



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP3623-2014

Rad. 36108

Aprobado Acta No. 74

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil catorce
(2014)

ASUNTO:

La Sala decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia del 20 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Superior de (...), por medio de la cual revocó la condena impartida en contra de JPM en primera instancia por el delito de acceso carnal o acto sexual con incapaz de resistir, para en su lugar absolverlo y la confirmó por el punible de incesto también imputado, imponiéndole la pena principal de 16 meses de prisión.

HECHOS:

Durante el segundo semestre de 2008, JPM, padre de la menor N. C. P. G., cuando gozaba de sus visitas con ocasión del régimen pactado con su madre y, al momento del descanso en su habitación, aprovechó para hacerle tocamientos a la menor en sus partes íntimas, lo cual ocurrió en diversas ocasiones.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Con ocasión de la denuncia presentada, una vez producida la captura del sindicado, el 7 de febrero de 2010 se realizó audiencia preliminar de legalización, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años en concurso, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

2. Aun cuando la Fiscalía registró escrito de acusación el 6 de marzo de 2010 por los delitos de acto sexual abusivo agravado e incesto (artículos 209, 211.2 y 7 y 237 del Código Penal), el día 15 posterior allegó un nuevo documento para precisar los punibles objeto de la misma en “*acto sexual abusivo con incapaz de resistir*” en concurso homogéneo y agravado e incesto, también en concurso (artículos 210 inciso 2, 211 .2 y 7 y 237 del Código Penal), imputación sustentada ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de (...) en la audiencia correspondiente en esta última fecha.

3. Rituado el juicio, por sentencia del 17 de noviembre de 2010, se condenó al procesado a la pena principal de 384 meses de prisión, por el delito de “acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir” contemplado en el artículo 210 del Código Penal (de acuerdo con los parámetros del inciso 1), en concurso homogéneo y sucesivo, agravado con base en las causales 2 y 4 del artículo 211 ejusdem, a la vez en concurso heterogéneo con Incesto (artículo 237).

4. La defensa interpuso apelación. Censuró la incongruencia de la sentencia, al haberse endilgado el delito previsto en el artículo 210 en la modalidad de acceso, cuando fue acusado por actos, además de que el primero no encuentra respaldo probatorio en la actuación, así como la indebida valoración probatoria, en especial, de los testimonios de la madre de la presunta afectada y el fundamento de la condena en pruebas auxiliares. El Tribunal Superior de (...) en providencia del 20 de enero de 2011, revocó el fallo impugnado en cuanto condenó por el delito de “acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir” (artículo 210) y absolvió por esa conducta, al tiempo que lo ratificó por el delito de incesto.

LA DEMANDA:

El Procurador Judicial acusa la sentencia, por violación directa de la ley sustancial, específicamente por aplicación indebida del art. 207 del C.P., toda vez que el

Tribunal absolvió por el delito allí descrito que no había sido objeto de acusación, ni de condena al procesado en primera instancia.

El escrito de acusación imputó el punible previsto en el art. 210 del C.P. y acorde con dichos cargos se profirió sentencia de primera instancia, razón por la cual no le era dable al Tribunal argumentar que en aquellas hipótesis en que la víctima es un menor de catorce años concurren los supuestos de los artículos “208 y 209 del C.P.” y no los del “art. 207”, pues esto no fue considerado por el sentenciador.

El Tribunal, al absolver por el delito previsto por esta última disposición que no fue objeto de acusación y tampoco de sustento en la sentencia de primera instancia, violó en forma directa la ley por aplicación indebida de dicho precepto que lo conduce, como es evidente, a solicitar se case la sentencia y se profiera la que en derecho corresponda.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, recabó en los argumentos del libelo. Hizo notar que la acusación fue por los delitos de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir agravados en concurso, e incesto, acorde con los artículos 210, 211 -2 y 7- y la sentencia condenó por dichos delitos pero en la modalidad de acceso carnal e imputó además las agravantes 2 y 4. Agrega que el

Tribunal, tras aducir que lo atribuido fue el delito contemplado por el artículo 207 del Código Penal, absolvió por el mismo para condenar exclusivamente por incesto.

Así las cosas, solicita se case la sentencia en orden a adecuar el fallo a los términos de la acusación pero con la exclusión de las agravantes por configurar elementos típicos de los delitos imputados.

En similares términos fue la intervención de la Fiscal Segunda Delegada Para la Casación Penal.

El defensor solicitó se restrinja la decisión de la Corte a la causal primera y no a la tercera, toda vez que la incongruencia de la primera instancia en relación con la decisión del Tribunal se deriva de la acusación sustentada en hechos y pruebas legalmente recaudadas y reconocidas, por lo cual no hay lugar a su variación y por ende tampoco a casar la sentencia.

CONSIDERACIONES:

1. Le asiste razón al representante del Ministerio Público, toda vez que el Tribunal Superior de (...), sin motivo aparente, aplicó el artículo 207 (acceso o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir) y dejó de lado el señalado en el artículo 210 del Código Penal (acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir), para finalmente absolver a **JPM** sin adentrarse en los motivos fundamentales del recurso de apelación postulado por la defensa.

En efecto, de la lectura del proveído del 20 de enero de 2011 surge tal yerro, pues desde su inició el Tribunal hace referencia al ilícito prescrito en el artículo 207 cuando nunca fue insinuado por la Fiscalía en el diligenciamiento y mucho menos por el Juez de primer grado, lo cual, además, vulneró el principio de congruencia.

El debate giró, en la imputación jurídica del delito de “*acceso carnal o acto sexual con incapaz de resistir*”, una vez fuera variada la inicial de acto sexual abusivo con ocasión de la condición de salud de la víctima quien fuera diagnosticada con “*retardo mental leve*”, acusación que se concretó en audiencia de formulación celebrada el 15 de marzo de 2010, en la modalidad de actos y que definió, desde ese momento, el debate procesal.

Error que a su turno llevó al ad quem a suponer como errónea la calificación jurídica de los hechos denunciados, puesto que, en su sentir, “*según se desprende de la versión de la misma menor, es un supuesto acceso carnal (usando los dedos el agresor), o un acto sexual abusivo si es el caso en las dos variantes cometido contra menor de edad*”¹, delitos que al no haberse endilgado por el delegado de la Fiscalía y estar imposibilitado para variar la acusación o anular la actuación, le obligaba a absolver.

En este punto, la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de

¹ Página 5 de la providencia, visible a fol. 190 de la carpeta.

P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, Rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, Rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, Rad. 32879.

De allí que, en el caso presente, bajo la propuesta del Tribunal sobre la tipificación de los hechos denunciados, incluso aparecía admisible (de encontrarlo debidamente probado) que encausara su decisión en el artículo 209 del Código Penal (actos sexuales con menor de catorce años), como quiera que representaba una pena menor y respetaba el marco fáctico decantado en la acusación; más no, el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años², contemplado en el artículo 208, pese a que prevé una pena igual, pues ello ya suponía variar el supuesto de hecho indicado.

Todo esto para significar que equívoca fue la salida del sentenciador, a más del error en la selección del fundamento normativo que desvió por completo el análisis del recurso de apelación presentado por la defensa y dejó inconclusa su resolución frente a la primera de las

² Conducta que en el fallo de segundo grado, también alertó podía presentarse.

conductas acusadas y, de manera sorpresiva, estudió un tipo penal que en nada había sido considerado.

2. Si bien la sentencia atacada hace algunas referencias a la existencia del acceso carnal de la menor por el acusado, padre de aquélla, lo cierto es que lo fue para consolidar su responsabilidad por el delito de incesto, que dio lugar a confirmar la condena por su comportamiento.

Y sólo por esta vía abordó los argumentos propuestos por la defensa, que descartó ante la innecesaridad de demostrar si finalmente se incurrió en actos o acceso, la veracidad que le merecieron los relatos de las sicólogas presentadas por el ente acusador que examinaron a la niña y la situación de la víctima, quien pudo verse afectada por el drama familiar que generaba la privación de la libertad del padre.

Lo cual no supone de manera alguna la superación del yerro detectado, por cuanto, finalmente, la presunta responsabilidad por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir no fue analizado, pese a suponerse su existencia como supuesto del delito de incesto.

3. En consecuencia, se impone casar el fallo del Tribunal, exclusivamente en lo que respecta al delito de acceso carnal con incapaz de resistir y por ello abordar el estudio de la responsabilidad del acusado en los términos planteados por el delegado de la Fiscalía y, actuar en sede

de casación como Tribunal de instancia, teniendo por superada, cualquier inconsistencia que pudo haberse presentado en la formulación del recurso.

4. JPM, fue acusado del delito descrito por el art. 210 “*inciso segundo*”, esto es “*acto sexual con incapaz de resistir*”, agravado acorde con el art. 211 “*numeral 2 y 7*” en concurso con el delito de incesto del art. 237, en atención a que el “*Informe Técnico Médico Legal Sexológico*” del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, concluyó que la menor N.C.P.G. tenía “*Himen anular íntegro no elástico lo cual indica que no ha sido desflorado*”, hallazgo compatible con manipulaciones a ese nivel que en todo caso descartaban el concepto de acceso para los fines jurídico penales.

Las pruebas, analizadas en su conjunto, llevaron al sentenciador de primer grado a condenar a JPM por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con el delito de incesto, en perjuicio de la menor N.C.P.G.

En esa decisión aparece demostrado el primer yerro denunciado por el defensor consistente en la variación de la modalidad de la conducta endilgada por la Fiscalía, que lo hizo, fue por *actos* y no *acceso*, lo cual conllevó la imposición de una pena mayor.

Si bien es cierto, en la previsión normativa se presentan tales modalidades, en la misma se hace una

distinción frente al quantum punitivo que no puede pasar desapercibida, en tanto para el primero, oscila entre 8 y 16 años y, el segundo, entre 12 y 20 años.

Por manera que no resulta admisible que el juez hubiere variado la calificación jurídica de los hechos puestos en su conocimiento para finalmente condenar y agravar la situación del acusado, como quiera que ésta no se constituye en una de las variables admitidas por esta Colegiatura, según se expuso con anterioridad.

5. Delimitado el ilícito por el cual se procede, corresponde estudiar los reparos que la defensa propuso a la sentencia de primer grado, que básicamente son: (i) no se dio suficiente credibilidad al testimonio de la madre, según el cual, la menor mintió; (ii) la Fiscalía no investigó lo favorable al imputado; y, (iii) se condenó a su prohijado con base en pruebas “auxiliares”.

5.1. Inicialmente, frente a la alegada omisión de la Fiscalía en investigar lo favorable al implicado, aspecto que subyace en el denominado principio de investigación integral, de entrada, ninguna obligación le asistía a la referida parte procesal para ello, en tanto, con la estructura adversarial del proceso implementado con la Ley 906 de 2004, la Fiscalía, en su condición de parte, debe recolectar el material probatorio, evidencia física e información legalmente obtenida que le llevé a demostrar su tesis y desvirtuar la presunción de inocencia, en caso que decida

postular acusación en contra de una determinada persona. Así lo ha precisado esta Corporación:

Ahora, en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargo, prueba que la desnaturalice o controvierta, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, en tanto, se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio de libertad probatoria, la soporten.

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elementos de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió –como carga que le compete para desvirtuar la acusación–, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final. (CSJ SP, 27 Mar. 2009, Rad. 31103, reiterada en CSJ AP, 18 Abril. 2012, Rad. 38182)

Siendo cosa diversa, la garantía del principio de contradicción previsto en el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 y retomado en el artículo 142-2 ejusdem, según la cual le corresponde suministrar a través del juez de conocimiento todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al

procesado; sin que de modo alguno en el presente caso, se hubiere denunciado falta al respecto, como que el defensor no señaló qué elemento con vocación probatoria fue ocultado por el titular de la acción penal.

5.2. En lo relativo a las censuras probatorias, de ninguna manera fue desconocido el testimonio rendido por GGM, madre de la víctima; por el contrario fue valorado por el a quo, quien no le concedió el peso suasorio que el defensor reclama.

Escuchado el respectivo audio de la audiencia celebrada el 19 de julio de 2010, en la cual se recibió dicha declaración, aparece que si bien en algunos apartes refirió que la menor mentía frente a la inculpación a su padre, también lo es que con ocasión al primer dicho de la niña, afirmó que le mereció credibilidad, tanto que acudió al Comisario de Familia para poner en conocimiento de las autoridades la situación narrada por su hija, según la cual, su padre la molestaba introduciéndole los dedos en su vagina cuando estaba acostada, en los fines de semana que se quedaba con él, una vez fue acordado el régimen de visitas luego de su separación.

Relato que le fue puesto de presente al leerse la entrevista rendida el 11 de mayo de 2009, recibida por un funcionario del CTI y que, además, se muestra consistente con la versión de los hechos rendida por la niña al momento de entrevistarse con profesionales, médico y sicólogos, quienes acudieron al juicio como testigos peritos.

Es decir, el testimonio por si sólo no logró restar mérito a lo indicado inicialmente por la niña y fue motivo de denuncia; por el contrario, brindó información de la vida familiar de la menor, los conflictos de pareja y las razones de la separación, la negativa de la menor a quedarse nuevamente con el padre luego de lo acontecido y las veces que fue entrevistada su hija.

Además, su exposición no estuvo ajena de contradicciones, pues se percibió su inicial indisposición para brindar datos sobre los hechos y especificar lo sucedido de acuerdo con la denuncia que expuso ante el Comisario de Familia y su interés en abandonar la actuación, porque solo en el ejercicio propuesto en el contra interrogatorio y en la puesta de presente de manifestaciones anteriores se logró establecer las circunstancias que la llevaron a acudir a la Casa de la Justicia en busca de ayuda para su descendiente.

Ese testimonio no se constituyó en la única prueba del juicio, por manera que debía ser analizado junto con los demás medios probatorios, los cuales llevaran al juzgador al convencimiento más allá de toda duda razonable de la responsabilidad del procesado.

5.3. En efecto, al juicio concurrieron 4 testigos peritos a más de la madre y la víctima, quienes, brindaron elementos para la construcción de la conclusión que daba cuenta de los hechos objeto del proceso penal.

Al respecto y sin que el defensor precisara lo que entiende por prueba auxiliar, aparece que la sentencia fue edificada en las pruebas validamente practicadas, que de una u otra forma suministraron motivos de convencimiento sobre la responsabilidad del implicado.

De manera inicial, la sicóloga del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Elsa Susana Guerra Chinchía, frente al relato de los hechos consideró que desde el punto de vista psicológico forense, la versión suministrada por la menor, según la cual *“...Es que mi papá me intentó violar, es que él llevo, él estaba tomando y ahí mismo me intentó violar, me metió un dedo, en la vagina, yo estaba en la cama de él, en la casa donde él vive, fue en la noche, yo estaba dormida, yo intentaba de (sic) pararme pero yo no me paré, él no quería que yo me parara, él no dijo nada, se sentó en la cama y yo tenía una sábana y tenía un pantalón y una camisa. Fue esa vez, nunca más me volvió a tocar, solo ese y solo metió los dedos”, “Cuántas veces sucedió eso que me estas contando? Eso me lo hizo como tres veces en la casa de él, en la cama, yo casi no me acuerdo cuantas veces fueron...”*³, era consistente, creíble y fiable.

Dicho que, según se expuso en el juicio, se presentó luego de que la víctima le refiriera a su madre, a quien también se le recibió entrevista, que lo narrado en la denuncia no era cierto; situación entonces que no se dio, en tanto en tal entrevista la menor reiteró el vejamen del cual fue víctima por parte de su padre.

³ Informe pericial forense consecutivo No. 032-10-62 DS, de 19 de febrero de 2010. visible a Fol. 58 de la carpeta. Leído en audiencia e incorporado como prueba No. 1 de la Fiscalía.

La profesional también explicó las razones por las cuales podía la menor desdecirse en su dicho, con fundamento en el síndrome de acomodación como mecanismo de protección ante la ofensa sufrida, la pérdida de apoyo de la red familiar y el vínculo con el victimario, a lo cual sumó que dada la condición mental de la afectada, quien fuera diagnosticada con “retardo mental leve”, le era complicado inventar o mentir sobre un hecho inexistente o que no hubiera vivido y por ello, sería difícil que inculpara a su papá.

Por consiguiente, la retractación, en cambio de restar credibilidad a su versión, la tornaba más consistente.

Posición que fue acompañada por la doctora Ana Patricia Ramos Parada, sicóloga jurídica forense que atendió el caso en la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de (...), en mayo de 2009 e hizo una valoración psicológica a la menor por los hechos denunciados y quien igualmente concluyó que su relato era creíble.

Ante dicha profesional, N.C.P.G. refirió haber sido violentada por su padre, JPM, quien “...metió el dedo en la vagina y me despertó yo tenía una sabana encima”, (...) PREGUNTA *¿Esto sucedió una sola vez o más de una vez?* RESPUESTA *varias veces es que mi mamá me llevaba los sábados a donde mi papá y él me metía el dedo, me dolía mucho, yo le tengo miedo...*⁴

⁴ Informe psicológico, valoración No. 010 URI (...)-(...), 15 de mayo de 2009. Visible a Fol. 82 de la carpeta. Admitido como prueba No. 3 de la Fiscalía.

Pruebas estas que merecen total validez al momento del análisis probatorio, porque aportan el punto de vista del profesional sobre el relato de los hechos suministrado por la menor al momento de comparecer a las respectivas valoraciones, como lo ha explicado esta Corporación en pasadas oportunidades.

Así en CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868:

En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las sicólogas y la médico forense, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior⁵:

“Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.

Ocasión en la cual, igualmente, le restó su consideración como prueba de referencia:

6.3. Con sustento en lo anterior, la afirmación del ad-quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden

⁵ Sentencia Del 17 de septiembre de 2008, radicado29609

carece de fundamento legal, pues en el caso concreto la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar⁶.

Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal.

(...)

Es claro, así mismo, que la prueba tomada a partir de lo dicho por menores víctimas de delitos, demanda de especial cuidado por virtud de los derechos que se hallan en juego, la necesidad de no revictimizar al afectado y las limitaciones propias de su corta edad.

Ello ha conducido a que la Sala incluso advierta, en seguimiento de claras pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.

⁶ Artículo 404, Ley 906 de 2004. “Apreciación del Testimonio: “Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

De la misma forma, se indicó en CSJ AP, 10 Oct. 2012,
Rad. 39511

Así, en materias de esta índole, es decir en casos de delitos sexuales, la Corte ha señalado que las declaraciones de expertos para las que han acudido a las entrevistas practicadas a las víctimas, no se constituyen en pruebas de referencia, porque no se trata de dilucidar el suceso punible, sino la veracidad o confiabilidad de la narración de los hechos suministrados por las personas entrevistadas, para lo cual el perito pone al servicio de la administración de justicia su conocimiento personal, no respecto de los acontecimientos que configuran la conducta delictiva, se repite, sino de la confianza que le merece el relato que de los mismos hicieron los ofendidos u otra persona, ello a partir de su formación científica y su experiencia en el tratamiento de casos similares⁷.”

Y en similar sentido:

A este respecto, basta recordar que para la Sala⁸ ciertamente dichas pruebas ostentan plena autonomía y son objetos de valoración en la sentencia en correspondencia con las demás practicadas en el juicio, toda vez que comprenden todo cuanto los testigos escucharon directamente exponer a la menor ofendida sobre los hechos, haciendo desde la perspectiva de su especialidad conceptos de rigor, que son incorporados dentro del ámbito propio del juicio, junto con sus declaraciones y en estricto apego a los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

(CSJ AP. 27 Jun. 2012, Rad. 35791)

⁷ Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Proveídos de 21 de febrero de 2007, radicación 25920; de 29 de febrero de 2008, radicación 28257 y de 17 de septiembre de 2008, radicación 29606, entre otros.

⁸ Decisiones 24468/06; 25738/06; 26411/07; 34258/10 y 34235/11, entre otras

Además, el relato de la menor se observa similar al consignado en la anamnesis del Informe Técnico Médico Legal Sexológico, suscrito por la Médica forense María del Consuelo Urrego Cristancho⁹, incorporado en el juicio a través de su declaración, según la cual, la niña refirió *“...desde cuando vivíamos en la otra casa mi papá JPM me metía un dedo en la vagina; eso fue varias veces; él ya no vive con mi mamá pero cuando él me llevaba los fines de semana también me lo hacía; también él me daba besos en la boca, él no se quitaba la ropa, ni me la quitaba, él me metía el dedo por un lado del interior, me decía que no le contara a mi mamá porque me regañaba; a mi no me dolió ni me salió sangre... mi papá toma todos los días...”*

Dictamen este que concluyó con la nota según la cual *“los hallazgos normales al exámen físico genital, no descartan manipulación a dicho nivel.”*; lo cual daba lugar precisamente a la consolidación de la teoría del caso de la Fiscalía referente a la tipificación de actos abusivos y no de acceso.

Ahora, si bien la menor, en el momento de ser interrogada por la defensa, inicialmente, indicó no haber sido tocada en su cuerpo, ni por su padre u otra persona, luego del ejercicio dialéctico correspondiente admitió haber señalado a su papá como abusador en las entrevistas recibidas por los profesionales médicos y sicólogos que la valoraron.

Situación con la cual incorporó a su testimonio los diálogos sostenidos con aquellos y por consiguiente, factibles de ser valorados como pruebas directas de lo

⁹ Incorporado como prueba No. 2 de la Fiscalía. Visible a fol. 61 de la carpeta

acontecido, como lo ha reconocido esta Corporación, en CSJ SP, 29 Feb. 2008, Rad. 28257, reiterada en CSJ AP, 21 oct. 2009 y a su vez en CSJ AP, 12 may. 2010, Rad. 33573.

Que lo aseverado en el juicio fuera diverso, se observa sugestionado por la idea de que ahora debía decir la verdad, ello, porque la sicóloga Marta (perito de la defensa) así se lo había indicado (única profesional ante la cual la niña cambió su afirmación), además de verse acompañado de faltas a la verdad, en tanto, por ejemplo, pasaba de afirmar que nadie la había entrevistado a que sólo había hablado con la mentada sicóloga, cosa que a todas luces carece de veracidad.

La niña agregó que las mentiras que había dicho eran consecuencia de que su papá iba a matar a su mamá, no porque no hubiese abusado sexualmente de ella, además de reconocer que quería que su papá estuviera libre.

Elementos que ahora guardan coherencia con lo manifestado por la madre, quien también pretendió desviar la atención de los hechos por los cuales concurrió a las autoridades y retiró así el apoyo a la menor, lo cual llevó a que ésta actuara en la forma como fuera explicado por los testigos peritos, con ocasión del síndrome de acomodación.

Adicionalmente, debe tenerse presente, lo enseñado por esta Sala sobre el fenómeno de la retractación, en casos como el presente, CSJ AP. 27Jun. 2012, Rad. 35791:

“No está de más señalar que sobre la construcción de la verdad en los casos en que el testigo-víctima se retracta en el juicio oral, la Corte ha tenido oportunidad de precisar que:

“No es regla del pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar que si el testigo que ayer imputó ante el órgano de investigación y hoy se retracta o nada contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso.

Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del diálogo que ofreció durante el proceso desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legalmente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable apreciar la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia de juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer inferencias absolutamente válidas, puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).

Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso.

(...)

Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra (u optó por no responder absolutamente nada –aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.), ofrecen de hecho un diálogo a partir del cual es legítimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.

(...)

Por ello, la Sala expresa su criterio en el sentido de que las pruebas legalmente aducidas a la audiencia del juicio oral y público por el representante del Órgano de Indagación e Investigación a través de testigos de acreditación, después de aportadas legítimamente y puestas a la orden de la controversia, son pruebas del proceso y por consiguiente apreciables según los criterios de cada medio de convicción, tanto como el testimonio de persona renuente, cuya contemplación material es susceptible de conjurarse con la versión que suministre el testigo de acreditación”¹⁰.

Si bien, por petición de la defensa, concurrió a juicio la psicóloga Martha Patricia Peña Díaz, el propio defensor en sus alegatos de conclusión reconoció situaciones que escaparon del marco de su conocimiento, precisamente ante las inconsistencias técnicas que fueron puestas de presente por el delegado de la Fiscalía frente a su acreditación, entre ellas, la no titulación como psicóloga jurídica al momento de realizar la valoración a pesar de suscribir el informe bajo tal denominación, ser egresada de una Universidad cuyo

¹⁰ Cas 26411/07

enfoque es humanista y no apto para este tipo de examen; además, del inadecuado manejo de técnicas, métodos o herramientas para la valoración de la menor, en razón que no evaluaban grado de credibilidad del testimonio y las aplicaba de manera parcial y confusa, al punto que sus preguntas eran sugestivas, someter a evaluación a la menor por un tiempo mayor al considerado por la comunidad científica como permitido, entre otros aspectos, razón por la cual no era dable dar mayor crédito a sus conclusiones, al haberse derruido con el ejercicio de contradicción propuesto por la contraparte.

De allí que son convincentes los señalamientos que la niña hizo ante los peritos convocados al debate probatorio, cuyas versiones fueron incorporadas a través de su testimonio, al igual que el de los profesionales, quienes a su vez y luego de practicar el experticio del caso, evidenciaron la consistencia, credibilidad y fiabilidad de sus manifestaciones.

6. Así las cosas, advertida la responsabilidad de JPM en los hechos denunciados, correspondería la confirmación del fallo de primer grado, empero, como se anunció párrafos atrás, es incongruente con la petición de condena de la Fiscalía, toda vez que partió para dosificar la pena de la modalidad del punible previsto en el art. 210 en su especie de “*acceso carnal*”, con una sanción de 12 a 20 años, cuando ha debido hacerlo considerando la variante de “*actos sexuales diversos*” con una sanción de 8 a 16 años.

Además, es manifiesta la improcedencia de las circunstancias agravantes imputadas en la sentencia de los numerales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal, no solamente porque las atribuidas en la acusación fueron las previstas en las causales 2 y 7, sino porque con desmedro del rigor que el principio de legalidad estricta impone resulta jurídicamente insostenible la deducción de alguna de estas últimas.

En efecto, que el actor tenga cualquier carácter que le brinde autoridad sobre la víctima (numeral 2 del artículo 211), tratándose del vínculo derivado de ser el sujeto agente el padre de la menor, implica soslayar el non bis in ídem, como que precisamente esta circunstancia comporta dicho grado de ascendencia en la concurrencia típica del delito de incesto por el que también se le hicieron cargos a JPM.

Así también es dable rechazar la agravante del numeral 7, que dice configurar causa de incremento punitivo cuando la víctima sea persona disminuida física, sensorial o psíquica, toda vez que este es uno de los elementos típicos propios del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir materia de acusación en términos del artículo 210 y que se dedujo por estar acreditado que la menor padece un *“retraso mental leve”*, por lo cual tampoco puede imputarse, la circunstancia de mayor punibilidad.

7. Fijado en los términos anteriores el marco de la imputación desde la perspectiva de la acusación, JPM debe responder por el delito de acto sexual con incapaz de

resistir de acuerdo con el art. 210, inciso segundo del Código Penal, en concurso, pues los actos abusivos se imputaron como reiterados, en concurso heterogéneo con el delito de incesto.

Y si bien corresponde tener presentes los parámetros considerados por el sentenciador de primer grado para la individualización de la sanción, lo cierto es que de la lectura del apartado correspondiente no existe claridad sobre el rubro considerado por cada uno de los concursos advertidos, tan solo su apreciación de las conductas como “*totalmente reprochables*” al haberse vulnerado “*dos bienes legalmente tutelados por el Estado*”, su consumación y el dolo “*en sumo arraigado*”¹¹, todos estos factores que determinan la gravedad de la conducta, el daño al bien jurídico y la intensidad del dolo, conforme con lo prescrito en el artículo 61 del Código Penal y que permiten inferir la intención del sentenciador de no partir del extremo mínimo.

Entonces, se tiene que el delito cuya pena más grave corresponde al previsto en el artículo 210, inciso segundo 2, del Código Penal, que prevé 8 a 16 años de prisión, cuyos cuartos, en meses, oscilan entre: (i) 96 meses a 120 meses; (ii) 120 meses 1 día, a 144 meses; (iii) 144 meses 1 día, a 168 meses; y, (iv) 168 meses 1 día, a 192 meses.

Como quiera que no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, ni concurren agravantes y aparece una circunstancia de menor punibilidad relativa a la carencia de

¹¹ Página 36, visible a Fol. 148 reverso, carpeta

antecedentes, la sanción ha de ubicarse en el cuarto inferior, sin que pueda ser el mínimo en atención a los factores referidos por el a quo, por lo cual se impondrá una pena de 108 meses; en razón del concurso de delitos abusivos, dadas las varias oportunidades en que se cometió la conducta, la Sala estima prudente incrementar la mitad de la pena indicada, esto es 54 meses.

Para el incesto, se tiene que los límites punitivos, de acuerdo con la modificación de la Ley 890 de 2004, son de 16 a 72 meses; oscilando sus cuartos entre: (i) 16 a 30 meses; (ii) 30 meses 1 día, a 44 meses; (iii) 44 meses 1 día, a 58 meses; y, (iv) 58 meses 1 día, a 72 meses.

Ubicado en el cuarto mínimo y con sujeción a idénticos lineamientos, la pena a fijar por este sería de 20 meses, que por razón de ser impuesta como concurso, vale para incrementar en otro tanto la ya definida, en un quantum de 5 meses.

Lo anterior, por cuanto, si bien es válido concluir que al igual que el delito sexual, el de incesto se habría cometido como un concurso homogéneo y sucesivo, lo cierto es que la acusación lo planteó como uno solo, como una unidad de acción.

En consecuencia, sumados tales conceptos, la sanción final es de 167 meses.

* * * * *

Por 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 parcialmente la sentencia impugnada.

2. Modificar el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de (...), en el sentido de imponer a JPM las penas, principal y accesoria, respectivamente, de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por 167 meses, como autor de los punibles de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir en concurso homogéneo e incesto, en concurso heterogéneo.

En lo demás el fallo de primera instancia permanece vigente.

Esta providencia no admite recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

La aclaración que anuncié en los debates de la Sala frente a la decisión de casar la sentencia recurrida y condenar a JPM por el delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, tiene como propósito exaltar la doctrina elaborada por la Corte en torno al recurso extraordinario de casación, cuya finalidad le permite hacer efectivo el derecho material, asegurar las garantías fundamentales y lograr la unificación de la jurisprudencia nacional.

Es de pleno conocimiento que el recurso se dirige contra las sentencias de segunda instancia, amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad. Quien pretenda derruirla, asume el deber de demostrar que los sentenciadores incurrieron en errores de juicio o de actividad que las hacen insostenibles, con argumentos que consulten la lógica de la causal en que se apoya.

De esa manera, cuando la Corte admite la demanda, agotado el trámite de rigor, dicta el fallo de casación, el cual puede ser estimativo de las pretensiones de la demanda, si las acoge total o parcialmente, o desestimativo, cuando no recoge los planteamientos del recurrente.

En el primer caso, establece el artículo 217 de la Ley 600 de 2000 y en forma implícita el 185 de la Ley 906 de 2004, si la Corte casa el fallo del Tribunal por encontrar demostrada la causal primera (*violación directa o indirecta de la ley sustancial*), la segunda (*incongruencia*), o la tercera de nulidad **pero sólo cuando ésta afecte la sentencia demandada**, asume las veces del juzgador de segunda instancia y profiere la sentencia de sustitución o reemplazo.

El fallo de casación puede ser igualmente de reenvío o anulación si se demuestra que el trámite contiene irregularidades sustanciales insubsanables, contrarias al debido proceso, al derecho de defensa, o que desconocen las reglas de competencia. En tales casos, dado que la actuación no se adelantó en forma legal, la Corte no puede dictar sentencia de reemplazo sino anular lo actuado desde el momento en que surgió la irregularidad, de manera que se rehaga el proceso y pueda emitirse válidamente la decisión.

Acorde con lo anterior, el sentido y los efectos de la sentencia tienen relación de dependencia con los cargos de la demanda y los ataques en ella formulados: si prosperan aquellos que denuncian errores de juicio, se dictará sentencia estimativa de reemplazo, lo mismo que si se acredita un error de juicio que sólo afecta la sentencia recurrida, pues en estos eventos la Corte se constituye en juez de instancia y dicta el fallo que le correspondía a aquél.

Por el contrario, si a través del ataque se demuestra la existencia de irregularidades que imponen retrotraer la actuación, la sentencia de casación será de reenvío.

No obstante, aun cuando la Corte desestime los cargos de la demanda, puede de manera oficiosa casar la decisión recurrida, cuando advierta necesario subsanar irregularidades procesales o restablecer las garantías básicas conculcadas, de conformidad con la facultad que al efecto le confieren los artículos 216 de la Ley 600 de 2000 y 184-3 de la Ley 906 de 2004.

Hechas estas precisiones, quiero puntualizar que si bien la Corte corrigió en sede extraordinaria los errores del Tribunal, la solución requería agotar previamente el estudio de la demanda presentada por un delegado del Ministerio Público, responderle el cargo insular que propuso por violación de la ley sustancial, acogiéndolo en tanto se demostrara su existencia, o desestimándolo si el actor no logró tal cometido.

Cumplida esa labor, en cuanto el cargo no hubiere sido acogido, la Sala podía abordar el estudio oficioso que le permitió casar la providencia recurrida y condenar al acusado por el delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, determinación viable mediante una

sentencia de sustitución como la dictada, en cuanto no surgían motivos poderosos que hicieran necesario retrotraer la actuación.

Lamentablemente, la sentencia de casación dejó de lado el estudio de la demanda y no respondió el cargo propuesto por el actor, se ocupó directamente de corregir los errores de juicio detectados en el fallo, cuando se imponía el estudio inicial del libelo.

Lejos de querer incurrir en melancolías formalistas, reitero que el motivo de esta aclaración, se funda en el respeto por la labor que ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte a lo largo de los años, en relación con la doctrina del recurso que constituye su razón de ser y al cual debe su existencia, tarea que le ha permitido trazar pautas lógico argumentativas en torno a las causales que hacen precedente la casación, y delimitar los efectos de sus decisiones, de manera que las controversias propias de esta sede se estructuren en la demostración coherente y seria de los posibles errores que aquejen la sentencia de segundo grado, mediante argumentos de postulación y respuesta acordes con la altura jurídica e intelectual que la caracterizan, por todo lo cual abogo en este momento, en el anhelo de que el recurso no se banalice.

Cordialmente,

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

Fecha ut supra.