Proceso n.º 30073

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Dr. **FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**
Aprobado Acta No. 008.

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil once (2011).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la Procuradora 175 Judicial II Penal, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad en la que absolvió a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los primeros fueron relatados en el fallo impugnado de la siguiente manera:

> "La historia procesal nos exhibe que el día 10 de octubre de 2000, en horas de la mañana, la menor C.D.D.[1], quien para la época de los hechos contaba con once años de edad, se presentó al consultorio de su tío, el médico Radiólogo RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, con el fin de que se le tomara una ecografía, ordenada para determinar la causa de su flujo vaginal. Una vez según lo relata la menor terminada la ecografía, el médico le ordenó despojarse del pantalón y los interiores, y después de aplicarse grasa en el dedo índice, se lo introdujo en la vagina en forma reiterativa, solicitándole posteriormente se levantara la blusa y le tocó los senos por los alrededores 'como buscando una masa'".

2. Por los anteriores sucesos, un Fiscal Seccional de Valledupar abrió la investigación y vinculó legalmente al proceso a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA. Posteriormente, las diligencias fueron asignadas a la Fiscalía Quinta de la Unidad Seccional de Cundinamarca, que el 22 de septiembre de 2005, profirió en su contra resolución de acusación como presunto autor del delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años -artículo 305 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 7° de la Ley 360 de 1997, agravado con base en el numeral 2° del artículo 306 del Código Penal, vigente a la fecha de comisión de la conducta imputada, decisión que alcanzó ejecutoria el 17 de marzo de 2006 cuando la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de

---

[1] Se omite identificar a la menor 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 No. 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 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

ese Distrito Judicial la confirmó al decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del investigado.

3. Correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar adelantar el juicio y una vez celebrada la audiencia de juzgamiento, el 18 de mayo de 2007 absolvió a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA del cargo imputado por la Fiscalía General de la Nación.

4. La providencia anterior fue impugnada por la Fiscalía Veintiocho Seccional de Valledupar, el apoderado de la parte civil y la Procuradora 175 Judicial II Penal, y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial el 31 de octubre de 2007 la confirmó, no sin antes declarar desierto por extemporáneo el recurso interpuesto por el sujeto procesal último referenciado. Posteriormente, al establecer que la apelación fue presentada oportunamente por el Delegado del Ministerio Público, el 16 de noviembre siguiente la revocó en cuanto a la declaratoria de desierto y dejó en firme el fallo de primera instancia, decisión contra la cual la Procuraduría 175 Judicial II Penal interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación que ahora se decide.

LA DEMANDA:

Con fundamento en las causales tercera y primera previstas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, la recurrente formuló dos reproches a la sentencia, cuyos fundamentos se resumen como sigue:

1. **Primer Cargo.**

Nulidad del fallo por motivación deficiente.

En sustento, señaló que el ad quem se limitó a realizar una apresurada conclusión de la existencia de la duda y decidió aplicar la figura del in dubio pro reo, sin detenerse a pensar que su deber como juez era explicar las razones -de forma clara- que lo llevaron a tomar tal decisión, y no realizar afirmaciones vagas y genéricas sin una coherencia adecuada.

Precisó que esa falta de motivación, desconoció el debido proceso y generó la nulidad porque una sentencia de las características que posee la que es objeto de reproche no permite conocer cuáles fueron las razones valederas que llevaron al sentenciador a tomar la decisión que plasmó en su fallo absolutorio, si en cuenta se tiene que no basta con decir que existe una duda porque el testimonio de una menor con personalidad inapropiada para su edad no es susceptible de credibilidad y en contraposición con lo dicho por un médico prestigioso no es suficiente para edificar certeza sobre su responsabilidad penal, sino que hay que soportar tal decisión con un sustento probatorio que permita derruir lo declarado por la víctima, dada la obligación constitucional, internacional y jurisprudencial que tienen los juzgadores de valorar con supremo cuidado lo dicho por los menores víctimas de abuso sexual.

Señaló que no pretende la declaratoria de la nulidad con la finalidad de retrotraer la actuación al momento previo al proferimiento de la decisión que así se declare, sino que busca que sea la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la que asuma el cumplimiento del deber que el *ad quem* no tuvo en cuenta, y así, se profiera un fallo de reemplazo "*descartando la existencia de la duda y advirtiendo la presencia de certeza sobre la responsabilidad del procesado*".

2. Segundo cargo

Propuesto como subsidiario del anterior, en este reproche la actora denunció un error de hecho por falso raciocinio y falso juicio de existencia por omisión.

2.1. Falso raciocinio. Expresó que el juez de segunda instancia no atendió los criterios de la sana crítica al momento de valorar el testimonio de la menor ni la declaración del investigado, porque para restar credibilidad al primero lo hizo según su criterio personal, desconociendo así los postulados científicos y de la experiencia, pues con fundamento en la corta edad de la víctima y en su incapacidad de explicar hasta qué punto fue legítimo el actuar del médico RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, erradicó el dicho de la misma como sustento probatorio suficiente para no atribuir responsabilidad penal a su tío.

Puntualizó que el criterio de la víctima se encuentra respaldado con el del psicólogo forense quien expresó que a pesar de la personalidad irritable que tiene la menor, ella cuenta con una memoria sin alteraciones relevantes, un pensamiento lógico de curso normal y un juicio y raciocinio ajustados, evidenciando que ésta no tiene alteraciones psico-perceptivas con lo que se acreditó que su dicho es creíble respecto del núcleo fundamental que interesa sobre los hechos objeto de discusión.

En cuanto al segundo, después de hacer referencia a la versión libre e injurada rendida por RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, la recurrente manifestó su inconformidad con las conclusiones a las que llegó el Tribunal, al creer que la condición de médico y familiar lo autorizaba para actuar más allá de su especialidad y por encima de las libertades de la menor, máxime cuando no es correcto que el flujo que padecía ésta y el hecho que sus padres la enviaran al consultorio del procesado, que a la vez es familiar cercano, autorizare para que éste manipulara los genitales de la misma sin permiso y sin existir urgencia alguna.

Agregó, que es errado el raciocinio del sentenciador que omitió valorar que el médico estaba actuando por fuera de los parámetros de la lex artis que orienta el ejercicio de la medicina, que hace su comportamiento inadecuado y sustenta su interés libidinoso.

2.2. Error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

La censora sustentó esta falencia porque no se tuvo en cuenta el testimonio del padre de la menor víctima. Después de transcribir apartes de dicha declaración, sostuvo que al excluir el contenido de dicha prueba impidió que se advirtiera que la niña iba por una ecografía, por ende, al procesado le estaba vedada la realización de un examen más allá de lo autorizado por su progenitor.

En consecuencia, solicitó a la Sala casar la sentencia proferida por el Tribunal y, en su lugar, dictar fallo de condena contra el procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal al ocuparse de los cargos formulados por el recurrente, lo hizo de la siguiente forma:

1. **Primer cargo -principal- Nulidad.**

1.1. Señaló que el planteamiento propuesto por la recurrente carece de todo fundamento jurídico y fáctico, y por consiguiente, la censura no está llamada a prosperar porque al examinar las decisiones de primera y segunda instancia pudo establecer que abordaron el eje central de la discusión, en clara respuesta a las inquietudes de los sujetos procesales, y ofrecieron las razones por las cuales concluyeron que era imperioso aplicar la figura del in dubio pro reo.

1.2. Agregó que el Tribunal fue explícito en cuanto afirmó que de acuerdo con las inquietudes que se presentaron en el curso del proceso, las cuales no tienen una solución razonable, emergió la duda, y se inclinó a favor de DAZA AMAYA, por lo cual confirmó el fallo de primera instancia. Además, concluyó que las posiciones de los operadores judiciales, Fiscalía y Juzgado, fueron contradictorias frente a las mismas versiones de la menor y del procesado, el trámite de la instrucción no fue pacífico y los sujetos procesales asumieron posiciones jurídicas diferentes, al punto que en la etapa del juicio el Fiscal 28 Seccional solicitó la absolución, petición acogida por el juez de instancia, pese a lo cual otro Delegado del ente investigador la impugnó.

1.3. Precisó que el hecho que el juzgador colegiado hubiera encontrado y explicado los motivos que consideró satisfactorios para deducir que no existía certeza respecto a que los hechos denunciados fueran constitutivos de delito, de ninguna manera trasciende hasta ser nugatorio el fallo objeto de queja, pues apenas se manifiesta como propia de la obligación constitucional de la motivación de la sentencia, que entre otras funciones, cumple la de explicar a las partes procesales la decisión mediante la exposición del razonamiento que posibilite el control jurisdiccional y público.

2. **Segundo cargo – Falso raciocinio.**

El Procurador Tercero Delegado para la Casación Penal solicitó casar la sentencia impugnada, luego de hacer referencia a la protección especial en relación con los menores víctimas prevista en los artículos 44 de la Constitución Política, 18 y 20 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-, 3° de la Convención de los Derechos del Niño y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, tratados y convenios internacionales aprobados por Colombia, y citar jurisprudencia nacional e internacional, señaló que:

2.1. Se configuró el falso raciocinio porque la decisión absolutoria con fundamento en el reconocimiento de la duda a favor del procesado, se sustentó sobre "*meras conjeturas*" e hipótesis conductuales, pues al sostenerse en el fallo que el comportamiento del judicializado obedeció al simple ejercicio de la profesión de la medicina desconoció que las pruebas contenidas en el expediente acreditaban la existencia de la conducta delictiva, y su adecuada valoración por parte de los falladores de instancia hubiera conducido a una sentencia condenatoria.

Resaltó que está plenamente acreditado el tocamiento en los genitales de la víctima, así como la introducción del dedo del médico en la vagina y el frotamiento de sus pechos, sin que dichos actos sean propios de la ecografía que en esos momentos se le practicaba a la menor puesto que, incluían un "*contenido erótico-libidinoso*" y no correspondían a la actividad médica del radiólogo,

mucho menos a un examen ginecológico, como lo quiere presentar el defensor.

2.3. Citó varios estudios científicos y psicológicos que ponen en evidencia el daño a la libertad, integridad y formación sexual que se ocasiona en los menores que son víctimas de estas conductas punibles.

2.4. Indicó que resulta contundente en el proceso, a partir de la declaración del padre de la víctima, que la visita de la menor se debía únicamente a que él, le había solicitado al médico que le practicara una ecografía, pero que ni la niña ni su padre habían consentido en un examen ginecológico, si bien el acusado era médico titulado especializado en radiología, ello no lo habilitaba para que realizara ese procedimiento sin consentimiento previo, además dicha profesión le exigía utilizar implementos de higiene para adelantar el mismo, como guantes quirúrgicos, sin que el procesado hubiera procedido de tal manera.

2.5. Concluyó que los elementos aducidos por el *ad quem* para sustentar su fallo absolutorio no pudieron desvirtuar el grado de certeza que surge de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente en lo que respecta al relato de la víctima al ser un "*medio de convicción objetivo de la existencia del hecho punible y la responsabilidad del enjuiciado en el delito*".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primer cargo:

La recurrente impetró la nulidad del fallo proferido por el Tribunal Superior de Valledupar por motivación deficiente, pretensión frente a la cual la Sala señala que:

1. La sentencia constituye el hecho más importante del debido proceso porque extingue la relación sustancial y, como acto primordial del debate, requiere de solidez y correspondencia entre las imputaciones fácticas y jurídicas, de donde se infiere que esos elementos incluyen el estudio de la realidad probatoria que acredita la realización de las conductas delictivas y su atribución al procesado.

2. En esa medida, se entiende que el postulado de motivación hace parte del debido proceso, y por ende, se trata de un principio que merece respeto y protección, aspecto sobre el cual la Sala ha precisado que:

> El principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal *ad quem*; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir

el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional[2].

El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad.

Para el cabal ejercicio del derecho de contradicción, se demanda del funcionario judicial la motivación de sus decisiones para conocer debidamente sus argumentos que le sirven de sustento y así poder con mejor facilidad emprender la tarea de su contradicción bien sea controvirtiendo la prueba que le sirvió de soporte, allegando nuevos elementos de juicio que le desvirtúen o, en últimas, impugnando la providencia correspondiente.

Las decisiones que tome el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro del proceso –v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación –todos reconocidos por el art. 29 C.P..-, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada

[2] Al respecto, MICHELE TARUFFO, citado por GLADIS E. DE MIDÓN en su libro sobre la casación, dice lo siguiente: "La obligación constitucional de motivación nace efectiva del Estado persona, autocrático y extraño respecto a la sociedad civil, y de la consiguiente afirmación de los principios por los cuales la soberanía pertenece al pueblo." Esta transformación del modo de concebir la soberanía significa, en el plano jurisdiccional, "que la providencia del juez no se legitima como ejercicio de autoridad absoluta, sino como el juez rinda cuenta del modo en que se ejercita el poder que le ha sido delegado por el pueblo, que es el primer y verdadero titular de la soberanía." "A través del control (social difuso), y antes por efecto de su misma posibilidad (con el deber de justificar las decisiones judiciales), el pueblo se reapropia de la soberanía y la ejercita directamente, evitando que el mecanismo de la delegación se transporte en una expropiación definitiva de la soberanía por parte de los órganos que tal poder ejercitan en nombre del pueblo".

determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial[3].

Esta garantía fue prevista en una norma positiva expresa en nuestro ordenamiento constitucional anterior[4], ahora el art. 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, impone al juez el *deber* de hacer referencia a los hechos y asuntos esgrimidos por los sujetos procesales, al igual que lo hacen los arts. 3 de la Ley 600 de 2000 que en cuanto a sus normas rectoras establece que el funcionario judicial "*deberá motivar"* las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, y 170 y 171, pues la providencia judicial no puede ser una simple sumatoria arbitraria de motivos y argumentos, sino que requiere una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales.

Configura uno de los pilares fundamentales del Estado Democrático y Social de Derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente[5],

De manera que puede que sea concebida desde este enfoque como la contrapartida del derecho constitucional del libre acceso a la jurisdicción efectiva en virtud del cual todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial material que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes (art. 230 Constitución. Política.), presentando desde luego pretensiones legítimas pues no resulta suficiente la posibilidad formal de llegar ante los jueces con la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, porque su esencia reside en la

[3] Corte Constitucional, *Sent.* C-252 de 2001. También, *Sents.* T-175 de 1997, T-123 de 1998 y T-267 de 2000.
[4] Constitución Política de 1886, art. 161. "Toda sentencia deberá ser motivada."
[5] Corte Constitucional, *Sent.* C-242 de 1997.

certeza que en los estrados judiciales se surtirán los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión[6].

Una sana argumentación es la explicación de las razones que conducen a adoptar una determinación y permite el control de la legalidad de la principal manifestación del Poder Judicial propio de todo Estado Democrático. Así se somete la providencia al escrutinio de los sujetos procesales y de la sociedad pues si bien el pronunciamiento jurisdiccional tiene un efecto inter-partes, también concita el interés general, amén del fin pedagógico que demuestra y persuade que se trata esa de la mejor solución posible, no la expresión cruda del ejercicio de una competencia sino el caro fruto de la lógica y la razón. Desde otra perspectiva, la respuesta judicial genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de Derecho.

La sentencia judicial es un acto de comunicación del Estado con la sociedad, en ella se da cuenta de cómo se ejerce la autoridad en su nombre, no se trata de sojuzgar o subordinar al ciudadano por la sola investidura que la sociedad ha prestado a órganos accidentales de una misión trascendental para la sociedad. La majestad de la justicia supone un ejercicio magisterial que demanda una preocupación permanente por comunicarse con el individuo, por mostrarse racional y coherente en la decisión, cuando esta no es comprendida por el destinatario, el epílogo del proceso arroja un saldo de agresión y no el *plus* pedagógico necesario para legitimar la función ejercida[7].

Es decir, como lo afirma OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI,

El contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito

[6] Corte Constitucional, *Sent.* C-242 de 1997.
[7] EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, *Las falencias en la argumentación judicial,* XXI Congreso colombiano de Derecho Procesal, 2000, pág. 63.

de hacer justicia que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

Dicho en otros términos, como lo hace FARELL: la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo con razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan con base en la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del Derecho vigente."

En torno a la ponderación del aspecto fáctico y su incidencia en la aplicación del derecho como factores trascendentes de la motivación de la sentencia, debe recordarse que a la fijación del aspecto fáctico se llega a través de la elaboración de juicios de validez y de apreciación de los medios de convicción, orientados éstos últimos por las normas de la experiencia, de la ciencia o de la lógica, o de las reglas que les asignan o niegan un determinado valor. El mandato constitucional impone que la fundamentación de la sentencia debe comprender el correspondiente juicio sobre los elementos probatorios y que el mismo sea expreso y asertivo y no hipotético, toda vez que si el fallo no es explícito o determinante sino que se manifiesta de manera imprecisa, remisa o contradictoria, o se limita a enunciar las pruebas, omitiendo su debida evaluación y discusión y, por ende, el debido mérito persuasivo o conclusivo, necesariamente el acto jurisdiccional es defectuoso en cuanto no es posible su contradicción por parte de los sujetos procesales.

Precisados los hechos prosiguen las consecuencias jurídicas, escenario en el que igualmente la fundamentación se constituye en una exigencia de orden constitucional, pues al juez se le impone el deber de expresar sin ambigüedad tanto los argumentos jurídicos de sus conclusiones como la obligación de responder de manera clara, expresa y suficiente los planteamientos presentados por los sujetos procesales.

Por consiguiente, una propuesta de nulidad en casación por falta de motivación de la sentencia debe encontrarse vinculada a la insuficiente o nula fundamentación del

> supuesto fáctico que concluyó probado el juez o de su encuadramiento jurídico, que son los aspectos que estructuran la sustancialidad de la sentencia"[8]-[9].
>
> La Sala al ocuparse de las situaciones que pueden conducir a la anulación de la sentencia por falta de motivación, ha identificado cuatro (4), distinguiendo entre (i) ausencia absoluta de motivación, (ii) motivación incompleta o deficiente, (iii) motivación ambivalente o dilógica y (iv) motivación falsa; las tres primeras como errores *in procedendo* enjuiciables a través de la causal tercera y la última como vicio de juicio atacable por vía de la causal primera cuerpo segundo.
>
> En la primera el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; en la segunda, omite analizar uno de los dos aspectos señalados o los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que ella se sustenta; en la tercera las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutiva; y, en la cuarta la motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad probada.[10]".

3.- Ninguna de las circunstancias a que hace referencia la jurisprudencia nacional ya referenciada concurren en el caso puesto a consideración de la Corte, porque en tratándose de un fallo de segunda instancia, lo que debe examinarse en punto a la motivación es si la providencia dictada por el ad quem es suficiente por sí sola para explicar la decisión que finalmente tomó

---

[8] Corte Suprema de Justicia, Ver, entre otras, casación 14647 del 25 de octubre de 2001, casación 21044 de 19 de enero de 2005, casación 23186 de 11 de mayo de 2005.
[9] Corte Suprema de Justicia, *Auto* junio 1 de 2006, rad. 25382.
[10] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 12 de diciembre de 2005, radicado 24011.

frente a las argumentaciones del impugnante, sea que confirme, revoque o modifique el proveído revisado.

3.1.- Precisión esta última que se ajusta al caso sub-exámine, si se tiene en cuenta que basta con observar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar para establecer que de manera razonada expuso los motivos por los cuales consideró que no estaban dados los presupuestos para impartir condena a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA.

3.2.- En efecto, en este sentido, aparece incuestionable que el *ad quem* abordó en forma detallada el tema medular de la duda a partir de la valoración de los testimonios de ELIZABETH DÍAZ BARROS, JACQUELINE GUERRA CHACÓN, el de la menor víctima y el procesado, elementos que le sirvieron para concluir que

> "las posiciones de los operadores judiciales -Fiscalía y Juzgado- son contradictorias frente a las mismas fuentes de información factual -menor y procesado- aún más el trámite de la instrucción no fue pacífico y con los mismos medios de prueba, los Delegados fiscales intervinientes asumieron posiciones jurídicas diferentes, inclusive en la etapa del juicio el Fiscal 28 Seccional, en su calidad de sujeto procesal, solicita la absolución del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, la cual fue acogida por el Juez de instancia y otro Delegado fiscal, apela la sentencia absolutoria, dejando claro estas situaciones que no son contundentes las pruebas de cargos, lo que permite que se adopten conceptos jurídicos disímiles, entre ellos el que

abraza la Sala, cual es la duda a favor del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA".

4. A lo anterior se suma que en materia de fundamentación de un reproche por falta de motivación de la sentencia, no tienen cabida las alegaciones encaminadas a oponerse a los argumentos que suministra el fallador porque se estiman equivocados, sino que debe demostrarse 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 resolutiva de la providencia, aspecto que de ninguna manera evidencia la Sala, advirtiendo en cambio que se trata de una simple inconformidad de la actora con la valoración probatoria asumida en la sentencia.

5. 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 ésta 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 argumentadas, 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. Por ello y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, el cargo no prospera.

Segundo cargo:

Precisa la Sala que esta censura, tal como lo plantea el Procurador Delegado para la Casación Penal, está llamada a prosperar, razón por la cual desde ya se anuncia la casación del fallo impugnado, al advertirse que el Tribunal Superior de Valledupar al adoptar la decisión a través de la cual confirmó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad a favor de RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, incurrió en errores protuberantes al valorar los elementos de prueba recaudados en el proceso. Proceder que condujo a la aplicación indebida del principio *in dubio pro reo* a favor del enjuiciado y, fundamentalmente, a la falta de aplicación de los artículos 305 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 7° de la Ley 360 de 1997 , y 306, numeral 2° ibídem, que describen la conducta punible por la cual fue llamado a juicio.

Para mejor proveer, se procederá a tener en cuenta las falencias alegadas, los motivos por los cuales el Tribunal concluyó la inexistencia del grado de certeza para condenar, y finalmente las consideraciones de la Sala:

1. La demandante señaló que al momento de valorarse el testimonio de la menor el *ad quem* se apartó de las reglas de la sana crítica, si se tiene en cuenta que lo hizo "*según su criterio personal*", pues no se le podía exigir a la víctima precisara hasta qué punto el procedimiento efectuado por RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA fue legitimo, máxime cuando ésta realizó un relato claro, coherente y objetivo respecto de los tocamientos genitales sin la autorización de sus padres, además dio por cierto todo lo dicho por el procesado al considerar que la condición de médico y familiar lo autorizaba para actuar más allá de su especialidad, y por encima de las libertades de la menor.

2. El *ad quem* precisó que si bien es cierto con el comportamiento de RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA "*probablemente -duda-"* se haya vulnerado la ley penal, también lo es que ello no fue suficiente para enrostrarle responsabilidad alguna, porque a pesar de aceptar que el procesado manipuló la vagina y uno de los senos de la menor, consideró tal proceder "l*egítimo*", si en cuenta se tiene que las reglas de la medicina autorizan tal procedimiento, máxime cuando la queja corporal era el flujo vaginal que padecía la víctima.

Efectos para los cuales precisó que:

> …solo se cuenta con la hipótesis de la menor que por su corta edad, no pudo explicar tal como se desarrollaron los sucesos, hasta qué punto el actuar del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, fue legítimo ya que no puede

olvidarse el que esta menor hizo presencia al consultorio de su tío médico motivada por sus padres y además por la objetividad del flujo vaginal que padecía para aquellas calendas, siendo así, quien la atendía es médico, lo que autoriza el examen vaginal y si se reprocha el examen de los senos de la menor no existe prueba científica o testigo especial que desacredite ese procedimiento, si en verdad así ocurrió, -tocamiento de los senos- dado que la misma menor señala como entra la secretaria o auxiliar del médico, de donde se infiere que si se está o se va a realizar actos delictuales de la alcurnia sexual bien el sujeto agente puede apelar a toda suerte de seguridad para que su reprobado comportamiento quede en la impunidad.

De otra parte y en ese mismo sentido tenemos que afirmar que el dictamen médico legal practicado a la menor C., fue el 11 de octubre de 2000, a las 14.45 horas -2.45 p.m.- o sea más de 24 horas de ocurrido los hechos y presentó flujo vaginal, es decir, que sí existía el motivo para acudir la menor C., al médico sea su tío o no, también se muestra evidente la ausencia de laceración, eritema o edema en las partes genitales de esta menor, que en decir del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, sí existían pero no se cuenta con evidencias de profesionales forenses con apoyo en historias clínicas que informen en qué tiempo estas lesiones corporales permanecen o pueden desaparecer de un cuerpo humano, si fuera verdad que las observó en la menor C. el procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA…., en suma se repite que las posiciones de los operadores -Fiscalía y Juzgado- son contradictorias frente a las mismas fuentes de información factual -menor y procesado-, aún más el trámite de la instrucción no fue

> pacífico y con los mismos medios de prueba, los delegados fiscales intervinientes asumieron posiciones jurídicas diferentes, inclusive en la etapa del juicio el Fiscal 28 Seccional, en su calidad de sujeto procesal, solicita la absolución del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, la cual fue acogida por el Juez de instancia y otro delegado fiscal, apela la sentencia absolutoria, dejando claro estas situaciones que no son tan contundentes las pruebas de cargo, lo que permite que se adopten conceptos jurídicos disímiles, entre ellos el que abraza la Sala, cual es la dudad a favor del procesado".

3. En este cargo, como ya se dijo, se reprocha la sentencia de segundo grado en relación con las valoraciones hechas al testimonio de la menor afectada y al aval que se le dió al procedimiento efectuado por el procesado.

3.1. En tales condiciones, 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 víctima y si la ciencia médica autoriza al galeno a auscultar los genitales de los pacientes sin consentimiento previo de los mismos cuando son menores, situaciones que de acuerdo con las valoraciones de los jueces de instancia no contienen la fuerza suficiente para obtener certeza sobre las conductas imputadas al acusado.

3.2. En primer lugar, al hacer un examen del proceso se encuentra que la menor aportó información sobre los hechos en varias oportunidades, así:

(i). El 18 de octubre de 2000 ante el Fiscal 16 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar dijo que

> …cuando entré me dijo bájate un poquito el pantalón para hacerte una radiografía, yo me acosté en la camilla y me bajé un poquito el pantalón, ahí me comenzó a echar una crema con un aparato, la crema me la colocó en el abdomen y comenzó a andar con el aparatico, entonces él me dijo quítate los zapatos, el pantalón y la panty, yo le dije tío qué me vas hacer y él me dijo quítatelo, quítatelo que te voy a ver, que te voy a examinar, entonces yo me quité el pantalón y me dijo sube las piernas un poquito, se echó una crema en el dedo y comenzó a andar en la cuchita, primero me estaba andando por fuera y después me introdujo el dedo y yo le decía tío me duele, tío me duele, me decía espérate un momento que ya vamos a terminar, después se limpió y me limpió y me comenzó a andar los senos, me cogió lo marroncito y me buscaba en los alrededores como buscando una masa, después que me había examinado me dijo que me pusiera el pantalón y que no le dijera a nadie, ni a mi papá, ni a mi mamá, que eso iba a quedar entre los dos y me preguntó que si yo había tenido relaciones en eso iba entrando una muchacha la Secretaria, la muchacha le dijo al doctor le dejo aquí las radiografías para que las revise, la muchacha esperó que yo saliera y me sacó del consultorio y me llevó al cuarto donde se hacen las radiografías, yo salí llorando del consultorio y ella me preguntaba que qué pasaba y yo le dije lo que me había pasado…[11].

(ii). El 20 de septiembre de 2001 ante el mismo despacho judicial señaló:

---

[11] Folio 23 a 25 cuaderno original 1.

> …yo entré al consultorio de él, y él me dijo que fuéramos en donde estaban los equipos, osea donde está la camilla y donde se hacen radiografías, y me dijo acuéstate aquí en la camilla y bájate un poco el pantalón que no te voy hacer nada, y después que bajó el pantalón me hecho un liquido en la barriga y me comenzó a hacer la radiografía, comenzó a hacerme la radiografía, me puso un aparato en la barriga y comenzó a sobármelo en toda la barriga, y de ahí me dijo después que terminó de hacerme la radiografía que me quitara el pantalón y la pantaleta, que no me iba a hacer nada, solamente me iba a hacer un examen, y de ahí me dijo Nena sube un poco las piernas, del liquido que se echó en la barriga se lo echó en el dedo y me introdujo el dedo abajo en la vulva, y me comenzó a andar allá dentro, y cuando él comenzó a andar, yo le decía tío me duele, que me está haciendo, y él me dijo no me veas como tu tío sino como una persona particular, yo me puse a llorar, y él me dijo desbotónate un poco la blusa y desbotónate el brasier y me comenzó a andar los senos, y me preguntó si yo había tenido relaciones sexuales, me lo preguntó por varias veces. De ahí, cuando le tocaron la puerta del consultorio, me dijo Nena párate y te pones el pantalón. La que tocó la puerta fue la Secretaria, y ella me vió llorando y me sacó del consultorio…[12].

(iii). El 16 de octubre siguiente la psicóloga forense valoró la menor y consignó su relato en los siguientes términos:

> En relación a determinar si la examinada presenta alteración psíquica a consecuencia de los hechos investigados, se haya que su vida se desenvuelve de manera similar a como venía con anterioridad a la ocurrencia del incidente, incluso en la fragilidad afectiva que comporta. Si bien el incidente ha tenido respuesta emocional en ella, su estado de alerta se considera una reacción normal de esperarse, máxime ante la trascendencia familiar que tal incidente ha tenido, no solo en ella y en su familia nuclear, sino también en todos los restantes miembros de la familia[13].

---

[12] Folios 181 y ss., cuaderno original 1.
[13] Folio 200, cuaderno original 1.

3.3. De lo atrás referenciado surge, contrario a lo señalado por el Tribunal, que existe coherencia y sincronía tanto respecto a la forma en que ocurrieron los hechos como en los detalles de los mismos, además lo dicho por la víctima debe ser examinado a la luz de sus carencias, limitaciones y de acuerdo al contexto en el que se encontraba. Como se trata de una testigo menor de edad, en proceso de formación psicosexual, su dicho no puede ser descalificado so pretexto que no pudo explicar hasta "*qué punto el actuar del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, fue legítimo*", toda vez que no era necesario ir más allá de los supuestos fácticos puestos de presente por la víctima, máxime cuando en sus declaraciones no existe evidencia que indique la presencia de motivo alguno -externo o interno- que haya intervenido con el propósito de hacerlas mendaces.

3.4. Lo dicho por la ofendida tiene coherencia en los aspectos centrales 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 investigado. Obsérvese que la menor señaló como lugar de los hechos el consultorio donde fue atendida por DAZA AMAYA, y de manera detallada relató que en ese mismo ocurrieron los actos lujuriosos imputados.

3.5. También resulta significativo que al comparecer la niña ante la psicóloga forense, ésta la encuentra prevenida, evento muy frecuente cuando se establece la gravedad de la conducta punible de que fuera víctima.

3.6. 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, pero no la manipulación de sus genitales sin el consentimiento suyo y de sus padres, pues no se puede dejar pasar por alto que los motivos por los cuales el padre de la afectada la envió al consultorio de su hermano RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA fue para que se le practicara una ecografía pélvica debido al flujo vaginal que venía padeciendo de años atrás, y en caso de advertir alguna irregularidad lograr una cita con el especialista, esto es, un ginecólogo, y nada más.

3.7. Todo lo expuesto obliga a recordar que la jurisprudencia desarrollada por la Sala respecto de la declaración 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, como sucedió en este evento, so pretexto que la menor por su corta edad no pudo explicar cómo se desarrollaron los sucesos o hasta qué punto el actuar del procesado RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA fue legítimo, máxime cuando sobre el tema objeto de estudio esta Corporación ha señalado que:

> "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 sexuales[14].

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

[14] "La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales", tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004.

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.

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..."[15].

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, 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

[15] "Violencia familiar y abuso sexual", capítulo "abuso sexual infantil". Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

> 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"[16].

3.8. El hecho que sólo se cuente en la actuación con una única prueba de cargo, como es el testimonio de la menor, no impide la construcción del juicio de responsabilidad en los términos reclamados por el ordenamiento jurídico para emitir un fallo condenatorio, toda vez que la certeza como especial grado de conocimiento no es un problema que descansa en factores de orden cuantitativo sino esencialmente cualitativo, por manera que la pluralidad o singularidad de elementos de juicio carece de trascendencia en ese proceso lógico de razonamiento, pues lo importante es su aptitud demostrativa, precisión que cobra mayor relevancia si en cuenta se tiene que en este evento es el mismo procesado quien, tanto en la versión libre como en la indagatoria, reconoce haber manipulado los órganos genitales de la menor.

4. En segundo término, respecto a si la ciencia médica autoriza al galeno a auscultar los genitales de los pacientes sin consentimiento previo de los mismos cuando son menores, se debe decir que no, toda vez que si bien es cierto de conformidad con lo previsto en los artículos 15 de la Ley 23 de 1981, y 11 del decreto reglamentario 3380 de esa misma anualidad, eximen al médico de obtener el

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencias* del 26 de enero de 2006, radicado 23.706 y del 13 de marzo de 2008, radicado 27.413.

consentimiento del paciente, así como de la advertencia del riesgo previsto, también lo es que ello solo será aplicable cuando concurran circunstancias subjetivas -inconsciencia o incapacidad mental del paciente- y objetivas -urgencia médica y ausencia de parientes de quienes obtener el permiso respectivo-.

4.1. Además el artículo 14 de la disposición inicialmente referenciada señala que el médico no intervendrá a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una actuación inmediata, situación que no es el caso de la menor aquí víctima, si se tiene en cuenta que ésta concurrió al consultorio de RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, porque la envió su padre debido al flujo vaginal que padecía de tiempo atrás para que se le practicara una ecografía, procedimiento que en manera alguna involucraba las maniobras que el médico realizó sobre la víctima en la forma por éste relatada.

4.2. El consentimiento informado a que hace referencia el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 deberá entenderse como el procedimiento a través del cual el profesional de la medicina señala y pone en conocimiento del paciente, en este evento de los representantes de la menor, del diagnóstico, evolución y tratamiento de la enfermedad, advirtiendo de los riesgos y beneficios de los mismos, proceder que RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA se abstuvo de efectuar, sin que sea de recibo lo dicho por éste en la versión libre, así como en la indagatoria, que si decidió auscultar las partes íntimas de su sobrina fue debido "*al olor fétido proveniente de sus órganos genitales*" y

que "*por su corta edad podría estar haciendo relaciones sexuales*", máxime cuando en ambas diligencias señaló que en el estudio ecográfico que realizó encontró que "*las estructuras visualizadas no presentaba alteraciones*", es decir, los órganos internos de la menor eran normales, actuación que contrario a lo señalado en la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación dejan ver la intención libinidosa del procesado, toda vez que no está acreditada ninguna de las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico para que concurriera la urgencia de intervención inmediata a que hace referencia el artículo 14 de norma atrás referenciada.

5. Las anteriores precisiones llevan a inferir a la Sala que la víctima fue una pacífica receptora del delito imputado al procesado, porque a más que fue sorprendida por los actos abusivos, no contó con los elementos suficientes para poder resistir a los mismos, si en cuenta se tiene que dada su edad al momento de la ocurrencia de los hechos -11 años- sus padres no fueron consultados sobre el procedimiento que se le iba a realizar, representantes legales quienes podían autorizar el examen a los genitales de la menor, pues, se insiste no se estaba en presencia de un caso de urgencia o en situaciones asimilables, aspecto este último sobre el cual la Corte Constitucional ha señalado que:

> Como es obvio, la incompetencia temporal o permanente de un enfermo para decidir sobre una intervención médica no puede significar que en tales eventos los tratamientos no son posibles, por ausencia de autorización del afectado, por cuanto se estarían desprotegiendo totalmente la vida y la salud de esos individuos. Esta solución sería contraria a la Carta, pues es

deber del Estado proteger la vida y la salud de las personas (CP arts 2 y 46). Es pues lógico concluir que en tales casos adquiere una cierta prevalencia el principio de beneficiencia (sic), por lo cual el ordenamiento jurídico establece que otras personas -en general sus tutores o familiares- tienen el derecho y el deber de tomar las determinaciones necesarias para proteger la vida y la salud de quienes carecen de la autonomía necesaria para aceptar o rechazar un tratamiento. La Carta autoriza entonces que otras personas ejerzan un "consentimiento sustituto" en beneficio de aquellos pacientes que no pueden directamente decidir.

… si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado y un modelo de relación médico paciente que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales, ello no significa que esté totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico el "paternalismo", en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, la interferencia en la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente a la protección del bienestar y los intereses de la propia persona coaccionada. Es cierto que esta Corte ha preferido denominar esas formas de paternalismo legítimo como "medidas de protección de los intereses de la propia persona", o de manera más abreviada, "medidas de protección", por cuanto esa designación armoniza mejor con los valores constitucionales, y en especial con el reconocimiento de la persona como agente moral autónomo. Con todo, esta Corporación ha admitido la legitimidad de esas medidas, en condiciones específicas, que se dan claramente en determinados tratamientos médicos a los menores. En

efecto, los niños en general no gozan de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado a muchos tratamientos médicos, pero son titulares del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, derechos que prevalecen sobre aquellos de los demás (CP art. 44), por lo cual estas personas deben ser especialmente protegidas de las enfermedades y accidentes por su familia, por la sociedad y por el Estado. Al respecto, la Carta confiere carácter fundamental al derecho a la salud de los niños. Por consiguiente, en general es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que los niños aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen la capacidad jurídica ni la autonomía suficientes para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva.

Los padres y tutores pueden entonces tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. El menor, ha dicho la Corte, “está bajo el **cuidado** de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de

éstos". Por ello esta Corporación ha señalado que ciertas determinaciones médicas de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida del menor. Así, esta Corte tuteló el derecho a la vida y a la salud de una menor, que requería ser urgentemente hospitalizada, pero sus padres se oponían al tratamiento por cuanto lo consideraban contrario a sus convicciones religiosas. Esta Corporación ordenó entonces que el tratamiento se realizara, incluso en contra de la determinación de los padres, pues era obvio que debía primar el derecho a la vida y a la salud de la menor sobre la libertad religiosa de los padres.[17]

6. Además, el hecho que después de dictado el fallo absolutorio de primera instancia, uno de los que lo recurrió fue el Fiscal 28 Seccional de Valledupar, esa sola circunstancia por sí misma no se puede tener como soporte para aplicar el principio del in dubio pro reo, porque si la pretensión del mencionado sujeto procesal fue plenamente satisfecha por el Juez, en últimas, no tendría interés para impugnar la sentencia de primer grado.

7. Las explicaciones anteriores llevan a que se concluya que erró el Tribunal en el análisis de la declaración de la menor y el procedimiento efectuado por el médico RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, porque a la luz de la sana crítica se desprende certeza sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del procesado, si se tiene en cuenta que demostrada está la

[17] CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia* de Unificación T-337 de 1999.

concurrencia de la conducta imputada en la resolución de acusación, esto es, el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años -artículo 305 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 7° de la Ley 360 de 1997, agravado con base en el numeral 2° del artículo 306 del Código Penal, conte nido en el Título XI, que protege los bienes jurídicos de la libertad sexual y la dignidad humana, punible que se tipifica cuando el actor: (i) realiza actos sexuales diversos al acceso carnal con persona menor de 14 años, (ii) ejecuta éstos en su presencia, y (iii) o la induce a esas practicas sexuales.

8. En efecto, del estudio del acervo probatorio y de lo expuesto en acápites anteriores, se infiere que la conducta desplegada por RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA se enmarca en la primera de las modalidades atrás referenciadas, porque después de llevar a cabo la ecografía autorizada por el padre de la menor afectada, el acusado decide sin permiso de los progenitores de la misma, manipular sus órganos genitales so pretexto que presentaban un olor fétido y/o en aras de establecer si ya había tenido relaciones sexuales, acto lujurioso que sin lugar a dudas estaba orientado a satisfacer los apetitos sexuales del acusado, si en cuenta se tiene que en dicho procedimiento desconoció los postulados establecidos en el artículo 12 de la Ley 23 de 1981[18] -lex artis o ley del arte-,

> "…entendida como la experiencia decantada de la vida, le enseña a los médicos, como comportarse en una situación concreta, bien sea porque determinen actuar o no…Esa lex

[18] El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

artis se concreta en protocolos a través de los cuales se indica lo que se debe hacer o no"[19].

9. Precisión que cobra relevancia al tener de presente lo dicho por el procesado en su primera versión, quien señaló que -una vez concluido el procedimiento de la ecografía- le solicitó a su sobrina se quitara el pantalón y el panty, flexionara sus piernas y sin tener en cuenta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, fraccionó "*los labios mayores de su vagina y con el dedo índice palpe su periné para aclarar si ella estaba desflorada*", proceder que no puede enmarcarse dentro de los parámetros establecidos en la lex artis, porque si ello fuera así, debió inicialmente solicitar la autorización respectiva de los padres de la menor[20], utilizar guantes y una sonda -transductor- con una cubierta protectora -condón y gel-,[21] pero como la finalidad del médico no era otra que satisfacer sus apetitos sexuales, pretermitió el mencionado procedimiento, incurriendo de esta manera en actos sexuales abusivos.

La conducta del acusado fue, a no dudarlo, antijurídica, pues es claro que con ella resultó lesionado el bien jurídico de la libertad sexual,

[19] Derecho Penal y Responsabilidad Médica Penal en Colombia. Solórzano Garavito Carlos Roberto. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. Página 79.

[20] Artículos 14 y 15 de la Ley 23 de 1981 "Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica"

[21] Dietz, Hans Peter. *Atlas of Pelvic Floor Ultrasound. 2008, XIV, 138 P [Publicación en Línea]. Disponible en internet en: http://www.springerlink.com/content/978-1-84628-520-2#section=148638&page=3&locus=3*

integridad y formación sexuales. Y también aparece evidente en el proceso que el médico RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA con conocimiento y voluntad de causa cometió la conducta imputada. El dolo se desprende de la forma como ejecutó el hecho porque consciente del procedimiento a seguir -dada su experiencia como radiólogo-, decidió contrariar la ley penal, y sin que estuviera amparado por una causal de exoneración de responsabilidad, se aprovechó que los padres de la víctima lo autorizaron para que le tomara una ecografía abdominal y excedido ese mandato optó por manipular los genitales y senos de la niña, con la torcida intención de satisfacer sus instintos libinidosos.

En conclusión, la conducta realizada por el acusado es típica, antijurídica y culpable, motivo por el cual se hace merecedor a la condigna sanción penal. Es preciso señalar que no obstante la conducta reprochada implicó penetración vaginal con el dedo índice, el cargo deducido en la acusación no fue por acceso carnal abusivo con menor de 14 años sino por actos sexuales con menor de 14 años, habida cuenta que solo a partir de la Ley 599/00 -artículo 212-, el legislador precisó que el acceso carnal no solo se producía con la introducción del asta viril sino también con la penetración de cualquier parte del cuerpo humano u otro objeto, previsión inexistente en el Código Penal del 80 vigente para la época de comisión de los hechos objeto de juzgamiento, y por ende, aplicable al caso en virtud del principio de favorabilidad.

10. **Sentencia de reemplazo:**

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

10.2. En la resolución acusatoria proferida contra RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA se le imputó el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años -artículo 305 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 7° de la Le y 360 de 1997, agravado con base en el numeral 2° del artículo 306 ibidem.

10.3. **Pena a imponer:**

10.3.1. Precisa la Sala que con base en lo señalado por esta Corporación, se tendrán en cuenta los criterios de dosimetría penal consagrados en la Ley 599 de 2000 que son más favorables, como quiera que con el procedimiento de cuartos allí implementado limita la discrecionalidad del sentenciador, obligándolo a efectuar su tasación conforme a los factores objetivos externos que en cada caso concreto concurren[22].

10.3.2. El delito previsto en la disposición vigente a la comisión de la conducta punible endilgada se sanciona con una pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años, límites que en los términos del artículo 306 del Decreto 100 de 1980 se incrementan en el mínimo a 32 meses y en el máximo hasta 90 meses.

[22] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* de única instancia del 5 de noviembre de 2008, radicado 18029.

C U A R T O S

Mínimo	Medios		Máximo
32 meses a 46 meses, 15 días.	46 meses, 15 días + 1 día a 61 meses.	61 meses + 1 día a 75 meses, 15 días.	75 meses, 15 días + 1 día a 90 meses

Comoquiera que al acusado se le imputó la agravante específica prevista en el -numeral 2° del artículo 306 del Código Penal-, y a su favor concurre la atenuante punitiva de ausencia de antecedentes penales, el primer cuarto mínimo debe ser utilizado como marco de la pena a imponer, esto es, mínimo 32 meses y máximo 46 meses, 15 días de prisión.

10.3.3. Dada la ocurrencia del hecho y los presupuestos reseñados en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal: (i) mayor o menor gravedad de la conducta, coligiéndose, en este evento, el comportamiento imputado al procesado de suma gravedad, por haber actuado aprovechando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encontraba la menor, contrariando de tajo los derechos de los niños, no solo garantizados por el derecho interno sino por el de orden internacional, (ii) el daño real y potencial creado, determinándose como concreto pues se afectaron las esferas física y psíquica de la niña para cumplir sus deseos libinidosos, sin tener en cuenta la más mínima consideración, lesionando el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, y (iii) la intensidad del dolo se enuncia como directa y bien marcada, porque realizó sobre la menor actos sexuales abusivos tocando sin autorización alguna sus órganos genitales, siendo

consciente de lo que hacía a tal punto que persistió en su conducta a pesar que la víctima reflejaba oposición, circunstancias por las cuales se tomará como pena el máximo previsto en el primer cuarto mínimo, esto es, 46 meses, 15 días de prisión.

10.4. 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.

10.5. Teniendo en cuenta que los hechos endilgados al profesional de la medicina RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA ameritaban que la Fiscalía General de la Nación le imputara la circunstancia de agravación prevista en el artículo 58 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 365 de 1997 -hoy de mayor puniblidad (numeral 9° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000)- , pero como no lo hizo, la Sala con fundamento en los principios de congruencia y no reformatio in pejus, se ve impedida de pronunciarse al respecto, no obstante, por la Secretaría de la Sala se expedirán copias de esta providencia y de las actuaciones relevantes con destino al Tribunal de Ética Médica competente, para los fines legales que estime pertinentes.

10.6. En razón al monto de la pena a imponer no es posible contemplar la posibilidad del subrogado de la condena de ejecución condicional (artículo 80 del Decreto 100 de 1980 y artículo 63 del Código Penal de 2000).

10.7. Y si bien en principio surge viable la sustitución de la privación de la libertad por domiciliaria, en términos del artículo 38 de la ley 599 de 2000, porque se ha procedido por punible cuya pena mínima es inferior a cinco años de prisión, la Sala tiene ya decantado el criterio[23] según el cual deviene igualmente improcedente tal subrogado en casos de la naturaleza del aquí examinado por la profunda trascendencia social que éstos tienen, que implica, en aras de las funciones que de la pena ha establecido el artículo 4º ibídem, esto es, prevención general, retribución justa y prevención especial, que la prisión carcelaria se torna en un imperativo jurídico, pues, si de la primera se trata, la comunidad debe asumir que ciertos hechos punibles que lesionan sus intereses más preciados, como la libertad sexual y la dignidad de un menor, lesionando no solamente sus valores físicos y sicológicos, sino también su entorno familiar, merecen un tratamiento severo que no sólo expíe la conducta del autor, en tanto retribución justa, sino que además, como prevención especial, lo disuada de la comisión de nuevos hechos punibles, de modo que no quede en aquella sensación alguna de impunidad o de un trato desproporcionado, por la gracia del beneficio, frente a la gravedad del delito o a las obligaciones y especiales calidades de su autor.

Con el propósito de cumplir las señaladas funciones, y dado el desarrollo personal, social y laboral que, sin duda alguna, el acusado

[23] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sentencia* de única instancia del 27 de agosto de 2002, radicado 16.519.

reflejó en los acontecimientos delictivos por los cuales será condenado, imposible resulta deducir que no colocará en peligro a esa sociedad, en la que ocupaba privilegiada posición por su cargo.

En consecuencia se librará 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.

11. Indemnización de perjuicios. Según el artículo 55 del Decreto 2700 de 1991 (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 acreditó la causación de perjuicios materiales con el acto sexual en menor de catorce años, razón suficiente para no realizar pronunciamiento sobre el particular. En cuanto a los perjuicios morales la Sala entiende que los hechos han afectado gravemente los valores físicos y sicológicos de la víctima, por tanto, conforme a las previsiones establecidas en artículo 106 del Código Penal de 1980 -hoy 97 de la Ley 599 de 2000-, prudencialmente, se fijan en la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

RESUELVE:

1º. CASAR la sentencia impugnada.

2º. DECLARAR responsable a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor de la conducta punible de acto sexual con menor de catorce años, previsto en el artículo 305 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 7° de la Ley 360 de 1997 , agravado con base en el numeral 2° del artículo 306 del Código P enal, vigente para la fecha de comisión de la conducta imputada.

3º. CONDENAR , en consecuencia, a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA a cumplir las penas de 46 meses, 15 días de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por lapso similar al de la pena privativa de la libertad.

4º. DECLARAR que RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni al sustituto de la prisión domiciliaria.

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

5º. CONDENAR a RAFAEL AUGUSTO DAZA AMAYA a pagar a favor de la víctima, el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales vigentes, a título de perjuicios morales.

6º. COMPULSAR las copias a que se hizo referencia en la parte motiva.

7° 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.

8º. ADVERTIR que contra esta providencia no procede ningún recurso.

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

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria.