. El problema central que debe resolver la Sala en los términos de la demanda tiene que ver con la credibilidad que amerita el testimonio de la menor y el informe sexológico, pruebas que de acuerdo con las valoraciones de los jueces de instancia no contienen la fuerza suficiente para obtener certeza sobre los hechos imputados al procesado.

2.4. Al hacer un examen detallado del proceso se encuentra que la menor aportó información sobre los hechos en varias oportunidades, así:

(i). Ante un funcionario de policía judicial dijo que

ayer (12 de mayo de 2006) en el hotel ALAMO el señor REYES, que estaba parado en la puerta la invitó a seguir y pasando pal (sic) baño en una silla él se sentó y me alzó en las piernas, me alzó la camisa y le comenzó a tocar los senos y me bajó el cierre y se sacó el pene y me dijo que se lo “chupara” entonces yo hice lo que él dijo, todo eso pasó y después él se subió el cierre y yo me arreglé y me dio \$2.000 pesos y yo me fui para la casa. El día de hoy me besó en la boca y el cuello y nada mas... yo lo conocí un día ahí en el hotel pero hace mucho tiempo. PREGUNTADO: Sírvase indicar como conoció al señor del hotel. CONTESTÓ: Yo lo conocí un día ahí en el hotel pero hace mucho tiempo. PREGUNTADO: Qué escenas o



Corte Suprema de Justicia

cosas hacían cuando usted estaba en el hotel. CONTESTÓ: Todo lo que dije a horita (sic). PREGUNTADO: Sírvase indicar cómo se llama el señor que está en el hotel y quien es el que ejecuta estos hechos. CONTESTÓ: No me acuerdo. PREGUNTADO: Cuánto le ofrecía el señor REYES por que usted hiciera los actos que usted dice. CONTESTÓ: El siempre me daba dos mil pesos... PREGUNTADO: Diga a la unidad si el señor REYES GARCÍA la obligaba para que usted hiciera todos los actos que usted dice. CONTESTÓ: El señor me decía que le chupara el pene y yo lo hacía pero que no le contara a nadie... PREGUNTADO: Diga a la unidad donde la metía el señor REYES GARCÍA siempre que entraba al hotel. CONTESTÓ: En la silla donde él saca cuentas...⁸.

(ii). El 17 de mayo de 2006 ante la Fiscalía manifestó:

PREGUNTADA: Diga si usted va a un hotel. CONTESTÓ: En el hotel que dentré (sic) muchas veces. PREGUNTADA: A qué entraba a ese hotel. CONTESTÓ: Dentraba (sic) ahí, a sentarme un poquito, en las sillas que había ahí. PREGUNTADA: Cuénteme que hacía allí cuando se sentaba en las sillas. CONTESTÓ: Me sentaba, el señor me llamó, me reglaba dos mil pesos. Se deja constancia que la menor señalaron sus dedos y dice dos mil, me tocaba los senos, me tocaba aquí, señala el cuello, me tocaba la vagina -señala la menor la vagina- y nada mas, de día a donde hay un baño, una silla de esas y ahí donde hay una mesa ahí que escribí, donde guarda las maletas, ahí hay una silla, me sentaba en las rodillas, bastantes veces PREGUNTADA: Diga si usted le contó a alguna amiga lo que el señor le hacía. CONTESTÓ: No, porque no, él dijo que no le contar a nadie. PREGUNTADA: Diga si pasaba gente cuando el señor le hacía esos en los senos y la vagina. CONTESTÓ: Si pasaba para allá y él me paraba rápido. PREGUNTADA: Diga si el señor le quitaba los pantalones. CONTESTÓ: No me los quitaba le bajaba el cierre. PREGUNTADA: Diga como llama ud. (sic) por donde los niños orinan. CONTESTÓ: Pene. PREGUNTADA: Diga si usted le vio el

⁸ Folio 6, cuaderno original 1.



Corte Suprema de Justicia

pene al señor. CONTESTÓ: Sí el me dijo que se lo tocara y nada más, no más⁹.

(iii). El 29 de junio de 2006 el psiquiatra forense valoró la menor y consignó su relato en los siguientes términos:

Refiere la madre que se enteró de los hechos a raíz de que la Sijin le informó que a la niña la encontraron en el hotel, a ella no le consta nada, la niña no es capaz de dar información relacionada con el hecho, lo que sí percibe el perito es que la madre presenta comportamientos extraños y no tiene conciencia de la gravedad del hecho que se está investigando. La madre le pide a la niña que cuente que le hacía el señor REYES y la menor responde en forma reiterada que nada, da la impresión al perito que en alguna forma se ha tratado de entrenar a la menor para que niegue los hechos¹⁰.

2.5. Lo dicho por la víctima debe ser examinado a la luz de sus carencias, limitaciones y de acuerdo al contexto en el que se encuentra, de donde surgen mandatos, coerciones y hasta intimidaciones.

2.6. Teniendo en cuenta lo anterior y poniendo de presente que se trata de una testigo menor de edad, en proceso de formación psicosexual, con un leve retardo psicomotor y mental, su dicho no puede ser descalificado porque no existe evidencia que indique la presencia de motivo alguno -externo o interno- que haya intervenido con el propósito de hacerlo mendaz.

⁹ Folio 23, cuaderno original 1.

¹⁰ Folio 83, cuaderno original 1.



Corte Suprema de Justicia

2.7. También resulta evidente que, como lo destacó la Agente del Ministerio Público, faltó mayor rigor técnico en los servidores estatales que recogieron las diferentes versiones de la menor, más por ello no se puede descalificar el testimonio de la misma.

2.8. Lo dicho por L.X.Q.P. tiene coherencia en los aspectos centarles que deben servir para considerar un testigo como creíble: hace referencia específica a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el abuso sexual aquí perseguido. Obsérvese que la menor señala como lugar de los hechos el hotel, describe la existencia de una silla que utilizaba el perpetrador para sentarse, y cuenta que en ese mismo sitio ocurrieron actos lujuriosos así como la inducción a la niña para que practicara sexo oral con el procesado, quien a cambio de ello y en busca del silencio le obsequiaba la suma de dos mil pesos.

2.9. Es cierto que entre el primero y el segundo relato no existe absoluta similitud, más ello, como se advirtió, ocurrió como consecuencia de la falta de pericia de los interrogadores para conseguir una declaración fluida y natural de la menor, la que en todo caso y por tratarse de un asunto tan íntimo genera prevenciones que conducen a silencios, ocultamientos o paliaciones, que naturalmente se producen como mecanismo de autodefensa que pretende impedir hacer público lo que en condiciones normales corresponde a actos que no deben trascender de la órbita privada.



Corte Suprema de Justicia

2.10. También resulta significativo que al comparecer la menor ante el psiquiatra, éste la encuentra prevenida y aleccionada para que no revele y por el contrario se dedique a negar y desmentir sus primeras manifestaciones, evento muy frecuente cuando se establece la gravedad de la conducta punible que se persigue, circunstancia que en muchas ocasiones lleva a que los adultos concilien procurando detener la acción de la justicia, desconociendo la trascendencia antisocial de los ataques o abusos sexuales que padecen los menores.

2.11. Y si bien en el momento del examen técnico legal sexológico la menor no presentó vestigios expresos indicadores de actividad sexual, lo que se descarta es la existencia de actividad vaginal o sexual, situación correspondiente con lo manifestado por la ofendida dado que esta nunca llegó a decir que se le hubiera introducido el pene en dichas cavidades y menos hizo referencia a que el abusador eyaculara en las mismas.

2.12. El exacto contenido del referido examen indica su sentido: no se descarta que se hayan presentado actividades sexuales diferentes a la del acceso carnal con el miembro viril, resultando coincidente con lo expresado por la menor, quien da cuenta de haber sido objeto de tocamientos, caricias, besos y persuadida a practicar sexo oral.

2.13. Todo lo expuesto obliga a recordar que la jurisprudencia desarrollada por la Sala respecto de la declaración



Corte Suprema de Justicia

de menores víctimas de delitos sexuales, es precisa en advertir el rigor en la aplicación de los postulados de la sana crítica y la debida confrontación con los demás medios de prueba aportados al proceso, sin que resulte válido minusvalorarlos so pretexto de una inexistente inferioridad psíquica¹¹.

En sentencia del 19 de julio de 1991, la Sala señaló que *“si por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso, no se ve por qué un menor esté incapacitado para testimoniar”*. Credibilidad en el plano jurídico que, además, es el reflejo de las relaciones interpersonales con los infantes, pues resultaría inaudito llegar al extremo de que, únicamente porque aun no han desarrollado a plenitud sus facultades mentales, físicas y éticas, sus relatos merezcan el repudio absoluto de la colectividad, si se evidencia que tienen la capacidad de ilustrar objetivamente sobre unos hechos.

Posteriormente, la Sala también se refirió al punto cuando se pretendió descalificar su confiabilidad por razón de que legalmente no se exigiera que el testimonio fuera rendido bajo juramento; no obstante, se concluyó que tal situación tampoco era suficiente para ello, previo el siguiente raciocinio:

“2.-La ley procedimental de 1971 (Decreto 409) en su artículo 237, contiene una orientación igual a la del artículo 282 del Decreto 2700 de 1991. En el interregno (Decreto 050/87), nada se especificó sobre testimonios de menores de edad¹². De ahí que con antecedente tal y con el silencio subsiguiente se continuó, como costumbre, prescindiéndose del juramento (el niño no comprende la trascendencia de esa conminación, no es objeto de sanción penal de falso testimonio, una y otra pueden incidir en la espontaneidad de su dicho, etc.) buscándose ambientar adecuadamente esa intervención y evitar abusos o suspicacias, lo cual se propiciaba con el concurso de su representante legal o, en su defecto, de un pariente cercano. La jurisprudencia ha estimado esa práctica como ajena a incorrecciones y encuentra el tema como aspecto de mermada entidad, insuficiente para perder por una supuesta formalidad

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia* de casación, 26 de enero de 2006, radicado 23706 (Cursivas, negrillas y subrayas vienen del texto original).

¹² Hoy, artículos 266 de la Ley 600 de 2000 y 383, inciso segundo, de la 906 de 2004.



Corte Suprema de Justicia

legal, la eficacia de una versión así producida, apreciándose así su imprescindible sustancialidad. No falta quien anote que el texto del artículo 282 viene a mantener una continuidad legislativa necesaria y conveniente. En situación tal, no es dable pensar ni en un vacío que deba apreciarse como que la persona de reducida edad debe prestar juramento so pena de resultar ilegal su declaración y perder ésta, por tanto, todo mérito.¹³ (subrayas fuera de texto).

Esta misma línea jurisprudencial se reiteró en decisión ulterior, con sustento en lo siguiente:

“El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (art. 285 C. P. P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal.

Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del C. de P. P. y no por voluntad judicial.

Igualmente, como la exoneración que la ley hace del juramento al menor de 12 años tiene que ver con el riesgo asumido para que el testigo diga espontáneamente la verdad, si lo quiere, también con toda relatividad se prevé que aquél pueda estar asistido para

¹³ Sentencia de fecha 3 de octubre de 1994, radicado 8700.



Corte Suprema de Justicia

garantía de un trato libre y no compulsivo, en lo posible, por el representante legal o un pariente cercano.”¹⁴.

Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

Por esa razón, en la última decisión referida, con relación a dicha probanza se precisó que:

“...si la legislación procesal penal autoriza la convocatoria del menor de 12 años como testigo dentro del proceso, no son posibles de lege ferenda aquellos juicios anticipados que sugiere el demandante y expone también el Procurador Delegado, en el sentido de que una persona de esa edad no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y también es limitada su comprensión de lo que ocurre en el mundo exterior. Si esto fuera tan fatal y categórico como se insinúa, de una vez el legislador hubiera descartado como testigos a los menores de 12 años, pero, por el contrario, la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien.

Por ello, cualquier persona, sin importar su condición, de la cual se pueda pregonar que de alguna manera estuvo en contacto con los hechos pasados, debe ser admitida como testigo dentro del proceso, obviamente sin perjuicio del valor probatorio que los funcionarios judiciales en su oportunidad le puedan adjudicar al testimonio, en relación con las características personales de aquellos de quienes proviene y otros criterios legalmente dispuestos (C. P. P., arts. 254 y 294)”¹⁵.

¹⁴ Sentencia de fecha 29 de julio de 1999, radicado 10615.

¹⁵ *Ibidem*.



Corte Suprema de Justicia

Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales¹⁶.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

*“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, **si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado**, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o pueden emerger nueva información. **Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad.** Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.*

¹⁶ “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales”, tesis doctoral presentada por JOSEP RAMÓN JUÁREZ LÓPEZ, Universidad de Girona, España, 2004.



Corte Suprema de Justicia

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...”¹⁷.

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general,

¹⁷ “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”, compilación de VIAR Y LAMBERTI, Edición Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.



Corte Suprema de Justicia

busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente.

Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.

2.14. La explicaciones anteriores llevan a que se concluya que erró el Tribunal en el análisis de la declaración de la menor y el informe psiquiátrico, porque a la luz de la sana crítica se desprende certeza sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del procesado, motivo por el cual se casará el fallo demandado.

3. Cargo segundo subsidiario: violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de falso juicio de legalidad.

3.1. El reparo se soporta en que los testimonios de los policiales GUILLERMO MARTÍNEZ CAMARGO y CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ, no fueron evacuados en la audiencia de juzgamiento sino que su acopio ocurrió antes de ese acto procesal, sin la consecuente participación de la fiscalía y con desmedro para los derechos de la víctima.

3.2. Si bien la legislación procesal de 2000 señaló un marco ideal para guiar el desarrollo del juicio, la estructura de la Ley 600



Corte Suprema de Justicia

se soporta en que todas las pruebas practicadas en desarrollo del trámite procesal -indagación preliminar, sumario y juicio-, tienen permanencia y se erigen en fundamento de todas las decisiones, incluyendo la sentencia que pone fin a la actuación.

3.3. Adicionalmente, omitió la casacionista indicar la trascendencia del yerro, requisito esencial para la prosperidad del cargo.

3.4. Y el derecho de contradicción no fue cercenado porque la Fiscalía ejerció plenamente sus facultades, como se observa en la solicitud de pruebas y activa participación que tuvo en la práctica de las mismas.

El cargo no prospera.

4. Sentencia de reemplazo:

4.1. Atendiendo las imperativas consideraciones anteriores la Corte se erige en Tribunal de instancia para proferir el fallo de reemplazo.

4.2. En la resolución acusatoria proferida contra REYES GARCÍA HERNÁNDEZ se le imputó el delito de *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir* agravado, en concurso homogéneo y sucesivo (Código Penal, artículos 210, 211-4 y 31).

4.3. Pena a imponer:



El delito previsto en el artículo 210 del Código Penal se sanciona con una pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, límites que en los términos del artículo 211 *ibídem* se incrementan en el mínimo a 64 meses y en el máximo hasta 144 meses.

Como no fueron registradas agravantes especiales ni genéricas el cuarto mínimo debe ser utilizado como marco de la pena a imponer, obteniéndose como extremos mínimo 64 meses y máximo de 83 meses de prisión.

Dada la ocurrencia del hecho en concurso sucesivo y homogéneo se tomará como pena imponible el máximo que permite el cuarto mínimo, esto es 83 meses de prisión, cantidad que se adiciona en 17 meses por tratarse de un concurso de delitos, determinándose como pena definitiva prisión de cien (100) meses.

Respecto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se determina para el procesado en el mismo tiempo que corresponde a la sanción privativa de la libertad.

4.4. Dada la sanción principal por imponer al acusado y la afectación que causó con su proceder del bien jurídico libertad, integridad y formación sexuales, sin olvidar los fines que la ley atribuye a la pena -prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado-



Corte Suprema de Justicia

la Sala estima que no es procedente conceder el subrogado penal de la ejecución condicional de la pena ni la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural. En consecuencia se libraré la orden de captura para que se ejecute la pena impuesta, advirtiéndose que se tendrá como parte de la pena el tiempo que el procesado haya estado bajo detención preventiva.

4.5. Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta investigada, el funcionario condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito.

En la presente investigación no se acreditaron los perjuicios materiales ocasionados con el *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*, razón suficiente para no realizar pronunciamiento sobre el particular. En cuanto a los perjuicios morales la Sala entiende que los hechos conocidos han afectado gravemente a la menor, razón por la cual se consolidan en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A 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:



1°. CASAR la sentencia impugnada.

2°. DECLARAR penalmente responsable a REYES GARCÍA HERNÁNDEZ, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, de la conducta punible de *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir* en calidad de autor (Código Penal, artículos 210, 211-4 y 31).

3°. CONDENAR, en consecuencia, a REYES GARCÍA HERNÁNDEZ a cumplir las penas de cien (100) meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por lapso similar al de la pena privativa de la libertad.

4°. DECLARAR que REYES GARCÍA HERNÁNDEZ no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni al sustituto de la prisión domiciliaria, conforme a lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia.

En consecuencia, se **ORDENA** su captura a fin de que cumpla la pena de prisión en el lugar de reclusión que determine el INPEC.

5°. CONDENAR a REYES GARCÍA HERNÁNDEZ a pagar cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de perjuicios morales.



Corte Suprema de Justicia

6°. LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, conforme a lo normado por el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

7°. ADVERTIR que contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.
Cúmplase.

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Comisión de servicio

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
Comisión de servicio

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CASACIÓN FALLO N° 29369
C/. REYES GARCÍA HERNÁNDEZ

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria.