

Proceso n.º 32868

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

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 73.

Bogotá, D. C., diez de marzo de dos mil diez.

V I S T O S

Impugnada oportunamente la decisión a través del recurso extraordinario por la apoderada de la víctima, se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 8 de julio de 2009, que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero de 2009, a través de la cual se absuelve a JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA, de los cargos como autor de los punibles de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir en concurso homogéneo y a la vez heterogéneo y sucesivo con actos sexuales abusivos, ambos agravados.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Los hechos objeto de la presente actuación fueron denunciados el 16 de noviembre de 2006, por el padre de la víctima, la menor A. L. R. F., el cual refiere que según narración de su pequeña hija, que a la sazón apenas descontaba tres años, el señor JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA, quien se desempeñaba como conductor de la familia, sometió a ésta a tocamientos en su pecho y genitales, así como la introducción de los dedos por vía anal, en comportamiento vejatorio que tuvo ocurrencia durante los meses de octubre y noviembre de 2006, cuando la niña era transportada en el vehículo de uso familiar, desde la localidad de La Calera a la ciudad de Bogotá, a efectos de recibir tratamiento fonoaudiológico.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En Audiencia preliminar llevada a cabo el siete de mayo de 2007, el Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá ordenó la captura del indiciado JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA.

Efectivizada la orden restrictiva de la libertad, en audiencia preliminar celebrada el 23 de mayo de 2007, ante el Juez 7 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá se legalizó el procedimiento de captura, se formuló imputación por las conductas punibles de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravados, en concurso homogéneo y sucesivo y,

se impuso al imputado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El imputado no aceptó los cargos y en consecuencia la Fiscalía presentó escrito de acusación el 20 de junio de 2007, respecto de hechos ocurridos durante los años 2005 y hasta noviembre de 2006, por los punibles imputados, y adiciona el delito de acceso carnal con incapaz de resistir, en concurso heterogéneo y sucesivo.

Asumidas las actuaciones por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, se dio inicio a la audiencia de formulación de acusación el 27 de agosto de 2007. En ella la defensa solicitó la nulidad de toda la actuación, pues consideraba que se juzgaban con el procedimiento de la ley 906 de 2004 hechos ocurridos en el municipio de La Calera (Cundinamarca), cuando aún no había entrado en vigencia, en esa municipalidad, el sistema acusatorio.

La nulidad fue negada por el juez de primera instancia y en el trámite del recurso de apelación, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso la ruptura de la unidad procesal, para que se adelantase la investigación y juzgamiento de los hechos ocurridos durante los años 2005 y 2006 en la Calera, mediante el procedimiento de la ley 600 de 2000, y en Bogotá los ocurridos aquí, a través de lo establecido en la Ley 906 de 2004.

Se formuló, en consecuencia, acusación por los hechos ocurridos en Bogotá, en audiencia celebrada el 22 de octubre de

2007; la audiencia preparatoria de efectuó el 21 de noviembre de 2007 y, el juicio oral en sesiones del 5 de junio y 5 de agosto de 2008. Concluido el debate del juicio, el juez 4 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, antes Juez 27 Penal del Circuito, anunció el sentido absolutorio del fallo.

La sentencia respectiva se profirió el 12 de febrero de 2009. Decisión que fue apelada por la Fiscalía y la representante de la víctima. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la confirmó integralmente, mediante providencia del 8 de julio del año en curso, fallo que hoy es objeto de impugnación mediante el recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Luego de aludir a los fines de la casación, la impugnante, con fundamento en el artículo 183 de la ley 906 de 2004, propone tres cargos principales por nulidad y uno subsidiario, por violación indirecta de la ley sustancial, los cuales concreta de la siguiente manera:

1. Primer Cargo Principal

Nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, causal segunda del artículo 181 de la ley 906 de 2004; motivación incompleta e insuficiente de las sentencias de primera y segunda instancias, al no haber fijado las pruebas, ni el alcance evaluativo de las mismas, en las que se soporta la

decisión de absolución. Ello, según criterio de la recurrente, vulnera los artículo 10 y 11 de la Constitución Política en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las partes, la prelación del derecho sustancial y los derechos de las víctimas e igualmente los artículos 139 y 162 del Código de Procedimiento Penal.

Asegura la censora que la segunda instancia se reduce a descalificar de manera genérica algunas de las pruebas, hace afirmaciones sueltas respecto de otras, pero no explica los argumentos que en concreto le permitieron confirmar la absolución.

Argumenta que además el Tribunal no dio respuesta a los planteamientos de los recurrentes y cambió los hechos, circunstancia que pone de manifiesto la omisión en el estudio cuidadoso y atento del expediente. Situación ésta que ejemplifica con la reproducción del acápite de hechos de la sentencia, en cuanto señala su ocurrencia entre los primeros meses de 2005 y los últimos de 2006, cuando fue el mismo Tribunal, el que decretó la ruptura procesal, para juzgar por separado y por el trámite de la ley 600 de 2000, los hechos sucedidos en los años 2005 y 2006 en el municipio de La Calera, dejando para tramitar en este juicio, únicamente los ocurridos entre los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2006.

Critica también, que en la misma narración de los hechos se hable de episodios de contenido sexual consistentes en “la

introducción de sus dedos en la vagina”, a pesar de que la madre de la niña se refirió a penetración anal; lo mismo adujeron las peritos psicólogas. Lo que, según la demandante, constituye conclusión distorsionada, que aparentemente se vio apoyada por el examen sexológico forense en que se indica “la inadvertencia de alguna lesión en la zona ni vestigio de maniobra genital (...)”

Agrega la demandante que no se contestó por el Tribunal la petición de nulidad por la falta de motivación, respecto a que ninguna mención merecieron para la primera instancia los testimonios de Yeny Alexandra García, Gloria Perilla y Clemencia Ayerbe de Méndez, frente a los cuales se limitó el a quo a realizar una transcripción descontextualizada de algunas preguntas efectuadas por la doctora Mónica Bejarano Velandia, en dos entrevistas rendidas por la niña A.L.R.F., que fueron introducidas al juicio.

Concreta la casacionista la relevancia del cargo, aludiendo a la obligación del funcionario judicial de sustentar explícitamente las providencias, con argumentos jurídicos y probatorios, y con mayor razón la sentencia. Asegura que la obligación de motivar las decisiones no se satisface con la inclusión formal de un acápite destinado a las consideraciones, sino que se hace necesario cumplir con los requisitos formales que precisa la ley procesal. Presupuesto que a criterio de la accionante no cumplieron las sentencias de primera y de segunda instancias.

Con fundamento en este cargo, la demandante deprecia la declaratoria de nulidad de lo actuado, a partir, inclusive, del fallo de primera instancia, para que de esa forma se profiera una decisión que cumpla con los requisitos jurídico-formales.

2. Segundo Cargo Principal

Nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, causal segunda del artículo 181 de la ley 906 de 2004; violación al principio de imparcialidad por exceso del funcionario judicial en el ejercicio de su actividad probatoria, que desnaturaliza el rol que le corresponde dentro del proceso.

Considera la casacionista en su demanda, que la garantía de imparcialidad se vio afectada con las sucesivas preguntas realizadas por el juez de conocimiento a varios testigos, causando en algunos casos distorsión del sentido de las manifestaciones de los testimoniantes, para provocar respuestas acomodadas.

Señala de manera particular el interrogatorio que realizó el juez a la perito Mónica Patricia Bejarano Velandia, quien le practicó una entrevista forense a la niña A.L.R.F.. Cita la casacionista las preguntas puntuales en las cuales considera que el funcionario no buscó esclarecer los hechos e incorporó en sus preguntas elementos inexistentes en la evaluación forense, impidiendo que la perito brindara las explicaciones necesarias para despejar las dudas o los interrogantes que se le estaban formulando, y por ello generó confusión. Iguales críticas sobre

parcialidad eleva frente al interrogatorio del juez a la sicóloga Luz Cristina Jiménez.

Considera la accionante que el escaso análisis de la totalidad del acervo probatorio, evidencia así mismo, la parcialidad del funcionario. Indica que el juez de primera instancia se limita a confrontar la entrevista practicada a la niña por la doctora Bejarano y a descalificarla con transcripciones descontextualizadas de algunas preguntas, sin las subsiguientes respuestas de la infante.

Sobre la trascendencia del cargo argumenta la demandante que en el sistema acusatorio la imparcialidad del juez implica una limitación en sus facultades probatorias, que garantiza independencia y confiabilidad en la recta administración de justicia.

Por ello solicita anular lo actuado desde la instalación de la audiencia de juicio oral, para que así sea dictada una decisión que cumpla con los requisitos legales y se restablezcan los derechos afectados.

3. Tercer Cargo Principal

Nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, causal segunda del artículo 181 de la ley 906 de 2004; por omisión en la práctica de una prueba testimonial, la declaración de la fonoaudióloga Aixa Materón Acuña, pedida

oportunamente y decretada por el juez en la audiencia preparatoria.

Explica la demandante que la fonoaudióloga era quien atendía a la niña regularmente en terapias del lenguaje en la ciudad de Bogotá, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2006, época en la cual el procesado, en calidad de conductor de la familia de la niña, la transportaba a esta ciudad, situación que aprovechaba para someterla a accesos carnales y tocamientos sexuales abusivos.

Indica que el testimonio no se pudo recepcionar, porque para el 5 de junio de 2008, la práctica de pruebas se prolongó con otros declarantes y por ello se suspendió la audiencia para continuarse el 5 de agosto siguiente, fecha en la cual no pudo asistir la testigo por *“un compromiso grave”*. Ante la petición al juez de que se recibiese este testimonio en otra oportunidad éste no lo permitió aduciendo la afectación del principio de concentración.

La importancia de este testimonio fue reconocida por el juez en su sentencia, al sostener: *“que si bien podía advertirse la existencia de los actos de abuso sexual, ante los plurales medios probatorios indicativos de este hecho, en particular la coincidencia de las experticias de distintas profesionales en psicología clínica y forense...”*, indica que *“no fue posible determinar con claridad las circunstancias temporo espaciales en que ocurrieron estos episodios de abuso”*. Lo que según la demandante se pretendía

demostrar con el testimonio de la fonoaudióloga, dejado de practicar.

Respecto a la trascendencia del cargo, manifiesta la casacionista, que este testimonio era de indiscutible importancia para acreditar las sesiones que la profesional tuvo con la niña, cuántas veces fue acompañada únicamente con el conductor JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA, en qué estado de ánimo, comportamiento demostrado en la consulta y el tiempo aproximado de la terapia, entre otros aspectos.

Por ello la demandante solicita se decrete la nulidad de lo actuado, a partir de la instalación de la audiencia del juicio oral, con el fin de que se restituyan los derechos conculcados y se profiera decisión legal, en el entendido que no se pueden dejar de lado garantías tan importantes como la prevalencia del derecho sustancial.

4. Cargo subsidiario: violación indirecta de la ley sustancial

Por violación indirecta de la Ley sustancial, causal 3a. de casación prevista en el artículo 181 del C. de P. Penal. Aplicación indebida de los artículos 7, 373, 380, 381 y 437 de la ley 906 de 2004, que condujeron a la falta de aplicación de los artículos 9, 10, 208, 209, 211, y 212 de la ley 599 de 2000; como consecuencia de errores de hecho y de derecho por falso juicio de identidad, falsos raciocinios y falso juicio de existencia, de una

parte, y falso juicio de convicción, de otra, frente a diferentes pruebas:

4.1. Falso juicio de identidad respecto del testimonio de la víctima, “al haberse cercenado la prueba, negando su real contenido y alcance”.

Asegura la recurrente que la niña víctima con sus propias palabras relató las características del abuso sexual al que fue sometida, identificó al agresor, sin mencionar a otra persona. Sustenta esta aseveración con transcripciones de apartes del testimonio de A.L.R.F., el cual califica de espontáneo, añadiendo que ofrece detalles que escaparían a la fantasía de una persona de tan corta edad.

Enfatiza que esta narración se hace no solo en juicio, sino en entrevista del 12 de febrero de 2007, ante la terapeuta Mónica Patricia Bejarano Velandia, introducida a la audiencia como prueba documental. De donde concluye que del testimonio de la niña no emerge la menor duda acerca de la naturaleza de la conducta y la identidad del sujeto activo.

Manifiesta la accionante que estos relatos fueron cercenados por el fallador, cuando concluye que la niña no hace referencia a ningún acto de contenido sexual, además que tergiversa y descontextualiza sus respuestas, al decir que no son espontáneas y que solo responden al capricho de la entrevistadora.

Censura la apreciación del Tribunal, indicando que descontextualizó algunas manifestaciones de la víctima, pues es cierto que ella indicó que “Juan” le había hecho “cosas malas” y que le pegaba, pero todo ello dentro del contexto de los episodios de abuso sexual.

Afirma que de no haberse cercenado los contenidos materiales de esta prueba, cuyo análisis fue obviado por el Tribunal, necesariamente se hubiese truncado la posibilidad de concluir que el fallo de primera instancia debía ser confirmado.

4.2. Falso raciocinio respecto del examen médico sexológico practicado por la perito Martha Cecilia Agudelo Yépez, “al habersele conferido un mérito persuasivo que en realidad no tiene, desconociendo así las reglas de la ciencia y la técnica”.

Trascribe la casacionista el contenido del informe sexológico del 16 de noviembre, suscrito por el médico forense y apartes de su declaración en juicio y resalta que de ellos es imposible establecer o desvirtuar la existencia de los hechos reportados en la denuncia, pues así lo dejó dicho el perito, cuando indicó que por el tiempo transcurrido entre la fecha de lo ocurrido y la realización del examen, era improbable encontrar algún hallazgo clínico lo cual era compatible con el reporte hecho acerca de “sin lesiones, tono y forma anal”.

De esta prueba el sentenciador concluye que no es posible concretar la materialidad de la conducta, más exactamente una acción libidinosa en el cuerpo de la víctima.

Para la recurrente, la inusitada capacidad probatoria que se le asigna a esta pericia, surge de la distorsión de los hechos, por la omisión de hacer un estudio integral y en conjunto de la prueba. Alude a los errores de la sentencia de segunda instancia, en cuanto advierte que hubo *“introducción de sus dedos en la vagina”*, lo que no resulta cierto y es una distorsión, ya que nunca en el proceso se hizo referencia a penetración vaginal, sino a penetración digital en el ano.

Para resaltar este punto transcribe versiones de las sicólogas Clemencia Ramírez Herrera, Mónica Patricia Bejarano Velandia y Gloria Trinidad Perilla, que ratifican lo manifestado por la niña, respecto a la penetración que padeció *“en la colita”* y otros actos eróticos.

Concreta la demandante, que de haberse apreciado correctamente la prueba en forma concordante con los hechos reales, no se hubieran ignorado las reglas de la ciencia, que atañen a las lesiones perceptibles en caso de abuso sexual, específicamente cuando se relaciona con menores de edad. Y se habría concluido, que el relato de la niña sobre sangrado era consistente con una penetración digital anal, cuyas huellas son menores y desaparecen con el correr del tiempo, lo que haría imposible detectarlas en un examen físico sexológico.

Por ello estima la demandante que el fallo de segunda instancia ponderó equivocadamente el informe técnico sexológico, al no compaginar las afirmaciones del informe, con las explicaciones científicas hechas en juicio por quien lo suscribió. Lo que condujo a una valoración de la prueba discordante con la realidad procesal, que determinó la confirmación de la absolución.

4.3. Falso raciocinio respecto de los experticios de las psicólogas Mónica Patricia Bejarano Velandia y Luz Cristina Jiménez, “por desconocimiento de las reglas de la ciencia, de la lógica y de la experiencia en la valoración de los testimonios”.

Recorre la demandante al análisis de las sentencias de primera y segunda instancias como una unidad inescindible para el estudio de la casación y por ello asume el examen preferente de la sentencia de primer grado, dado que la providencia de segunda instancia no precisó cuáles eran las peritos sicólogas a quienes descalificaba, no obstante que en el juicio oral se recibieron cinco testimonios especializados.

En el desarrollo del cargo transcribe los testimonios de Mónica Patricia Bejarano Velandia y Luz Cristina Jiménez, incluidos los apartes de los interrogatorios efectuados por el juez, para concluir que la valoración por parte de la primera y la segunda instancias constituye un error en la apreciación de la prueba.

Indica la demandante, que los falladores negaron cualquier valor a estas testigos por la actividad previa que desarrollaron en las entrevistas forenses realizadas a la niña, definiendo sus preguntas como sugestivas y con un inusitado afán para que señalaran al acusado. Análisis que en su concepto va en contravía de las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia.

Aduce que sin criterios científicos se desecharon los testimonios de las profesionales con amplia experiencia, así como la forma en la que interrogaron a la niña, desconociendo que no se trató de entrevistas caprichosas, sino conforme a la metodología utilizada para formular preguntas a personas de corta edad, que todavía no alcanzan un grado de maduración psicológica y cognitiva .

Agrega que el Tribunal incurre en una protuberante violación a las reglas de la experiencia y de la ciencia, cuando olvida calificar las calidades especiales de la entrevistada, una niña de tan solo tres años, a la cual no se le puede someter a una entrevista con la misma rigurosidad que a un adulto y cuyas respuestas deben ser valoradas de acuerdo a su grado de desarrollo mental¹.

Frente a la trascendencia del cargo la casacionista manifiesta que el fallador de segunda instancia infringió el sistema

¹ Para el efecto, el memorialista cita el precedente de la Sala No. 23.706 de 26 de enero 2006, sobre la importancia del testimonio del niño víctima, y la necesidad de que su valoración se ajusta a los postulados de la lógica y la ciencia.

de valoración probatoria de la sana crítica, al haber desestimado pruebas relevantes, a pesar de su sustentabilidad lógica y científica. Con estos medios de convicción se hubiese derivado la credibilidad del testimonio de la menor y, en consecuencia, otro habría sido el sentido del fallo, producto de una apreciación correcta de las pericias aducidas al proceso.

4.4. Falso juicio de existencia por omisión probatoria, respecto de la declaración de Gloria Trinidad Perilla y Alexandra Valencia.

La demandante parte de hacer una transcripción de las pruebas cuyo análisis se omitió, consistentes en las declaraciones de Gloria Trinidad Perilla y Alexandra Valencia, recibidas en el juicio, frente a las cuales indica que de haber sido apreciadas con arreglo a las reglas de la sana crítica, en conjunto con los demás elementos de convicción, se habrían podido derruir los cimientos del fallo absolutorio de primera instancia, imponiéndose una conclusión diferente, esto es, que el procesado es responsable de las conductas que fueron objeto de acusación.

Manifiesta la casacionista, que se trata de testimonios creíbles y coherentes, sobre los cuales no podría predicarse duda alguna, que se rinden por personas que tuvieron conocimiento de hechos importantes en el proceso y no tienen vínculo laboral, personal o de algún grado de subordinación con la familia de la víctima. Que estos testimonios ubican al procesado en la época y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos y permiten construir

un indicio de oportunidad, dado que para ese tiempo era el conductor de la familia y en muchas oportunidades se desplazaba solo con la niña, para conducirla a las terapias de lenguaje en el consultorio de la doctora Materón Acuña, en Bogotá, a finales del año 2006, lo cual aprovechaba para someter a la víctima a los reprochables actos sexuales que se le atribuyen.

Por la omisión de las pruebas mencionadas, el fallador afirmó en la sentencia que ni siquiera se tenía noticia sobre los extremos temporales en que las indebidas conductas fueron cometidas, cuando lo cierto es que existen abundantes referencias probatorias sobre este aspecto, destacando la casacionista los testimonios omitidos, a los cuales se refiere en el cargo.

Para concluir, se lamenta la demandante de que el Tribunal hubiera encontrado ajustada a derecho la decisión de primera instancia recurrida y las apreciaciones probatorias plasmadas en ella, concluyendo que de corregirse todos los yerros, se impone una decisión diferente que amerita la sustitución del fallo.

4.5. Falso juicio de convicción respecto de los testimonios de los padres de la niña, Julio Rebolledo Cuadrado y Ana María Figueroa Botero, “al ser valorados indebidamente como pruebas de referencia”.

La demandante, luego de transcribir las declaraciones, critica que Julio Rebolledo Cuadrado y Ana María Figueroa Botero,

padres de la niña A.L., se hubiesen calificado como testigos de referencia, a pesar de que el testigo directo –la menor víctima- se presentó a declarar y que en realidad ellos refirieron su percepción directa sobre los hechos. Dicha circunstancia, en su criterio, configura el error de derecho que denuncia.

Enuncia los preceptos que regulan la prueba de referencia e insiste en que las declaraciones de los padres de la menor no pueden catalogarse como tal, pues no se presenta la dificultad de este tipo de pruebas en cuanto a la imposibilidad de contradicción al testigo que por diferentes razones no se encuentra disponible para declarar.

A partir de la transcripción de los testimonios, señala que los padres hicieron manifestaciones en torno a hechos ocurridos en la ciudad de Bogotá, derivados del conocimiento personal y directo de sucesos vividos por ellos con la víctima.

Agrega la demandante, que negar cualquier credibilidad al testimonio de personas allegadas a la menor víctima, por tratarse de meras “*indicaciones indirectas*”, marginándolo a la condición de prueba de referencia, sería condenar a la impunidad muchos casos relacionados con el tema de abuso sexual, dado que por diversas razones científicas, el menor no está en capacidad de dar un relato con la concreción y claridad esperadas por el funcionario. Por ello reclama que se recurra a las reglas de la experiencia y sana crítica para valorar “*las condiciones del sujeto*

que percibe el objeto percibido y la manera como se trasmite lo percibido”.

Por lo anterior, solicita a la Corte que se case la sentencia objeto de cesura, a efecto que en el fallo de reemplazo, se condene a JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA, por los delitos por los cuales se le acusó judicialmente.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO E INTERVENCION DE LOS NO RECURRENTES

En audiencia celebrada ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, los días 30 de octubre y 3 de noviembre de 2009, la demandante sustentó su recurso y la Delegada de la Fiscalía, el Procurador y el Defensor intervinieron en calidad de sujetos no recurrentes; intervenciones que se extractan a continuación:

Intervención de la Demandante

La apoderada de la víctima de manera genérica y resumida reiteró los cargos de la demanda, que ya fueron referidos en el acápite precedente, razón por la cual, en aras de la brevedad y para evitar innecesarias repeticiones, a ellos se remite la Sala.

Concluye la demandante su intervención deprecando de la Corte, que *“si bien de acuerdo con la técnica casacional (sic) los cargos de nulidad deben presentarse como pretensión principal*

sobre aquellos de violación de la ley sustancial, la contundencia de las pruebas permitiría dictar fallo de responsabilidad en contra del procesado no obstante las protuberantes irregularidades advertidas en la actuación, todo con el fin de restablecer de forma adecuada y celera (sic) los derechos fundamentales de la menor víctima.”

Intervención de la Delegada de la Fiscalía

Frente al primer cargo principal de nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso por motivación incompleta e insuficiente de las sentencias de primera y segunda instancias, no se pronuncia, pues considera que la gravedad de los dos cargos subsiguientes por la falta de práctica de una prueba esencial, supera este vicio y obliga a retrotraer la actuación a estadios procesales anteriores que implican la evaluación del juzgador. Igualmente considera que la relevancia de esas falencias la sustraen de pronunciarse sobre los cargos por violaciones indirectas de normas sustanciales por errores de hecho por falso raciocinio y falso juicio de existencia.

Respecto del segundo cargo de nulidad por violación al principio de imparcialidad por exceso del funcionario judicial en el ejercicio de su actividad probatoria, desnaturalizando el rol que le corresponde dentro del proceso, la delegada de la Fiscalía considera que la intervención del Juez de primera instancia desarticuló el carácter adversarial inherente al sistema acusatorio, al someter a la testigo Mónica Patricia Bejarano a un extenso

cuestionario que dista mucho de representar algún tipo de pregunta complementaria.

Censura además la Fiscalía, que la sentencia de primera instancia, sin explicaciones científicas cuestione la forma en la cual la sicóloga interrogó a la niña. Considera que si bien esta censura no cuenta con la trascendencia suficiente para acarrear por sí sola la nulidad del proceso, sí es demostrativa de la falta de imparcialidad del juzgador, quien no solo dejó de practicar una prueba de vital importancia, sino que rompió el equilibrio de las partes con su intervención en las pruebas practicadas. Al respecto cita el precedente de la Sala Penal de la Corte en providencia del 4 de marzo de 2009 dentro del radicado 29415.

Frente al tercer cargo de nulidad por omisión en la práctica de una prueba testimonial, la declaración de la fonoaudióloga Aixa Materón Acuña, pedida oportunamente y decretada por el juez en la audiencia preparatoria, considera la delegada del ente acusador que debió ser el principal por su marcada incidencia procesal, pues la falta del testimonio de la fonoaudióloga Materón Acuña, profesional con quien asistía regularmente a terapia la niña en la ciudad de Bogotá, privó a la fiscalía, dentro de su teoría del caso, de la prueba referida al tiempo y lugar de los hechos materia de acusación, para evitar confundirlos con los que eran materia de debate en el municipio de La Calera, dado que la profesional declarararía sobre las fechas en las cuales fue llevada a su consultorio la menor víctima, por parte del acusado, oportunidades en las que sucedían los actos sexuales con la

niña. Ello fue, precisamente, lo que calificó el juez de primera instancia como falta de prueba acerca de las agresiones ocurridas en la ciudad de Bogotá.

Señala la delegada fiscal que “...*el derecho a la prueba comprende el derecho a que las pruebas oportunamente decretadas por los funcionarios judiciales sean efectivamente practicadas...*” Cita la Sentencia de la Corte Constitucional T-996 (no dice el año), de la siguiente manera:

“Por ello el juez puede rechazar las pruebas que no conduzcan a la verdad de los hechos materia del proceso o que sean ineficaces. Sin embargo, cuando el funcionario ha analizado la solicitud de pruebas y accede a ellas tiene el deber procesal de cumplir con su propia decisión, de no hacerlo incurre en violación del derecho de defensa y al debido proceso de la parte que solicitó la prueba quien confiaba en que se practicara en beneficio de sus intereses y que sorpresivamente, por voluntad del juzgador, no se realiza en debida forma”.

Planteamientos reiterados en la providencia T 338 de 2006 también citada por la fiscalía en su intervención. Itera que si el juez ha decretado oportunamente la prueba, está obligado a garantizar su aportación al proceso, pues de lo contrario incurre en una vía de hecho, ya que en la práctica niega el aporte de la prueba, sin que las partes tuvieran oportunidad de oponerse.

Para la fiscalía, la negativa del juez a fijar nueva fecha para recibir el testimonio de la fonoaudióloga, privilegiando el principio de concentración, creó mayores dificultades. Agrega, que de conformidad con el artículo 172 de la ley 906 de 2004, las

citaciones para los testigos en el juicio se harán por el juez en la providencia que así lo disponga y se tramitarán por la secretaría.

Por la costumbre, en aras de lograr mayor dinamismo del sistema, las partes convocan a sus propios testigos. Sin embargo, ninguna norma de la ley 906 de 2004 establece como sanción procesal la no práctica del testimonio, cuando el testigo no puede comparecer a la diligencia para la cual fue convocado.

Este “*defecto procesal*”, según criterios de la Fiscalía, desemboca en la violación de derechos fundamentales como el debido proceso y derecho al acceso a la justicia, con la obvia consecuencia de la nulidad que demanda la representante de la víctima.

Intervención del Ministerio Público

Como punto de partida, el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, anuncia, además de la demostración de varios de los cargos de nulidad solicitados por la demandante, una circunstancia que de ser procedente debe ser declarada de oficio.

Señala que la imputación de cargos, realizada ante el juez de control de garantías, determina el ejercicio a plenitud de la defensa; esa imputación tiene efecto basilar, porque concreta el sendero que debe asumirse para la defensa técnica y material del imputado, y así ejercerla con plenitud en la fase de investigación,

ejecutando de esa forma el trabajo de la defensa. Agrega además, que en el proceso jurisdiccional también se ejerce la defensa con el descubrimiento de pruebas, práctica de las mismas, incidente, etc.

Observa una irregularidad sustancial en el proceso, toda vez que la imputación, el 23 de mayo de 2007 al procesado PEÑA MEJÍA, se le hizo por el delito de acto sexual con menor de catorce años, descrito en el artículo 209 del Código Penal, agravado por los numerales 2 y 4 del 211 ibídem, y planteada de esa manera la imputación, el defensor determina su trabajo.

No obstante ello, el 20 de julio de 2007 la fiscalía formula la pretensión punitiva consignándola en la demanda, y lo hace dejando a un lado la imputación del acto sexual con menor de catorce años, para acusar por acto sexual con incapaz de resistir, que tiene construcción de tipo diferente y una intensidad del injusto con pena mas grave, artículo 210; pero además, para agravar la lesión a la garantía de defensa, la fiscalía agrega el tipo penal de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Asevera la Procuraduría que esa acusación lastima la garantía de defensa, porque a nadie se le puede sorprender y por tanto tiene como consecuencia decretar la nulidad desde el escrito de acusación, que es donde se concreta el cambio de imputación del artículo 209 al 210 del Código Penal y el nuevo cargo del 210 ibídem, y por supuesto esta nulidad, encuentra

armonía plena con dos de los motivos de invalidez que ha planteado la casacionista.

Para el primer cargo de nulidad por motivación incompleta e insuficiente de las sentencias de primera y segunda instancias, expresa la Procuraduría, que el criterio de no argumentación acogido por el Tribunal frente a la sentencia absolutoria proferida a favor de PEÑA MEJÍA, está indicando que el Ad quem no motivó, poniendo en vilo las claras garantías de la víctima, del derecho que tiene a la verdad y justicia; de prosperar este cargo, habría que decretar nulidad parcial, en el sentido de dejar sin vigencia la sentencia.

Frente al segundo cargo, atinente a la intervención directa del juez en el interrogatorio de los testigos, violando así el principio de imparcialidad, el Ministerio Público no hace alusión.

En torno al tercer cargo principal de nulidad por falta de la practica de una prueba esencial, comparte también la pretensión de la casacionista, en el sentido que se de por demostrado el cargo de nulidad, por la no recepción del testimonio de Aixa Materón Acuña, porque dentro de la audiencia preparatoria fue solicitada su práctica, el juez la decretó para recibirla en el juicio oral, la audiencia discurrió en dos sesiones -5 de julio y 5 de agosto-, Aixa concurrió a la primera sesión, no alcanzó al juramento y tampoco su testimonio, siendo citada para otro día, al cual no pudo asistir por razones justificadas. No obstante ello, el juez enarboló un argumento arbitrario, hizo alusión al principio de

celeridad pese a no haber cumplido con los términos fijados para llevar a cabo las audiencias en la etapa del juicio. Por ello, el rechazo comportó un razonamiento frágil.

Expone la necesidad del testimonio, pues con el mismo se tendría claro cuál era el comportamiento y emociones de la niña cuando la conducía JUAN GABRIEL. La fonoaudióloga, por ser profesional de la salud, tendría claro cuál podría ser el significado de una alteración antes de llegar a la terapia, y se habrían conocido de su boca las horas y la intensidad de las citas; conocimientos de los cuales se privaron los jueces por no contar con el testimonio.

En consecuencia, manifiesta la Procuraduría, como es frágil y no válido el argumento del juez para negar la práctica del testimonio de la terapeuta fonoaudióloga Aixa Materón Acuña, ese comportamiento atenta contra la garantía de la víctima, en su derecho a la verdad y a la justicia; si se aceptara esta causal de nulidad, habría que decretar la nulidad parcial del juicio oral, para la recepción del testimonio.

Referido al cuarto cargo subsidiario sobre violación indirecta de la ley sustancial, el Delegado de la Procuraduría expresa que en el evento de no prosperar la nulidad, la casacionista tiene razón en acusar la sentencia de violación indirecta, porque la decisión demandada hace exigencias al testimonio de la infante, que no se compadecen con su edad; quiere escuchar el Tribunal, de las profesionales de la psicología, comportamientos de la

menor propios de un adulto; habría que entender que el testimonio de los niños debe abordarse en su particular contexto, y encontrar que sus *“palabritas”*, tienen una connotación de incriminación; se escucha que la niña con serenidad, así esté jugando con muñecos, no dudó en decirle al juez de conocimiento que *“Juan es malo, porque me metió un palo en el pipi”*, *“Juan es malo porque me hizo muchas cosas malas”*, *“Juan jugaba feo intentaba mostrarle sus partes pudendas”*. En el disco que registra la declaración de la menor, se escuchan, a los minutos 14.55 y 15.11, expresiones claras de una niña de tres años y medio que dice quién fue el abusador sexual.

Lo dicho por la niña, agrega la Procuraduría, se debe mirar en un contexto testimonial que nadie ha cuestionado, está corroborado con las manifestaciones de los padres; de Gloria Perilla que es la dama que colabora como empleada del servicio en la residencia de la menor; de Mónica Bejarano y Luz Cristina Jiménez, en cuanto revelan la conducta del procesado, atentatoria contra la formación sexual. No pueden considerarse esas declaraciones pruebas de referencia, se debe abordar el contexto de lo que vieron, para resaltar que la niña tiene la razón en señalar a JUAN GABRIEL PEÑA, como su abusador.

Las dos psicólogas dan fe de que el relato de la niña es coherente, verosímil; y Gloria Perilla, mucama, enseña que la niña desnudaba su cuerpo y comenzaba a hacer tocamientos en vagina, pecho, indicándole que eso hacia JUAN GABRIEL. Entiende el representante del Ministerio Público, que ese

comportamiento no es propio de una niña de tres años, es el resultado perverso, el efecto del abuso sexual.

La Procuraduría se refiere a la cuarta causal de casación demandada, referente al error de hecho y derecho: expresa que respecto al error de hecho por falso juicio de identidad, planteado por la demandante, al señalar que el Tribunal distorsionó el contenido del testimonio de la niña, tiene razón la casacionista, pues el juzgador incurre en el defecto de descontextualizar el testimonio de víctima, queriendo escuchar en la niña de tres años, expresiones de adultos, exigiéndole reflexiones con madurez; esa distorsión le hace concluir al fallador que la víctima jamás relacionó la existencia del vejamen.

Respecto al segundo subcargo, denominado error de hecho por falso raciocinio, en cuanto a la declaración de la médica forense y las psicólogas Mónica Bejarano y Luz Cristina Jiménez, a través del cual la casacionista acusa la sentencia por hacer razonamientos que no corresponden, afirma la Procuraduría que tiene razón la demandante.

Hace alusión en su concepto, al testimonio de la médica forense, a través del cual se incorpora el examen sexológico de la menor, aseverando que a través de lo acreditado en juicio, no se revela que se hubiera hecho relación a una lesión en la vagina de la niña, puesto que en el proceso no se ha planteado un acceso por vía vaginal; y sobre el acceso por vía anal, la profesional, y con ello la doctrina médica, son claros en señalar

que el esfínter anal violentado se recupera en el tiempo. Cuando ella pudo observar el cuerpo de la niña afectada, ya no había señal de violencia, pero lo que importa es reseñar que con esa aclaración, no se está desvirtuando *per se* la existencia del acceso anal con los dedos, por manipulación de JUAN GABRIEL PEÑA.

En referencia al testimonio de las psicólogas, dice el Ministerio Público, tiene razón la apoderada, ya que se quiere descontextualizar su trabajo, aludiendo a un protocolo que no es el que en efecto las profesionales realizaron.

Con relación al tercer subcargo, falso juicio de existencia, porque la judicatura deja por fuera el análisis de Gloria Trinidad Perilla, encargada de los servicios domésticos en su residencia, y el de Alexandra Valencia, secretaria de la empresa de los padres, explica el Procurador, que Gloria Trinidad Perilla, es la persona que mantiene contacto directo con la menor, es quien percibe que la niña se desnuda para tocarse, a la manera como lo hacía el acusado, a quien ella señala directamente. Además de ello, advierte las “*pataletas*” que padecía la pequeña cuando la obligaban a entrar al vehículo que la transportaba de La Calera a Bogotá. También expone con claridad el retroceso de la niña en las terapias de fonoaudiología, e incluso percibió que había detenido el control de esfínteres logrado.

Por su parte, Alexandra Valencia, señala que el procesado tuvo un contrato con la empresa de los padres de la niña y fue

despedido en noviembre del 2006, al ser sorprendido ejecutando un hurto; deja en claro el grado de confianza que los padres de la niña le tenían al conductor, para trasladar a la menor desde La Calera a Bogotá.

Respecto al error de derecho por falso juicio de convicción, manifiesta la Procuraduría, que el legislador que inspiró la sistemática acusatoria penal, prohibió radicalmente en el artículo 381 inciso segundo, que las sentencias se profieran con prueba de referencia, y el Tribunal llegó a la absolución aludiendo que el testimonio de los padres no era de recibo, por corresponder a este tipo de elemento suasorio.

Con relación al tema, asegura el Ministerio Público, hay un error garrafal, pues el testimonio de los padres de la infante, no puede ser tenido como prueba de referencia, porque ellos aluden a lo que percibieron en torno del comportamiento de la niña y la forma de narrar lo ocurrido.

Según el Procurador, el padre señala hechos percibidos por sus sentidos, entre otros, que su hija de tres años y medio entró en un lastimoso retroceso en el proceso de superar la tartamudez, y en el control de esfínteres.

Otro motivo de nulidad invocado por la demandante, agrega el Procurador, tiene que ver con los hechos juzgados por el Tribunal, que considera diferentes a los evaluados por la primera instancia, toda vez que en la sentencia de segundo grado se

alude a vejámenes ocurridos entre el 2005 y el 2006; no obstante, se halla claro que hubo un rompimiento de unidad procesal, correspondiendo a lo aquí analizado, los hechos ocurridos en Bogotá entre los meses de septiembre y noviembre de 2006, pues los anteriores fueron juzgados en La Calera, y ya fue proferida sentencia condenatoria en contra del acusado, por el delito de actos sexuales cometidos en concurso homogéneo y sucesivo.

Asegura la Procuraduría que fue JUAN GABRIEL PEÑA, el autor de los abusos sexuales; existe sobre el particular un indicio de oportunidad, ya que permanecían solo él y la niña en el vehículo, pero además, porque está comprobado, regresaban a La Calera en altas horas de la noche; en ese orden de ideas, consultando los términos de la demanda, habría lugar a casar la sentencia absolutoria, de no ser porque se presentan motivos de nulidad que depreca se declaren.

Finaliza la intervención la Procuraduría, solicitando:

1. Casar oficiosamente la sentencia recurrida, con nulidad de lo actuado a partir del escrito de acusación, presentado el 20 de julio de 2007, por afectación grave del debido proceso.
2. Casar conforme lo solicita la demandante, nulidad parcial de juicio oral, para recepcionar testimonio de Aixa Materón.

3. Casar la sentencia por error de hecho o por error de derecho y en consecuencia declarar la responsabilidad de Juan Manuel Peña Mejía y someterlo a la condigna sanción.

Intervención del Defensor

La defensa indica en torno al primer cargo principal de nulidad por deficiente motivación de la sentencia, que estima debidamente motivado el fallo, tanto, que si se aceptase este cargo, no podría configurarse el cuarto, que resulta excluyente, razón por la cual no se debe casar la sentencia con fundamento en esa primera crítica.

Frente al segundo cargo principal de nulidad por violación al principio de imparcialidad, el defensor argumenta que la demanda ataca la sentencia de primera instancia y no el fallo de segundo grado. Pero conceptúa que tal nulidad no se presenta, pues el Juez actuó excepcionalmente al constatar que las pruebas solicitadas y arrimadas por la fiscalía no alcanzaban a desvirtuar la presunción de inocencia y por ello debió proceder a interrogar. El interrogatorio fue convalidado por todos los intervinientes, quienes en ningún momento se opusieron a su práctica. Solicita en consecuencia que no se case la sentencia por este cargo.

El tercer cargo principal de nulidad por falta de la práctica de una prueba esencial, relaciona que la audiencia de juicio oral se aplazó en varias oportunidades a solicitud de la fiscalía, estando una persona privada de la libertad, situación esta que ameritó la

interposición de una acción de Habeas Corpus. Señala el representante de la defensa que es deber del testigo asistir sin generar dilaciones motivadas en diferentes excusas y que es importante cumplir con los términos procesales. Solicita igualmente, no casar la sentencia por este cargo.

En lo tocante a la violación indirecta, se aparta la defensa de las argumentaciones que se han planteado por los otros intervinientes, porque considera que la prueba idónea es la practicada por el Instituto de Medicina Legal, donde se dice que no hay acto sexual o acceso.

En el testimonio de Mónica Bejarano, agrega el defensor, se cometió un mal manejo por falta de experiencia. Hace alusión a la forma como practicó la perito la entrevista, y dice que no se le puede dar plena validez a ese testimonio, ya que había solidaridad entre los sicólogos. Agrega que si no hay plena prueba para condenar, debe absolverse.

Respecto a la casación oficiosa pedida por la Procuraduría, se opone la defensa, porque ejerció su cargo convencido de la inocencia del acusado, razón por la cual ninguna importancia tiene el tipo de delito o su adscripción típica. Se dejó constancia en la audiencia, se sustentó la apelación de la nulidad, pero se decidió convalidar las actuaciones para definir si la persona era inocente o culpable. Se ha convalidado el proceso y no se ve objeto a la nulidad por violación del derecho de defensa cuando se ha aprobado la actuación; no tendría razón llegar a otro juicio,

dado que se tramita otro proceso, en el cual, a su vez, se declaró la nulidad de la sentencia.

Solicita, por tanto, no casar la sentencia y respetar el límite de la demanda de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Iniciará la Sala el análisis de los cargos, abordando en primer lugar la nulidad propuesta por la Procuraduría Delegada, en seguimiento del principio de prioridad, como quiera que, de aceptarse, el proceso debería retrotraerse a la audiencia de formulación de acusación.

La Nulidad que señala de oficio la Procuraduría Primera Delegada para la Casación Penal, obliga tratar el problema puntual referido a la posibilidad de que el Ministerio Público pueda apartarse de los términos de la demanda de casación, cuando no es el recurrente, y presentar cargos nuevos.

Frente a ello, es necesario precisar el carácter especial de la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal de tendencia acusatoria establecido mediante la ley 906 de 2004, definido en principio como un sistema adversarial o de partes, en el que se ha de ser especialmente cuidadoso para evitar que los otros sujetos intervinientes en el trámite –Ministerio Público y apoderado de las víctimas- desequilibren esa estructura.

Por ello se afirma que el Ministerio Público no puede libremente y sin ostentar la condición de actor, deprecar la casación de la sentencia por razones diversas a las esgrimidas por el recurrente en su demanda. Tal facultad le otorgaría un mecanismo adicional de impugnación al Ministerio Público, por encima de los otros intervinientes, en desequilibrio del proceso.²

Dentro del principio adversarial que caracteriza al sistema acusatorio vigente en Colombia, la intervención del Ministerio Público cuando es sujeto no recurrente, está limitada a los términos señalados por la demanda, y por ello resulta extraño que éste especial interviniente señale motivos de casación o nulidad diferentes a los advertidos por el casacionista.

La intervención del Ministerio Público en el marco de los procesos de la Ley 600 de 2000, era obligatoria y con amplias facultades de analizar el proceso, no solo en los aspectos delimitados por la demanda de casación, sino a todos aquellos tópicos que considerase pertinente. Por el contrario, en calidad de interviniente dentro de los procesos que se adelantan bajo el sistema de la ley 906 de 2004, cuando el Ministerio Público no es el demandante en casación, su intervención es similar a la de cualquier otro sujeto no recurrente, es decir, se convoca a la audiencia de sustentación del recurso, a la que puede bien asistir o no, y en desarrollo de la misma podrá optar por intervenir o no –dado que ello no es obligatorio, a diferencia del trámite

² Frente a la intervención del Ministerio Público por fuera de las facultades de las partes, ver auto del 15/07/2009 radicado 30920.

consagrado por la Ley 600 de 2000, en el cual se exigía su previo pronunciamiento-, que en el evento de darse podrá apoyar o no los planteamientos de la demanda, pero sin introducir nuevos puntos de debate que riñen con la técnica del recurso de casación y con el carácter adversarial del sistema acusatorio.

Debe advertirse, además, que la casación oficiosa en el marco de la ley 906 de 2004, es efectivamente una facultad extraordinaria de la Corte, que surge de su papel de garante del orden jurídico y de la función de la casación de crear y unificar jurisprudencia, pero no deriva consecuencia de la solicitud de ninguno de los intervinientes, pues, huelga anotar, perdería su carácter de oficiosidad. Ello, a diferencia de los procesos rituados por la Ley 600 de 2000, en los cuales la Procuraduría Delegada sí estaba ampliamente facultada para proponer a la Corte causales de casación por fuera de los términos de la demanda.

Respecto de este carácter oficioso de la Corte, basta remitir a lo consignado en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, en cuanto define como finalidad de la casación *“la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”*, en expreso mandato para que la Sala, si avista esa vulneración de garantías o la existencia del agravio, intervenga, aún por encima de lo postulado en los cargos, para hacer respetar las unas o reparar el otro.

Para ese efecto, precisamente el artículo 184 ibídem, en su inciso final, establece:

“En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo”.

Está claro, entonces, que por virtud de su función, del carácter de la casación, de las finalidades que se persiguen con ellas y de la directa facultad legal que surge de los artículos 180 y 84 de la Ley 906 de 2004, la Corte sí tiene esa potestad directa de actuar de oficio para garantizar la efectividad del derecho material, hacer valer el respeto de las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a estos o unificar la jurisprudencia.

En suma, la naturaleza y efectos del novísimo procedimiento inserto en la Ley 906 de 2004, que desde luego, no corresponde a un sistema acusatorio *“puro”*, como ya se tiene claro, al extremo de facultar la intervención del Ministerio Público en calidad de interviniente, cuando menos acota esa facultad de la Procuraduría en sede de casación, para efectos de que, si no se trata del impugnante, su posibilidad de intervención se limite, en respeto profundo por el principio de adversarialidad que lo rige, trasuntado en normas precisas que de ninguna manera establecen expresa o tácitamente la facultad de proponer, *motu proprio*, tesis o cargos ajenos a lo que la demanda consigna, entre otras razones, porque, en cuanto interviniente, no posee una teoría del caso específica, ni mucho menos, pretensión individual.

Es necesario precisar que, en efecto, el sistema acusatorio colombiano posee connotaciones particulares que lo distancian de otros países o, para decirlo de otra manera, impiden matricularlo en alguno de los existentes, advertida como se halla la Corte que el desarrollo legislativo consignado en la Ley 906 de 2004, toma instituciones propias del sistema anglosajón y otras del continental europeo, e incluso, como sucede con la facultad de intervención del Ministerio Público, adopta figuras *sui generis*.

Pero, tampoco puede perderse de vista que algunos principios resultan consustanciales al sistema acusatorio, o mejor, a la forma en que cada legislación lo desarrolla, y para el caso colombiano, no se duda que los de adversarialidad e igualdad de armas, resultan transversales a toda la mecánica procedimental diseñada en la Ley 906 de 2004.

Entonces, si el legislador entendió necesario introducir un agente si se quiere extraño al proceso penal de corte acusatorio, es también claro que para preservar esos principios, o cuando menos, impedir que naufraguen, acotó o limitó la posibilidad de actuación de ese interviniente, para que, de un lado, sean aspectos trascendentes los que ocupen su labor al interior del trámite, y del otro, no termine convirtiéndose en una parte o adoptando la posición individual y subjetiva de alguna en particular, rompiendo así el equilibrio de los actores del proceso y, por ende, desnaturalizando absolutamente el principio de igualdad de armas.

Es lo que aquí sucede, dado que la tesis del Procurador necesariamente implica tomar la condición de parte, en este caso el procesado y su defensor, para colegir, sin contar con elementos de juicio para el efecto, por razones obvias, que el yerro entrevistado en su alegación causó material afectación al derecho de defensa.

Esa que se advierte intromisión inadecuada en la condición de una de las partes puede generar, como ocurrió, que precisamente esa parte abjure de tan gratuita defensa, al punto de oponerse a lo solicitado por el Procurador Delegado, advirtiendo expresamente que el cambio de denominación jurídica operado en la acusación, ningún daño le causó.

Es por lo anotado, entonces, que al problema jurídico planteado, sobre la facultad del Ministerio Público de plantear causales oficiosas de casación, habrá de responderse en el sentido de que tal facultad resulta extraña al sistema de partes y desborda su intervención como sujeto no recurrente.

No pudiendo plantearse problemas de discusión por el Ministerio Público, como causal de casación, solo hará la Sala, como orientación didáctica, una breve alusión acerca de la posibilidad de variación del tipo penal entre la imputación y la acusación.

En estricto sentido, para los procesos adelantados por los cauces ordinarios hasta llegar a la sentencia previo un juicio oral,

los cargos se concretan de manera clara en la acusación, momento en el cual se anuncia el ingreso al proceso de los hechos y su denominación jurídica, así como las pruebas que pretende materializar la fiscalía en el juicio oral. De suerte que no puede predicarse violación al derecho de defensa, si en la formulación de acusación se varía la denominación jurídica del punible por el que se formuló la imputación, o se adicionan o suprimen circunstancias agravantes o atenuantes, bien genéricas, ora específicas, siempre que exista perfecta consonancia respecto de los supuestos fácticos.

Precisamente, la razón de ser de la formulación de imputación, en su sentido más prístino, es que la Fiscalía dé a conocer al imputado, que se le registra autor o partícipe de unos hechos concretos, y que a renglón seguido se adelantará la investigación encaminada a determinar no sólo la verificación de esa inicial información, sino la específica vinculación delictiva que esos hechos aparejan.

Eso significa, entonces, que aún en agraz la investigación, ella debe depurarse en el término siguiente a la formulación de imputación, a fin de precisar los hechos, sus consecuencias jurídicas y la participación del procesado, como quiera que la formulación de acusación obedece a que se lograron esos mínimos estándares de demostración.

No es, entonces, el acto de la imputación un momento acabado de definición del delito y consecuente responsabilidad

penal, pues, si así fuese, carecería de sentido la investigación subsecuente y no sería posible acudir a mecanismos tales como el de la preclusión, producto, no sobra recalcar, de lo que esa investigación consecuente arroja.

Si se cuenta con el debate del juicio oral para que la defensa ponga a prueba la consistencia de los cargos, momento procesal en el que efectivamente se ejerce el contradictorio, no se evidencia violación esencial a la garantía.

Situación diferente ocurre, frente a la invariabilidad de la imputación, cuando a la sentencia no se llega por la vía del juicio oral, sino en virtud a una aceptación anticipada de cargos, caso en el cual los hechos imputados y su denominación jurídica se tornan inmodificables.

En este orden de ideas, la nulidad cuya declaratoria depreca el Delgado de la Procuraduría, se reconozca por la Corte oficiosamente, ni siquiera se configura.

Asume ahora la Sala el estudio de los cargos presentados en la demanda por la representante de la víctima. Al efecto, respetando el orden de trascendencia de los cargos, que no el planteado en la demanda, se estudia el de nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, causal segunda del artículo 181 de la ley 906 de 2004; violación al principio de imparcialidad por exceso del funcionario judicial en el

ejercicio de su actividad probatoria, que desnaturaliza el rol que le corresponde dentro del proceso.

Segundo cargo principal

Frente a lo planteado por la recurrente, es necesario precisar que uno es el rol del juez en un sistema inquisitivo y otro muy distinto en el sistema adversarial propio de un proceso de corte acusatorio, con las particularidades que posee el nuestro.

En el sistema inquisitivo, el juez tiene la obligación de descubrir la verdad mediante la directa intervención en la producción de la prueba; por esta razón se encuentra investido de amplias facultades para una actividad probatoria oficiosa, frente a la cual el impulso probatorio de las partes resulta marginal.

Por el contrario, en un sistema de corte acusatorio, el carácter adversarial hace que la obtención de la verdad se materialice en un contexto dialéctico, en el cual las dos partes enfrentadas ofrecen a un tercero imparcial e "*impartial*", las pruebas que sustentan su teoría, y ese tercero llega a una conclusión, absolutoria o condenatoria.

Por este mismo carácter dialéctico de la búsqueda de la verdad, el juez como tercero que ha de elaborar la síntesis que se recoge en la sentencia, debe observar distancia y ecuanimidad con relación a cada una de las partes enfrentadas.

Son las partes las que deben desarrollar una actividad probatoria encaminada a la reconstrucción de los hechos en el juicio. Por ello el juez en el sistema acusatorio colombiano ha de tener especial cuidado en no rebasar sus facultades al grado de ejercer una actividad inquisitiva encubierta.

La imparcialidad del juez, como aspecto basilar que recoge la Ley 906 de 2004, es elemento esencial del debido proceso, garantía para salvaguardar el Estado de Derecho y soporte de la legitimación y credibilidad social de la sentencia. Los juicios en los cuales el juez asume los intereses de una parte como propios, se encuentran viciados de nulidad y la sentencia que en dicho juicio se produce viola los derechos fundamentales de las partes a un juez independiente e imparcial.

Al respecto la Sala ha precisado:

“En correlación con que la jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que juzga no puede ser parte, es una exigencia elemental que hace más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden representar por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. Es que si el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino

desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del derecho objetivo por la jurisdicción en un caso concreto”³.

La Corte se pronunció sobre la necesidad de un juez imparcial, que no asuma la actividad probatoria como propia y de esa manera desquicie el esquema del proceso acusatorio⁴. Para el efecto, se funda en el pronunciamiento que hiciese a su vez la Corte Constitucional:

“Acerca del principio de imparcialidad y del papel que desempeña el juez dentro del proceso acusatorio, la jurisprudencia constitucional ha dicho lo siguiente:

“15. La doctrina procesal considera que la garantía de la imparcialidad, constituye no sólo un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso. Ello porque en un Estado Social de Derecho, la imparcialidad se convierte en la forma objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados conforme al Derecho, es decir, libre e independiente de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (C.P. Artículos 29 y 230), exige de forma correlativa el deber de imparcialidad de los jueces (C.P. artículos 209 y 230), ya que solamente aquél que juzga en derecho o en acatamiento pleno del ordenamiento jurídico, puede llegar a considerarse un juez en un Estado Social de Derecho.

“En otras palabras, para hacer efectiva dicha garantía, es necesario que la persona que ejerza la función de juzgar, sea lo suficientemente neutral y objetiva, precisamente, con el propósito de salvaguardar la integridad del debido proceso y de los demás derechos e intereses de los asociados.

“A partir de las citadas consideraciones, la doctrina procesal ha concluido que la imparcialidad requiere de la presencia de dos elementos. Un criterio subjetivo y otro objetivo. El componente subjetivo, alude al estado mental del juez, es

³ Auto de 8 de noviembre de 2007, radicación 28648, citando a Montero Aroca, Juan, “Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 186-188. Citado en Sentencia de febrero 4 de 2009 radicado 29.415

⁴ Sentencia de febrero 4 de 2009 Radicado 29.415

decir, a la ausencia de cualquier preferencia, afecto o animadversión con las partes del proceso, sus representantes o apoderados. El elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que puede existir entre el juez y las partes o entre aquél y el asunto objeto de controversia - de forma tal - que se altere la confianza en su decisión, ya sea por la demostración de un marcado interés o por su previo conocimiento del asunto en conflicto que impida una visión neutral de la litis.

(...)

“En consecuencia, la garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática”⁵.

En virtud de ello, la facultad probatoria oficiosa del juez está claramente prohibida por el legislador en el artículo 361 de la ley 906 de 2004, que señala:

“Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

Y frente a sus facultades en la dirección del interrogatorio las normas son claras, al juez solo compete una facultad excepcional de intervenir para conseguir que el testigo responda claramente, o le faculta realizar preguntas complementarias para una mejor comprensión del caso. Nunca le es permitido un interrogatorio directo, en aras de escrutar asuntos ajenos al de la parte que pidió el testimonio. En este sentido la Corte señaló:

⁵ Sentencia C-095 de 2003.

“En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004⁶, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

“La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema...”⁷

Queda claro, pues, que en la sistemática acusatoria el principio de imparcialidad del juez asoma fundante, como ya amplia y reiteradamente lo han especificado esta Sala y la Corte Constitucional.

Por ello, la normatividad le impide, de un lado, practicar pruebas de oficio, y del otro, sólo interrogar a los testigos presentados por las partes, para, conforme lo estipula el artículo 397 de la Ley 906 de 2004 *“conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y*

⁶ “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.”

⁷ *Ibíd*em Sentencia 29.415

precisa...” o “...hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”.

Del Caso Concreto

Estima la Corte, una vez escuchados atentamente los registros de la intervención del Juez de Conocimiento en curso de la práctica probatoria y, específicamente, al desarrollar la tarea de interrogar a los testigos, que si bien, puede asumirse, el suyo, un comportamiento asaz activo, ello por sí mismo no comporta el vicio denunciado por la casacionista, pues, es claro que en desarrollo del pertinaz cuestionamiento practicado por él, no desbordó el tópico que fuera materia de consulta por la parte interesada en la declaración, al extremo de significarle suplantándola o asumiendo una teoría del caso propia, de manera particular, cuando confrontó a las testigos Mónica Patricia Bejarano Velandia⁸ y Luz Cristina Jiménez.

Cabe aclarar, eso sí, que las preguntas complementarias son precisamente eso, para que no se constituyan, por vía indirecta, en alguna especie de prueba de oficio. Vale decir, lo que el juez pregunta dice relación específica con el interrogatorio, o mejor, el objeto concreto sobre el cual preguntó la parte que citó al testigo y apenas busca ampliar esas respuestas oportunamente entregadas, para el mejor entendimiento del funcionario.

⁸ Record 10:54 a 27:03

Si bien resulta farragoso transcribir los interrogatorios del juez, ello se hace necesario para demostrar específicamente el rol que desempeñó y el contexto dentro del cual realizó las preguntas que ahora se atacan:

Pregunta el Juez a la declarante Mónica Patricia Bejarano, a partir del minuto 09:14 del C.D. No. 3:

“doctora Mónica, en sus conclusiones refiere que hay indicadores de abuso sexual, ¿Por qué no nos menciona cuales son? ¿Que en la niña usted observó indicadores de abuso sexual y los reitera en los dos eventos? “...”

¿Pero esos indicadores es por la información que le dan marginal a la entrevista? “...”

¿Pero usted no lo pudo deducir de la sola entrevista?”...

¿A propósito de eso, usted a que se refiere cuando dice que el relato es elaborado? “...”

¿Según esa información Usted pudo determinar que fue lo que le tocaron a la niña? “...”

¿Usted pudo determinar cuando ocurrió eso en el relato de la niña? “...”

¿Cómo ocurrió? “...”

¿Pero cuando la niña dice que le introdujeron un palo, Usted puede establece que fue lo que le introdujeron? “...”

¿Dice usted que se ciñó al protocolo? “...”

¿En uno de los videos del 16 de abril usted llega al relato a preguntarle que fue lo que le tocaron, el resto del protocolo no se tuvo en cuenta en esa oportunidad? “...”

¿Por qué razón se desestimó totalmente cuando la niña le contó a usted que la persona que la había tocado usted la conocía? “...”

¿No, pero no había posibilidad que fuera una persona que la niña supiera que usted conoce? “...”

¿La pregunta es: usted porque desestimó esa posibilidad?...”

¿No, pero no en ese momento, sino cuando a la niña usted le pregunta que hace JUAN y una serie de preguntas, y luego le dice la niña que usted conoce a JUAN; porque usted no cree esa parte? “...”

¿No a JUAN, ella le está diciendo que a la persona que le había hecho los tocamientos? “...”

¿No a JUAN, ella no se estaba refiriendo a JUAN, ella dice la persona que me tocó usted la conoce; usted porque no le hace mas preguntas en ese sentido? “...”

¿En el protocolo que usted maneja resulta importante y trascendente alternativas de hipótesis de investigación? “...”

¿Sin embargo usted no se ciñó al protocolo?...”

¿Usted siempre entendió que era JUAN y ninguna otra persona?...”

¿Sabe usted cuál JUAN era? “...”

¿Aquí en esta investigación se averigua por unos tocamientos y un exceso ocurridos en determinadas circunstancias, por cuestiones procesales y eminentemente instrumentales se esta averiguando por otra cuerda y en otro lado otro tipo de tocamientos, Usted podría decir a cuáles de esos tocamientos se refiere la niña? “...”

*¿Usted le preguntó a la niña y lo dijo que le preguntó que era lo que le había hecho en la casa? (Aquí el juez Interrumpe la respuesta de la testigo para complementar la pregunta)
¿Porqué usted tenía algún conocimiento de que él le había hecho algo en la casa? “...”*

-Si, pero no que la había tocado en la casa. ¿usted sabía que la había tocado? “...”

¿Entonces porqué la pregunta a la niña de que tocamientos te hizo JUAN en la casa de él? “...”

¿Eso es una presunción suya? (La testigo responde que si, que es una presunción suya a lo cual el juez agrega) “Bien”

- Usted al inicio del interrogatorio, cuando la fiscalía le preguntó, llamó la atención sobre un hecho que le resultaba trascendente, que decía que aun que no podía tener efectos forenses, dijo Usted, que si era importante tener en cuenta, y era la agresión que había ejercido la niña. ¿En el video se nota que es usted la que le ordena, y no que le sugiere, que le pegue, eso está dentro del protocolo? ¿Lo del muñeco?

“...”

¿Y por qué lo hizo Usted? ¿Por qué le ordenó que le pegara?

“...”

¿O sea que esta no era una evaluación forense, sino clínica?

“...”

¿Usted ha tratado a la niña desde el punto de vista clínico?

“...”

¿Pero la niña está sometida a un tratamiento terapéutico?

Refiere usted que la niña, al preguntarle la fiscalía sobre la coherencia y el grado de credibilidad, dice que la niña contó con demasiados detalles ¿Qué fue lo que contó con demasiados detalles? “...”

Cuando usted cuestiona a la niña de los tocamientos con el pipi, dice Usted, ¿Qué partes el pipi tocaron tu cuerpo?, ella menciona varias partes, menciona los pies, los ojos, las orejas, las cejas, ¿Qué percepción desde el punto de vista científico y que interpretación, si puede darse, a ese tipo de comentarios? “...”

¿La niña le refirió a usted algo, o pudo determinar usted a través de esa entrevista, algún tipo de tocamientos o abuso sexual en el automotor? “...”

El juez Concluye su interrogatorio en el minuto 21:17 del C.D. tres.

El juez desarrolla el interrogatorio de Luz Cristina Jiménez Roldán, que se registra en el C. D. dos del 5 de agosto de 2007, a partir del minuto 30:25, así:

¿Precise cual fue el motivo de la valoración, que se buscaba en esa niña? “...”

Pero lo que quiero precisar es. ¿Es una valoración clínica? ¿Es un test de verdad? ¿Es una valoración para determinar la verosimilitud de su dicho? ¿Qué tipo de valoración es o que se buscaba? ¿Únicamente da respuesta a esas preguntas? “...”

¿Qué se hace a través de una entrevista semi estructurada? “...”

usted ha indicado que la niña tiene, hace un relato claro de los hechos. ¿Esa manifestación surge del relato que hace ella o es un examen que hace usted sobre él? “...”

¿Cuando la defensa le pregunta que donde, si se puede precisar en donde ocurrieron los hechos, usted indica algunos sitios a partir de la manifestación que le dice la niña, que usted refiere ahí? “...”

¿Usted asume esos hechos como ciertos? “...”

¿Pero de la evaluación que usted hace se puede concluir dónde ocurrieron los hechos? “...”

¿Y eso enfrentado a la afirmación que usted dice que es clara en el relato cómo se explica? “...”

¿Usted esta asumiendo que es la cama de ella? “...”

¿Y la chimenea de dónde?

¿Y usted sabe en qué casa pudo haber ocurrido esto? ¿La niña le dijo en qué casa ocurrió? “...”

¿La niña le refirió en algún momento que ocurrió en un lugar distinto? ¿O sea, el abuso sexual ocurrió en algún sitio distinto? “...”

¿Pero le refirió no tanto de espacio pero si de lugar? ¿es decir que ocurrió en una casa, en el campo, en otro sitio? “...”

¿Refirió haber sido abusada en otro sitio como un vehiculo automotor? “...”

¿De lo dicho por la niña, del examen que usted hace, puede determinar que fue lo que ocurrió? “...”

Ha dicho usted, ha explicado, que la forma de interpretar esas manifestaciones de la niña en cuanto a que el papá mató a JUAN, pues corresponden a la necesidad de ella de buscar un súper héroe, dice usted. Pero en el relato de la niña, cómo hace usted para descontextualizarlo, para hacer una abstracción, para decir que es cierto lo de la chimenea, el cierto lo de la cama, pero lo otro si es producto de una necesidad? “...”

*¿Usted descartó la posibilidad de que eso hubiese existido?
“...”*

¿Qué hubiese una agresión física por parte del papá hacia JUAN? “...”

¿Exploró sobre eso, si existió? “...”

¿Pero surge de una conclusión que usted hace bajo el entendido de que no es cierto? ¿Pues usted no sabe si lo mató o no? “...”

¿Por eso es que usted dice que no es cierto? “...”

¿Alguna aproximación a la época en la que ocurrieron los hechos, usted pudo deducir? “...”

¿Esa aproximación es por la información que le dieron? “...”

¿No que se haya deducido de alguna circunstancia? “...”

Concluye su interrogatorio en el minuto 39:28.

Ostensible asoma que las preguntas del juez se encaminan a verificar tópicos específicos y puntuales de lo referido por las testigos expertas, asunto que en el caso concreto no puede estimarse exótico, pues, el problema a desentrañar deriva si se quiere complejo, en tanto, la prueba nuclear de los hechos radica en lo dicho por una menor de apenas tres años, cuya declaración ha de examinarse al tamiz de las profesionales en cita.

Lo que el interrogatorio pertinaz demuestra es la perplejidad que frente al asunto tiene el funcionario judicial, incluso reflejada, como más adelante se verá, en la decisión tomada.

No es, entonces, que el funcionario judicial tuviese una particular teoría del caso, objetivada en el interrogatorio, o que su imparcialidad estuviese en tela de juicio, sino simplemente que sus limitaciones en la materia y el deseo de clarificar lo ocurrido y el alcance probatorio de lo dicho por la víctima, condujo a esos cuestionamientos si se quiere erráticos y repetitivos.

Por lo demás, independientemente de lo que en criterio del funcionario reflejó lo respondido a sus cuestionamientos por las testigos, es lo cierto que de allí no se desprende que se afectaran en concreto derechos de las partes o que la forma de interrogar condujera a crear una verdad artificial o contraria a los conocimientos de las expertas, buscados entronizar por la parte encargada de convocarlas al juicio.

En consecuencia, la Sala no advierte expreso o siquiera soslayado, algún tipo de comportamiento judicial que permita aseverar inconcusa la vulneración de garantías o afectación trascendente de los deberes de imparcialidad, razón suficiente para desestimar la nulidad deprecada por la demandante en casación

Tercer cargo principal

Es claro, como así lo hizo ver la demandante con cita jurisprudencial pertinente, que la solicitud, la admisión y la práctica de la prueba comportan aspectos trascendentes en el cometido de demostrar los hechos y la responsabilidad del procesado, precisamente en atención a que los medios suasorios contienen esa verdad que como fin último se tabula en el proceso penal.

Por lo demás, si en la sistemática acusatoria que nos ocupa, la audiencia preparatoria arrojó, dentro de su especialidad, que la parte interesada solicitó, argumentando acerca de su pertinencia, conducencia y necesidad, la práctica de un determinado testimonio estimado menester para sustentar su teoría del caso, y luego del consecuente debate se admitió ella, lo natural es que efectivamente ese medio suasorio se introduzca en curso de la audiencia de juicio oral.

Sucedo, sin embargo, que en el caso concreto el A quo se negó a practicar el testimonio de la fonoaudióloga Aixa Materón Acuña, bajo el argumento de dar prelación al principio de concentración en la práctica de la prueba, atendido que la testigo manifestó su imposibilidad de concurrir a la diligencia en la fecha citada.

No se discute la relevancia que comporta la prueba en cita, para efectos de soportar la teoría del caso de la fiscalía, como quiera que con la profesional en fonoaudiología se pretendía corroborar las circunstancias temporo espaciales de ocurrencia de

los hechos y las fechas en las cuales la niña A.L.R.F. asistió únicamente acompañada del procesado a las citas de terapia, así como el estado de ánimo en el cual concurría la infante a las sesiones y su duración

Ahora, aunque de alguna manera el principio de concentración podría afectarse, conforme lo argumentado por el juez para negar lo solicitado, ese posible daño se reporta inane dado que ya la audiencia de juicio oral se venía adelantando, como mínimo, en dos sesiones, una el 5 de junio y otra el 5 de agosto de 2008, y no se planteaba una interrupción tan larga que pusiese en riesgo la comprensión integral del asunto sometido a juicio.

En la sentencia de primer grado el juez se refiere precisamente a la ausencia de los elementos temporales que pretendía la parte introducir con dicho testimonio, cuando indica:

“Conforme a lo expuesto, dado que no fueron establecidos en juicio por parte del delegado de la Fiscalía, datos concretos, concernientes a las fechas en que fue atendida la menor por la Dra. Aixa Materon en su consultorio por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2006, a donde fuera trasladada A. L. (el juez cita el nombre de la niña) por el aquí acusado, es de señalar que al remitirse a la información suministrada en testimonio tanto por el señor Julio rebolledo y Ana María Figueroa, padres de la pequeña, los mismos también resultan imprecisos”⁹

⁹ Ídem folio 6

Por lo demás, si del funcionario judicial se exige actuar bajo criterios de ponderación¹⁰, el necesario balanceo entre lo buscado allegar con la prueba y la posibilidad de prolongar un poco más el debate del juicio, necesariamente debía conducir a evaluar como objeto de mejor protección lo primero.

Debe el juez de conocimiento, en estos casos, agotar esfuerzos para que la totalidad de la prueba que ha sido solicitada y decretada oportunamente a favor de las partes, se allegue al juicio, cuando es voluntad de ellas su inclusión, sin que en el curso del debate oral pueda el funcionario, en términos generales, oponerse a su recepción cuando se entienden válidas las excusas planteadas y la suspensión de la diligencia para allegar el testimonio o prueba decretados, no afecta sustancialmente el desarrollo cabal de la misma u otros derechos de los intervinientes.

Desde luego que dentro de las facultades de dirección del proceso que competen al juez, propugnando por su celeridad, debe ser él, en cada caso concreto, quien determine si esa solicitud de extender el juicio o esperar a que concurra alguno de los testigos, afecta o no de manera relevante el trámite de la audiencia o los derechos de las otras partes, para lo cual está en el deber de verificar no sólo la justeza del pedimento y las razones que impidieron la presencia oportuna del testigo o presentación del documento a tiempo, sino el efecto concreto que sobre las resultas del juicio ese elemento o prueba puede tener.

¹⁰ Artículo 27 de la Ley 906 de 2004

En el asunto examinado, debe relevarse, la necesidad de allegar el elemento de juicio cuestionado, su importancia para el debate, la justeza de lo explicado por la Fiscalía acerca de la razón de la ausencia del testigo y la poca incidencia que la suspensión tenía respecto del principio de concentración, obligaban del juez, como ya se anotó, facultar la presentación posterior de la profesional en fonoaudiología.

Empero, aunque, como se anotó, lo realizado por el funcionario judicial constituye irregularidad que pudo afectar la teoría del caso de la Fiscalía, lo ocurrido no amerita de la consecuente declaración de nulidad deprecada por la casacionista, pues, es lo cierto que en curso de la audiencia de juicio oral se allegaron otros elementos de juicio que suplen ese conocimiento pretendido obtener por la vía testimonial radicada en cabeza de la profesional de la fonoaudiología, como se verá cuando se aborde el último de los cargos propuestos en la demanda.

Primer cargo principal

Para efectos de contextualizar el tema dentro de los específicos apartados delineados por la casacionista, estima pertinente la Sala traer a colación lo que desde antaño viene refiriendo en torno del deber de motivación de las providencias judiciales y sus efectos.

Esto, entonces, se dijo¹¹:

“De manera reiterada, ha dicho la Sala que los defectos de motivación de la sentencia, con efectos invalidantes, pueden consistir en:

i) Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan el fallo.

ii) Motivación incompleta o deficiente, que ocurre cuando la precaria sustentación impide saber cuál es el sustento de la decisión o no analiza sus fundamentos fácticos o jurídicos.

iii) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente, cuando la providencia contiene conceptos o argumentos que se excluyen entre sí, de manera que finalmente se ignora el sentido de la motivación, o cuando las razones expuestas en la parte motiva no explican la decisión contenida en la resolutive.

iv) Motivación sofística, aparente o falsa, cuando no está respaldada en la verdad probada en el proceso.”

Parece que la casacionista de forma indeterminada se refiere a las circunstancias relacionadas en los numerales dos y cuatro de la jurisprudencia, pues, advierte, de un lado, que el Tribunal de manera precaria aborda las pruebas y los argumentos consignados en la apelación, para referirse sólo a unos de los tantos apartados dignos de respuesta, y del otro, parte de hechos ajenos a los que constituyen objeto del proceso.

Pues bien, cuando se conoce la manera profusa en que se intentó a través del recurso de apelación derrumbar el fallo de primera instancia, parece cobrar sentido la crítica de la censora,

¹¹ Sentencia del 13 de octubre de 2004, radicado 20.944

pues, desde luego que el fallo de segunda instancia no se muestra tan pródigo en argumentos y sustentación.

Ello no significa, sin embargo, que de verdad la sentencia atacada adolezca de tan profundos defectos de motivación que impida conocer en suficiencia cuáles son las razones por las que no se atiende la solicitud de nulidad o la revocatoria del fallo de primer grado incoada por la Fiscalía y la representación de la víctima.

Es evidente que, si bien de manera somera, el Ad Quem trató todos los tópicos objeto de debate en la audiencia de argumentación oral del recurso de apelación, comenzando, como se lee en la decisión atacada, con las peticiones de nulidad por omisión probatoria, en lo referente a la declaración de la fonoaudióloga, que denegó por estimarlas carentes de trascendencia para lo investigado.

Luego el Tribunal abordó lo concerniente a la supuesta falta de motivación del fallo de primer grado, que rechazó advirtiendo menesterosa de menor carga argumentativa la sentencia absolutoria.

Desde luego que puede discreparse, para detenernos en este punto específico, de lo que el Tribunal estima deber de fundamentación respecto de la sentencia absolutoria, pues, coincide la Sala con la casacionista, la sentencia, no importa el tipo de decisión que allí se tome, por su naturaleza y efectos

reclama de adecuada y suficiente motivación, a fin de que se satisfagan las expectativas de quienes al proceso han concurrido, se legitime la actividad judicial, cubriendo el postulado democrático, y se faculte la contradicción, tornando materialmente viables los principios de doble instancia, derecho de defensa y, en general, el debido proceso.

Pero, el que no se comparta la postura del Tribunal, o se entienda francamente discutible ella, no significa que se haya obviado responder los cuestionamientos del apelante o aparezca insuficiente la argumentación.

De otro lado, el Ad quem asumió el examen de la crítica hecha por la representación de la víctima a la imparcialidad del juez, señalando que, en su criterio, esa participación activa demuestra acuciosidad del funcionario, en el *“cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia”*, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004.

Aunque corto en su exposición, el párrafo destinado por el Tribunal para resolver la cuestión debatida por los apelantes, resulta adecuado, en tanto, no es la profusión en el discurso un parámetro que por sí mismo determine la suficiente o insuficiente motivación. Máxime que el tópico discutido demanda apenas asumir posición en torno del interrogatorio realizado por el juez de primer grado a las profesionales en psicología, que el Ad quem, en contra de lo alegado por la representación de la víctima, advirtió necesario: *“pues el conjunto probacional se mostraba precario*

para la formación del juicio y los elementos de prueba se denotaban esencialmente foráneos, distantes en su carga de verosimilitud por no provenir de fuente directa de los hechos al punto que determinaron su profundo escrutinio por parte de la judicatura”.

Bastaba, lo anotado, para que la parte recurrente entendiera las razones por las cuales el fallador de segundo grado no atendió su solicitud de nulidad fundada en la presunta parcialidad del juez de primera instancia.

Ahora bien, ya en lo referido al objeto central del proceso, esto es, la existencia de los delitos y consecuente responsabilidad penal del acusado, observa la Sala que, en efecto, el Tribunal no abordó a espacio todas y cada una de las cuestiones que surtieron los alegatos de los recurrentes. Incluso puede decirse que algunos temas no fueron tratados.

Pero, ello no significa, en términos de las circunstancias que habilitan anular el fallo por su precariedad en la fundamentación, que de verdad la sentencia de segunda instancia haya obviado referirse a lo central de la impugnación o resulte insuficiente para conocer por qué no se accedió a la solicitud de condena.

El fallo atacado, debe destacarse, frente al sentido último de lo pedido por la Fiscalía y la representación de las víctimas, corrobora lo dicho por la primera instancia en torno de la ausencia de prueba que determine las circunstancias del hecho

en su descripción modal y temporo espacial, advirtiendo que la víctima no define esos aspectos, los padres de ésta fungen como testigos de referencia y lo dicho por las peritos es discutible *“no solo por la evidente inducción de las respuestas, sino porque de todos modos deber (sic) analizadas en conjunto con el restante acopio y en especial con las iniciales aseveraciones surtidas por la niña durante la audiencia del 5 de junio de 2008 (cd. minutos 15 y siguientes), en donde, sin ninguna insinuación o inducción no reporta la realización de ningún comportamiento de índole sexual por parte de JUAN GABRIEL PEÑA, lo que frustra cualquier crédito en el aserto que posibilite una condena en su contra”*.

Agrega el fallo que a pesar de aludirse a algún tipo de sangrado en la menor: *“igualmente al cotejar el examen sexológico forense (f.335), la inadvertencia de alguna lesión en la zona ni vestigio de maniobra genital permite también concluir en la no demostración o incertidumbre sobre violentos tocamientos que dieron lugar al endilgado acceso o evidenciaran un acto sexual en los términos de la ley penal.”*

Si se tiene claro que la primera y la segunda instancias forman una unidad indisoluble en los aspectos en los cuales no se controvierten e indiscutible como se halla que el fallo del Ad quem, confirmó íntegramente lo decidido por el A quo, la crítica que se hace a la insuficiencia en la argumentación debe considerar ésta circunstancia y además, que la competencia de quien resuelve la impugnación está limitada a los argumentos consignados por las partes inconformes.

En consecuencia, de la segunda instancia, en el caso concreto, no puede pedirse que aborde de nuevo la totalidad del análisis probatorio o introduzca originales elementos de juicio que reiteren lo que ya el A quo consignó en la providencia atacada en apelación, cuando de lo que se trata es de confirmar la decisión.

Claro que los argumentos de los impugnantes deben responderse a satisfacción, pero ello no implica que necesariamente se aborden todos y cada uno de los tópicos tratados por los apelantes, si se advierte que ellos confluyen al lugar común de pedir condena donde absolución hubo y el Tribunal comparte lo expresado por el Juez.

Ahora, si lo que se controvierte es el fundamento de lo decidido, el análisis probatorio realizado, la omisión en el examen de pruebas trascendentes o la lectura parcial de éstas, el mecanismo adecuado de casación no pasa por advertir falta de motivación o indebida fundamentación, sino que se hace preciso demostrar los consecuentes errores de hecho, sea por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o inadecuado raciocinio.

Esos argumentos centrales que nutren la causal de nulidad deprecada por la demandante en casación, tienen mejor fortuna en el cargo accesorio que también se incluyó en la demanda, y allí, dentro de la estructura adecuada de fundamentación, los analizará la Sala.

Ello implica, consecuentemente, que el primer cargo principal consignado en el escrito de casación, habrá de ser desestimado.

Cuarto cargo –subsidiario-

Para una adecuada resolución del asunto, abordará la Sala el cargo en el mismo orden tomado en consideración por la casacionista, como quiera que allí se plantean variados errores de hecho y de derecho, respecto de las pruebas recogidas en la audiencia de juicio oral.

a) “Testimonio de la menor víctima. Falso juicio de identidad al haberse cercenado la prueba, negando su real contenido y alcance”.

Previo a abordar de fondo lo controvertido por la impugnante, la Sala estima necesario precisar lo correspondiente al testimonio rendido por la menor en la audiencia de juicio oral y las entrevistas surtidas ante las profesionales, en aras de concluir que tanto la una como las otras se integran, motivo que obliga estudiarlas en conjunto.

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 anterior¹²:

“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.

Ahora bien, en cuanto al interrogante planteado inicialmente, ya la jurisprudencia de la Sala ha sentado las bases de la solución al puntualizar:

“En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de prueba de referencia, frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

“La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión.

“Así lo explica CHIESA¹³, en su Tratado de Derecho Probatorio mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico:

“En Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia”. Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la Regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibles para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermisible.”

¹² Sentencia Del 17 de septiembre de 2008, radicado29609

¹³ CHIESA, Op. cit. Tomo I, pág. 522.

“El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

“El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.

(...)

“Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley”¹⁴

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 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 apreciar¹⁵.

¹⁴ Cfr. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación N° 25920.

¹⁵ 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.”

Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presencié 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.

El perito Oscar Armando Díaz Beltrán¹⁶, fue enfático en que la técnica de la entrevista espontánea semi-estructurada mediante la cual auscultó a la víctima, le permitió percibir coherencia en su narrativa, tanto en el relato expuesto ante él, como en el contenido en la denuncia, la cual le fue suministrada previamente a efectos de rendir el informe preliminar, el cual, dicho sea de paso, fue descubierto oportunamente a la defensa. Además, el forense precisó que de acuerdo con su experiencia de más de veinticuatro años tratando casos de abuso sexual, podía opinar que los niños no son capaces de sustentar una mentira en temas sexuales, y que en el caso analizado “Las vivencias que ha tenido la menor en los hechos que se investigan, afectan psicológicamente su desarrollo personal (personalidad)”, existiendo correspondencia clínica entre los sentimientos expresados por ella al momento de recapitular los sucesos, motivo por el que recomendó someterla a ayuda psicoterapéutica.

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

¹⁶ Carpeta N° 3, folios 301 a 303 y CD anexo entre los folios 311 y 312, minuto 01:29:00 a 02:50:13.

audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.

Esto anotó recientemente la Corte¹⁷.

“La petición probatoria del representante de la sociedad fue despachada desfavorablemente por el juez de conocimiento, quien, apoyado en la protesta de uno de los padres, consideró que llevar al juicio a los niños, quienes contaban con solo 4 años de edad, sería traumático para ellos y conduciría a revictimizarlos. Dicha decisión, que fue notificada en estrados y contra la cual procedían los recursos ordinarios, no fue objeto de impugnación por ninguno de los intervinientes en la audiencia (incluidos el Ministerio Público solicitante y la defensa) quedando, por consiguiente, en firme en el acto¹⁸.”

Lo propio ocurrió en el debate oral, cuando fueron introducidas, como se señaló, como evidencias Nos. 5 y 6 de la Fiscalía, por conducto del funcionario de policía judicial José Fernando Galindo Sanmiguel.

Ningún reparo encuentra la Sala, se insiste, frente a la introducción, por la vía indicada, de las entrevistas de los niños D.S.P.R. y N.V.C, pues ello se aviene a lo establecido en los artículos 150 y 194 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), reguladores, en su orden, de la práctica de testimonios por parte de los niños, niñas y adolescentes, y las audiencias en los procesos penales en que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea un menor de 18 años.

En efecto, el primero de los citados preceptos reza:

“Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez.

¹⁷ Sentencia del 19 de agosto de 2009, radicado 31950

¹⁸ Ib., Record 36:00.

El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente”.

En tanto que el artículo 194, establece:

“Audiencia en los procesos penales. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y conainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente”.

Igualmente, lo ocurrido en el proceso se aviene a lo que ha considerado la jurisprudencia con relación al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, destacando que no obstante el listado allí contenido, acerca de los casos en que es admisible la prueba de referencia, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del régimen de procedimiento penal acusatorio, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381 Ibidem.

En concreto, esto sostuvo la Corte en la providencia del 30 de marzo de 2006 (Radicado 24.468)¹⁹:

“1.8 Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico –tele video conferencia-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó.

1.9 Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral”.

Ahora, con los antecedentes en cita, resulta un verdadero despropósito analizar el testimonio del infante bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos. Mucho menos, si a las naturales garantías instituidas para proteger al niño víctima de delitos, se suman las previsiones establecidas cuando el ilícito

¹⁹ Lo cual fue reiterado en el auto del 7 de julio de 2008, Radicado 29.866, y en el fallo del 17 de septiembre del mismo año, Radicado 29.609, entre otros.

penal comporta connotaciones sexuales, dado el profundo efecto nocivo que esta suerte de ilicitudes genera en el menor.

Y si a lo anotado se suma que en el caso concreto la menor apenas descontaba tres años para el momento de los hechos y un poco más cuando hubo de someterse a las entrevistas propias del proceso penal, evidente asoma que lo dicho por ella debía ser verificado bajo el tamiz de tantas cuantas particularidades lo matizan.

No es posible, entonces, que de buenas a primeras se tome apenas lo ocurrido en curso de la audiencia de juicio oral, para colegir de ello, como si se tratara del testimonio de un adulto, que no se precisó la existencia de algún tipo de maniobra con contenido sexual ejecutada por el procesado.

Es esa una evaluación bastante elemental que elude penetrar a fondo en las distintas aristas problemáticas que encierra lo dicho por la menor, desconociendo, de paso, que la verdad sólo puede hallarse a través de la verificación contextualizada de todo lo que dijo ella, no sólo en curso de esa diligencia final, sino ante las profesionales que la entrevistaron, y lo confiado a sus padres y la encargada de su cuidado en la vivienda familiar.

Es que, sobraría anotar, no son necesarias las hondas disquisiciones que sobre el particular trajeron a colación las expertas citadas por la Fiscalía, para colegir, por simple sentido

común, que a tan corta edad y soportando, como se demostró de manera inconcusa, el enorme efecto dañoso que en su desarrollo causó la situación traumática padecida, la víctima no estaba en condiciones de brindar una exposición directa, ilada y completa de los vejámenes.

Sólo a partir de un análisis adecuado de sus varias manifestaciones, todas ellas fragmentarias, verificando el contexto de lo dicho, es posible delimitar cómo ocurrieron los hechos.

Entonces, cuando el Tribunal advierte, sin referencia expresa a todo lo recogido probatoriamente, que la menor no alcanza a brindar en la audiencia de juicio oral una exposición que permita advertir al procesado ejecutando algún tipo de acto libidinoso, o sostiene que ello no puede ser suplido con lo revelado por las sicólogas encargadas de entrevistarla, por considerar que fueron inducidas las respuestas, no sólo obvia referir la razón de sus dichos, sino que adelanta un examen simple y descontextualizado de la prueba, desconociendo esas características particulares que gobiernan el caso concreto.

Si el Tribunal hubiese tenido la previsión de escuchar los registros que contienen las varias intervenciones previas de la menor y lo explicado por las profesionales acerca de la forma de interrogarla, cuando menos se habría ocupado de explicar sus afirmaciones genéricas.

Tiene razón, entonces, la recurrente, cuando señala que el Ad quem incurrió en un yerro trascendente, propio del falso juicio de identidad por cercenamiento, como quiera que, si bien se refirió a lo declarado por la víctima, no leyó todo lo que ella expuso en los varios escenarios, incluso lo relatado en curso de la audiencia de juicio oral, y así equivocadamente concluyó:

“Paralelamente a que conforme al acervo válidamente recaudado no se obtiene ese grado de conocimiento que razonable y razonadamente justifique una condena, tampoco puede entenderse logrado ese propósito con fundamento en las expresiones ofrecidas con la intervención de las sicólogas y especialistas, no solo por virtud de la evidente inducción de las respuestas, sino porque de todos modos deben ser analizadas en conjunto con el restante acopio y en especial con las iniciales aseveraciones surtidas por la niña durante la audiencia del 5 de junio de 2008 (cd. Minutos 15 y siguientes), en donde, sin ninguna insinuación o inducción no reporta la realización de ningún comportamiento de índole sexual por parte de JUAN GABRIEL PEÑA, lo que frustra cualquier crédito en el aserto que posibilite una condenación en su contra.”

Aquí, cabe hacer un alto en el discurso para precisar una diferencia sustancial entre lo concluido por la primera instancia y los fundamentos del fallo proferido por el Ad quem.

El Juez Penal del Circuito, estimó que efectivamente la menor pudo haber sido víctima de vejámenes sexuales por parte del acusado, pero concluyó en la imposibilidad de determinar cuándo y cómo se presentaron los hechos que se denunciaron ocurridos en Bogotá (otros tantos se advirtieron ocurridos en el municipio de La Calera, y se investigan por cuerda separada).

En tanto, el Tribunal asevera que el procesado, cuando más *“golpeaba a la niña, o que aquel era una persona “mala”, que peleó con el padre de la niña, pero en modo alguno se aproxima con ese grado de conocimiento más allá de toda duda para el juzgador, en finiquitar o concretar una acción libidinosa ejecutada en su cuerpo que de alguna forma permita entender siquiera estructurada la figura típica contra la libertad sexual atribuida”*

Esa afirmación, se reitera, fue sustentada apenas en que la víctima, durante el juicio oral, no relató algo relacionado con el tópico, la prueba debe ser examinada en su conjunto y no es creíble lo narrado en las entrevistas, dado que las respuestas de la infante fueron *“inducidas”*.

Respecto de la primera de las manifestaciones del Tribunal, que ha sido objeto de reproche a través de la vía indirecta por falso juicio de identidad, apenas cabe darle la razón a la impugnante, pues, escuchado atentamente el registro de lo relatado por la menor durante la audiencia de juicio oral, perfectamente puede advertirse que la víctima sí relacionó objetivamente una circunstancia que, independientemente de la valoración de sus efectos, conduce a establecer la existencia del mancillamiento sexual echado de menos por el Ad quem.

Esa intervención testifical de la menor, que se sucedió a las once de la mañana del 5 de junio de 2008, en sala especial, expresamente consagra en uno de sus apartes iniciales, a pregunta de la interrogadora, sicóloga adscrita al ICBF:

“Ana Luna allá donde tú vives en la Calera, tu conociste a un señor que se llama Juan CONTESTO.²⁰ Si que era malo y me clavó un clavo en el pipí y me salió sangre y me tocó ir a la clínica y me dolió y me puse a llorar y me fui y ya me mejoré.”

La sola lectura literal de lo transcrito, desde luego que podría conducir a significar, como lo intenta el juez colegiado, que se trata de una agresión física ejecutada por el nominado “Juan”. Pero, si se hubiese estudiado con detenimiento el plexo probatorio, podría advertirse que la menos denomina “pipí”, indistintamente, a la vagina, el ano o el miembro viril masculino; y también habría observado que lo revelado allí repite lo que en las entrevistas y ante sus padres afirmó acerca del sangrado producido en atención al vejamen ejecutado vía anal por el procesado.

Se reitera, la declaración vertida por una menor de tres años no puede evaluarse con los mismos parámetros de validez y trascendencia que operan en los casos de los adultos, pero tampoco se requiere de mucha agudeza mental para entender, dadas las condiciones de la víctima y el tipo de delito endilgado, que cuando ella alude a un “clavo” y señala que le fue introducido por el “pipí”, generándole sangrado, necesariamente se está refiriendo a una penetración de contenido sexual, independientemente de cuál pudo ser el objeto utilizado para el efecto.

²⁰ Record 14.52 minutos.

Apenas agregará la Sala, porque en los otros cargos se abordará más a espacio el tema, que si de verdad el Tribunal estima necesario examinar, como lo dijo en el colofón de su fallo, en conjunto la prueba, esa no fue una tarea que de verdad adelantase al sustentar la confirmación de la decisión de primer grado.

En síntesis, erró el Ad quem cuando, como soporte de su sentencia, señaló que en curso de la audiencia de juicio oral la menor obvió referir la existencia de algún tipo de mancillamiento sexual o acto libidinoso ejecutado sobre su cuerpo, incurriendo de esta forma en el defecto fáctico que por falso juicio de identidad le atribuye la casacionista.

b) “Examen médico sexológico practicado por la perito Martha Cecilia Agudelo Yepes. Falso raciocinio, la habersele conferido un mérito persuasivo que en realidad no tiene, desconociendo así las reglas de la ciencia y de la técnica”

En efecto, como lo dice la recurrente, el Tribunal dio a lo dictaminado por la médico forense, un alcance que no posee, a pesar de comprender adecuadamente lo consignado en el peritaje.

Esto, por cuanto, claramente la profesional señala que en atención al tipo de delitos atribuidos al procesado, tocamientos libidinosos e introducción de un cuerpo duro en la zona anal, y el momento en el cual se realizó el examen a la infante, resulta

imposible hallar alguna evidencia, cicatriz o rastro compatible con lo denunciado.

Esto, en concreto, dijo la médica Martha Cecilia Agudelo Yepes, durante la explicación que del informe rindió en la audiencia de juicio oral:

“En caso de penetración digital por esfínter anal se presenta examen físico, dependiendo del evento y examen realizado. La persona implicada es retirada de la empresa el 4 de noviembre y el examen se hizo el 16 de noviembre; ha pasado al menos diez días. Una niña de tres y medio año, puede ser penetrada por un dedo sin dejar cambios o dejando cambios discretos en la mucosa, con pequeño sangrado, heridas que cicatrizan máximo en cinco días, en el evento que hubiera pasado, permite que pasado los días el examen sea normal.”²¹

Y a pregunta específica de la defensa en el conainterrogatorio, reitera:

“Pero ante la pregunta de posibilidad de dedo por ano, un dedo y si se introduce la punta, un dedo puede ser introducido por el ano de un niño de tres a cuatro años, si se introduce la punta no más, puede no producir lesiones o producirlas, como mencioné hace un rato, pequeñas lesiones, heridas superficiales cuyas manifestaciones pueden ser sangrado y obviamente dolor, pero como es zona de excelente reparación, estas heridas pequeñas reparan en pocos días, 3 a 5 días como máximo, de modo que si el examen se realiza más allá de ese lapso es un examen que se ve normal, no deja huellas, luego en este caso al no dejar huellas en le evento de que en información posterior la niña hubiera referido que sucedió penetración anal por dedo, ya el examen no nos permitiría decir si sí o si no, sino que habría que tomar en cuenta la versión de la niña en la cual un dato sería además del dolor, un pequeño sangrado cuya huella no

²¹ Record 94.40 minutos.

se vería por la razón que expliqué, el tiempo rápido de cicatrización”

El Ad quem, se valió de lo dicho en el informe, para concluir que no existe demostración acerca de la existencia del sangrado o “*violentos tocamientos*”, que pudieran determinar acceso carnal o acto sexual. Así expresamente lo reseña:

“Ahora bien, respecto de la alusión que se hace dentro del proceso a la producción de “sangrado”, igualmente al cotejar el examen sexológico forense (f.335), la inadvertencia de alguna lesión en la zona ni vestigio de maniobra genital permite también concluir en la no demostración o incertidumbre sobre violentos tocamientos que dieran lugar al endilgado acceso o evidenciaran un acto sexual en los términos de la ley penal”.

Quizás si el Tribunal, en lugar de observar apenas el contenido del informe, hubiese escuchado lo dicho por la profesional de la medicina que evaluó a la menor, no habría llegado a la indebida conclusión que esa experticia verifica indemostrado el acceso o los actos sexuales.

Como se anota por la demandante, el Tribunal otorgó a la prueba en mención un alcance del que carece, pues, dado su contenido si se quiere neutro, ella lo único que faculta colegir es que no tiene valor para comprobar o improbar la aseveración de la existencia del sangrado y su vinculación con la penetración anal por la cual se acusó al procesado.

A tal efecto, si se tiene claro que ese sangrado y la aseveración de que fue producto del mancillamiento sexual

denunciado, vienen precedidos de manifestaciones testificales que los refieren, la tarea del funcionario judicial obliga examinar esos medios suasorios y verificar si poseen o no capacidad demostrativa suficiente para apuntalar la existencia del hecho, con absoluta abstracción de lo que consigna el dictamen pericial.

Pero, desde luego, ese indispensable examen no puede ser obviado a través de la interpretación desbordada, o cuando menos ajena a sus verdaderos efectos, que se aprecia eligió el Ad quem, porque, huelga señalar, aunque inconcuso surge que la experticia no corrobora la prueba en la cual se sustenta la efectiva materialización de los delitos (variadas experticias de profesionales de la salud, atestaciones de la víctima, declaraciones de sus padres y otras personas cercanas a la infante), también inhesitable se alza que no la desvirtúa o debilita.

Por lo demás, si se conoce que los cargos formulados en contra del procesado abarcan no solo el acceso carnal, sino un concurso también homogéneo de actos sexuales, el fallador de segundo grado debió precisar por qué ese dictamen, referido directamente al sangrado o efectos de una penetración, también desvirtúa la vinculación penal por los simples tocamientos, a no ser que el Tribunal suponga que los actos libidinosos distintos del acceso carnal, cuando la acusación no encierra la connotación de violencia física, deben dejar huellas o cicatrices perceptibles.

Puede suceder, igualmente, que el Tribunal hubiese percibido como ejecutado por vía vaginal el acceso carnal, y allí

sí tendría alguna consistencia la afirmación de que el dictamen arroja dudas o permite señalar indemostrada la conducta, pues, como lo dice la médica forense, en ese caso la cicatrización haría evidente que fue desflorada la menor.

Empero, la simple lectura del escrito de acusación y lo que en curso del juicio se allegó como prueba testimonial (a la cual más adelante se referirá la Sala), le habría permitido conocer al Ad quem, que la penetración se dijo ocurrir por vía anal y no vaginal.

Acorde con lo anotado, una correcta intelección de la naturaleza y alcances de lo dicho por la perito forense, conforme reglas básicas de lo que científicamente encierra la experticia, desvirtúa por completo la conclusión del fallador de segundo grado, haciendo evidente, por contera, el yerro de apreciación probatoria –falso raciocinio-, postulado por la casacionista.

c) “Pericias de las sicólogas, especialmente, de las doctoras Mónica Patricia Bejarano Velandia y de Luz Cristina Jiménez. Falso Raciocinio por desconocimiento de las reglas de la ciencia, de la lógica y de la experiencia en la valoración de los testimonios”.

A efectos de que se entienda bien el cargo y sus efectos, la Corte estima necesario, en primer lugar, transcribir lo que dijeron las instancias acerca de las experticias rendidas por las expertas

sicólogas, para después contrastar esas manifestaciones con el contenido y capacidad demostrativa de la prueba en cuestión.

Se consigna, al efecto, en el fallo de primer grado:

“...a la circunstancia ya advertida de que la menor en su declaración vertida en el juicio oral, no mencionó hecho criminal alguno incluido dentro del rodante debemos agregar contrario a lo predicado por la fiscalía que las declaraciones rendidas por las sicólogas Mónica Patricia Bejarano, Luz Cristina Jiménez y Clemencia Ramírez, tampoco son reveladoras de los hechos. Aquí debemos nuevamente precisar que no estamos negando la posible existencia de los hechos de abuso, pues las profesionales de la psicología sobre tal aspecto si (sic) son contestes al advertir, en la menor rasgos o signos de abuso sexual. Lo que se reitera es que no precisan la supuesta agresión dentro del automotor que son el objeto de nuestro pronunciamiento, y sin perjuicio de las resultas del otro proceso que se le adelanta al encartado por hechos al parecer ocurridos en el municipio de la Calera.

Al margen de lo anotado, se debe resaltar la poca confiabilidad del dicho de la profesional Mónica Patricia Bejarano, quien en su declaración hizo manifestaciones frente a las revelaciones que supuestamente le hizo la niña en lo que tiene que ver con el posible acceso y actos sexuales ocurridos en el carro, que luego se pudo observar no tenían respaldo que se les quiso dar, en desarrollo del juicio se observó el video que recoge la entrevista o valoración que la terapeuta le hizo a la niña, en donde se muestra un interrogatorio plagado de preguntas sugestivas y totalmente inductivas, en donde se evidenció un afán inusitado para que la niña hiciera señalamientos al encartado, hecho que no puede pasar desapercibido a la hora de valorar el testimonio de la perito y que le resta confiabilidad a su experticio.”

(...)

Pero, independientemente de las falencias que adolece este dictamen, ninguna mención se hace a los sucesos investigados, llamando la atención el hecho que al indagar sobre lo sucedido en el carro ninguna alusión hace la menor, lo que pone de presente, una vez más, la ausencia de prueba

para hacer el juicio de reproche penal que conduzca a la condena demandada”

Por su parte, el Tribunal, sobre el mismo asunto refirió:

“Paralelamente a que conforme al acervo válidamente recaudado no se obtiene ese grado de conocimiento que razonable y razonadamente justifique una condena, tampoco puede entenderse logrado ese propósito con fundamento en las expresiones ofrecidas con la intervención de las sicólogas y especialistas, no solo por virtud de la evidente inducción de sus respuestas, sino porque de todos modos deber (sic) ser analizadas en conjunto con el restante acopio y en especial con las iniciales aseveraciones surtidas por la niña durante la audiencia del 5 de junio de 2008....”

De lo dicho por ambas instancias se extracta, en primer lugar, que ninguna de ellas estudió a fondo lo expresado por las profesionales, ni determinó en concreto el contenido de los conceptos y su efecto sobre el objeto del proceso.

Empero, la primera instancia, aunque sin mayores precisiones, estimó que del bagaje de esas experticias se extractaba inconcuso el vejamen sexual padecido por la menor, no obstante lo cual resultaban insuficientes para responsabilizar al procesado, dado que no precisaban cuándo o dónde se ejecutaron las conductas punibles y claro se tiene que lo tramitado en Bogotá corresponde únicamente a los actos salaces que pudieron sucederse cuando el acusado transportaba hacia ésta ciudad a la infante para recibir tratamiento fonoaudiológico.

Cierto, sí, que el Juez Penal del Circuito cuestiona únicamente la credibilidad de lo dicho por la Sicóloga Mónica

Bejarano, pero ello finalmente asoma intrascendente, pues, se repite, el fallador de primer grado termina absolviendo porque la víctima no precisa ante las sicólogas esas circunstancias temporo espaciales echadas de menos.

A su turno, el Tribunal parte de una premisa diferente, en tanto, significa que ni siquiera puede asumirse ejecutado algún tipo de maniobra sexual por parte del acusado, y sin mayores precisiones adviera que no es factible dar credibilidad a ninguna de las sicólogas, no solo “*por virtud de la evidente inducción de las respuestas*”, sino en atención a que la prueba debe ser analizada en conjunto.

Desde luego, la afirmación del Ad quem asoma gratuita e inmotivada, pues, nunca señala, así fuese someramente, cuál es la razón para estimar inducidas por esas profesionales las respuestas de la menor. Y ni siquiera puede decirse que en ello está acompañando a la primera instancia, evidente como se hace que el pronunciamiento negativo operó apenas respecto de la sicóloga Mónica Bejarano.

Desde esta perspectiva, si se conoce que tres distintas profesionales, además de la médica forense y la experta en fonoaudiología, entrevistaron a la menor y luego vertieron sus impresiones en la audiencia de juicio oral, mal puede deslegitimarse el efecto probatorio de lo expuesto, con una alusión genérica e imprecisa acerca de la supuesta inducción, por lo demás ajena a lo que en estricto sentido se extracta del método

utilizado por las profesionales, lo revelado ante ellas por la menor y las conclusiones coincidentes a las que llegaron las sicólogas.

Sobre el particular, no puede perderse de vista que la entrevista se surtía con una menor de apenas tres años y se buscaba conocer de su propia boca lo sucedido, confiado poco antes sus padres.

Ante la corta edad de la víctima, ese conocimiento buscado no podía operar directo, con solo interrogar y esperar la respuesta. Se hacía menester una previa inducción, para centrar a la menor en el tema, y una serie de estrategias que le permitieran manifestar lo padecido, conforme sus limitadas capacidades de expresión y tomando en consideración el efecto traumático que lo vivido le causó, no fuera que a través de esas entrevistas el mal se ahondase.

Así lo dieron a conocer las profesionales, advirtiendo de las enormes dificultades que la práctica con la víctima comportó.

También significaron ellas su experiencia en la materia y la validación que el método utilizado tiene dentro de la comunidad científica.

En concreto, MONICA BEJARANO VELANDIA, refirió desempeñarse como sicóloga, con maestría y doctora en terapia de familia y niños. Ha escrito varias obras con auspicio de la universidad San Buenaventura; pertenece al grupo de

investigación; realizó una investigación para Colciencia con niños abusados y maltratados, luego se encargó del proyecto Ambientes Seguros, para los Niños y sus Familias, financiado por la Universidad de Granada, y del proyecto para validación de protocolo de entrevista forense y clínica, financiado por FIU, Universidad Internacional de la Florida; además, ha publicado varias de estas investigaciones en revista de la Universidad San Buenaventura y para Colciencias.²²

Es, así mismo, la representante legal y directora de la Asociación Creemos en Ti, donde se atiende terapéuticamente a niños y niñas abusados sexualmente; allí se efectúan valoraciones, para la fiscalía, de los niños y niñas abusados sexualmente, con financiación de Bienestar Familiar, Fiu, y el Fondo para la Acción Ambiental y la Niñez, tanto para tratamiento y valoración, como en aras de servir de intérprete de los niños en los juicios²³.

En lo tocante al examen realizado a la menor, asevera que la valoró en el mes de febrero y luego amplió esa valoración, un mes después, por petición del fiscal.

En similar sentido, Clemencia Ramírez, comienza por afirmar que es sicóloga de la Universidad de los Andes, con estudios de postgrado, maestría en filosofía, y actualmente candidata al doctorado en psicología clínica. Ha escrito el libro

²² Recordo 5.28 minutos.

²³ Record 6.02 minutos.

Maltrato Infantil, Cómo Comprender. Tiene experiencia en los temas de abuso sexual a menores, básicamente con niños maltratados físicamente y abusados sexualmente. Además de ser terapeuta clínica, hace investigación científica: es directora del Grupo de investigación de Violencia Intrafamiliar de la Universidad San Buenaventura de Bogotá, avalado por Conciencias. Hace evaluación y realiza el tratamiento clínico de entre tres, cuatro o cinco casos al mes, de niños abusados sexualmente.

Y por último, Luz Cristina Jiménez Jordán, señaló ocuparse como sicóloga, al servicio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, desde el uno de enero de 2005; igualmente, desempeña su profesión en el ámbito particular. Afirma que obtuvo el título profesional en la Universidad de los Andes, además posee el título en psicología clínica y familiar de la Universidad Santo Tomás, con doctorado en Argentina en investigación de abuso infantil.

En Medicina Legal, específicamente, rinde informes periciales respecto de personas en procesos penales y civiles.

Acerca de los protocolos utilizados para la entrevista de una menor de tan corta edad víctima de abuso sexual, esto anota la sicóloga Bejarano:

“En esas entrevistas, se utiliza un protocolo que valoramos, que validamos con la Universidad San Buenaventura, con el grupo de investigación, es un protocolo, en donde primero busca, hacer un proceso de empatía con el niño o niña, empezamos con el genograma, como para que el niño

cuente, quienes son las personas de su familia, si su papá su mamá, las personas que están involucradas en su familia, luego, generalmente entramos a hacer un mapa de camas, dependiendo la edad, por ejemplo en el caso de Ana Luna, fue muy difícil, por su edad, porque era cuando la niña tenía tres años, era muy difícil, trabajar con la niña y mantenerla concentrada, precisamente cuando son tan pequeñitos, hay que cambiarles de actividad rápidamente. Por ejemplo pasar a casa de muñecos, a los muñecos anatómicos y figuras humanas, para que pueda tener la atención. En el caso de Ana Luna, uno como psicólogo, tiene que respetar espacios de los niños, hay momentos en que se pone a jugar, y uno tiene que dejarla que juegue, y luego volver a traerla, para que el niño pueda mantener la atención en lo que se le está preguntando o hablando con ellos.

En torno del protocolo utilizado para evaluar menores víctimas de abuso sexual y los síntomas que generalmente se advierten en este tipo de pacientes, anotó la doctora Clemencia Ramírez que se parte de una entrevista con los padres y tres sesiones de valoraciones con los niños para aplicar pruebas que permiten verificar el nivel de desarrollo; cuatro sesiones de evaluación y luego de doce sesiones de protocolo, intervención terapéutica; después se efectúan sesiones de seguimiento.

El proceso de terapia tiene como finalidad el tratamiento para cualquier cuadro basado en la evidencia empírica y persigue dos objetivos: reducir los síntomas producidos por el impacto del evento traumático, y recuperar todas las áreas o dimensiones del niño que se ven lastimados por la experiencia traumática.

Básicamente, agrega, se lastiman las áreas emocional y comportamental; se presenta desorganización interna y desestructuración del yo; además de ello, hay alta confusión del

niño, de sus emociones y de la expresión de las mismas; confunden la rabia con la tristeza; esto se puede ver manifestado en cuadros ansiosos o depresivos, o en los dos; una forma de estrés postraumático asociada con los abusos sexuales

En el área comportamental, además, los menores pueden mostrar agitación motora extrema, dificultad para organizarse en el espacio y tiempo, y de igual manera, tienen problema con el control de los impulsos.

Por último, la doctora Luz Cristina Jiménez explica que utilizó el protocolo de Medicina Legal, grupo de psiquiatría y psicología forense, el cual contiene aspectos tales como las técnicas utilizadas, la identificación de la persona examinada, la descripción que hace la persona de hechos investigados, exploración de la historia familiar y personal, una exploración de los antecedentes de la persona, todo lo referido a su estado mental, un acápite de discusión y finalmente las conclusiones.

Para cubrir las exigencias de ese protocolo, señala la profesional, es necesario utilizar algunas técnicas psicológicas, como son el estudio de la documentación existente, expediente, entrevista semiestructurada y una exploración psicopatológica que tiene que ver con la verificación de todas las funciones mentales superiores de la persona, así como una metodología que remite al lenguaje no verbal del evaluado.

Asevera, por último, que en el caso concreto la entrevista se hizo con la menor, a solas, y también con la madre.

Lo anotado en precedencia acerca de la experiencia profesional y conocimientos de las sicólogas citadas por la Fiscalía, a lo cual se suma la descripción de los procedimientos y protocolos estudiados, sirve a la Sala para establecer que las entrevistas rendidas por la menor y las conclusiones vertidas por las peritos en la audiencia de juicio oral, obedecen a patrones técnico científicos indiscutibles, con un alto grado de especialización, profesionalismo y confiabilidad.

Bajo tan precisos criterios, si el funcionario judicial pretende descalificar los métodos o conclusiones de las experticias, cuando menos debe penetrar a fondo en unos y otras, para significar en concreto qué de ello no obedece a pautas precisas o previamente avaladas por los pares de las sicólogas o dónde radica el error en las conclusiones.

Ello dista mucho de haber ocurrido aquí, pues, la primera y segunda instancias jamás abordaron detenidamente lo vertido por cada una de las profesionales, contentándose con significar, como especie de petición de principio, que una sola de las sicólogas supuestamente sesgó la entrevista e indujo las respuestas, o es poco confiable porque presuntamente pretendió introducir que la menor señaló ocurridos los hechos en el automóvil familiar, pero el vídeo la desmiente.

Nunca se anotó cómo ese presunto sesgo incidió sobre la prueba o qué de lo dicho por las varias expertas debe dejarse de lado, evidente como se hace que ni siquiera se abordó el contenido de las peritaciones y sus efectos sobre el caso concreto.

Para la Sala, es necesario puntualizarlo, las críticas de las instancias ningún alcance poseen, no sólo en atención a que se muestran aisladas y sin sustento, sino porque desconocen flagrantemente la condición de la víctima, menor de tres años, y las dificultades que encierra conocer de su propia boca lo ocurrido.

En este último sentido, para clarificar a las instancias el punto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala²⁴:

“Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la sicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales²⁵.”

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

²⁴ Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23706

²⁵ “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.

confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

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

Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

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 ejemplo, 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.

Precisamente, el nivel de estudios, experiencia y profesionalismo de las expertas, ampliamente referenciado con su curriculum, a más de la directa vinculación con este tipo de delitos en menores, faculta advertir no sólo que ellas conocen el protocolo establecido para cribar la verdad en lo dicho por los infantes, sino la aptitud para dirigir la entrevista de manera adecuada a fin de evitar falsas acusaciones.

No puede ser gratuito, además, que todas las profesionales coincidan en la existencia de síntomas evidentes de un abuso sexual que trajo consecuencias traumáticas a la víctima, claramente establecidas por razón del comportamiento inusual y retraso en el desarrollo de la infante.

Por lo demás, en lo que corresponde a la sicóloga Mónica Patricia Bejarano, objeto de críticas por el juez de primera instancia, el que no recuerde ella si en las dos entrevistas

rendidas por la menor en su consultorio, refirió o no la existencia de algún tipo de maniobra sexual ejecutada por el procesado en el vehículo familiar, no constituye motivo suficiente para dudar de lo concluido o poner en tela de juicio su honradez profesional.

Junto con ello, el registro de la primera entrevista realizada con la menor²⁶, evidencia patente que en un comienzo la experta sólo hizo preguntas generales para determinar la ubicación espacial de la víctima y su conocimiento de cuestiones rutinarias. Ya luego, sin mencionar nombres o advertir determinado tipo de comportamientos, sólo interrogó a la menor: *“Alguna vez alguien ha tocado tus partes privadas”*, a ello respondió la infante que sí y luego señaló, cuando se le preguntó quién era esa persona: *“Juan...me tocó la parte de las tetas locas”*.

Ya cuando la víctima definió que sí había sido objeto de mancillamiento sexual y quién era el autor del mismo, la profesional penetró en ello para definir detalles y circunstancias, en una técnica que la Corte no advierte contraria a los protocolos que definen la materia, ni mucho menos inductora de respuestas o sesgada en sus intereses.

En suma, para la Sala las entrevistas realizadas por las psicólogas y las conclusiones vertidas por ellas en sus correspondientes experticias, se advierten adecuadas y concordantes con lo que su profesión exige, razón por la cual habrán de ser acogidas en toda su extensión.

²⁶ Folio 289

Pues bien, superado el tema de validez y credibilidad de lo surtido por las peritos, es necesario señalar que allí se consignan elementos valiosos en el cometido de determinar que, efectivamente, la menor fue víctima de recurrente vejamen sexual, incluido acceso carnal, en su visión amplia, y actos sexuales diversos de ello.

Así claramente lo definen no solo las tres sicólogas ampliamente referenciadas en precedencia, sino la médica legista y la fonoaudióloga también citadas a la audiencia.

En concreto, la perito Mónica Bejarano concluye que encuentra indicadores claros de un abuso sexual, de lo cual la menor reporta varios incidentes con “Juan”, de forma traumática y agresiva (por eso la víctima se desfoga con los muñecos).

Por ocasión de lo hallado hizo otra evaluación en la que pudo profundizar más. Allí la menor empieza a contar como el sujeto la tocó, toma una de las muñecas y muestra que fue en la vagina y en la “cola”.

Destaca la profesional cómo más adelante la víctima reiteró que Juan le tocó sus genitales y vuelve a mostrarlo en su cuerpo; incluso, estuvo a punto de despojarse de su pantalón, agregando que le salió sangre. Trató de determinar si el sangrado operó vaginal o anal y pareciera que fue esto último, según lo mostrado por ella.

También anotó la menor, afirma la sicóloga, que *“Juan le ponía un palito”*, metiéndoselo en el cuerpo, con lo cual le causaba mucho dolor, pero no le es posible determinar con qué elemento se produjo esa penetración²⁷.

Por su parte, la doctora Clemencia Ramírez expone cómo la víctima le relató que había una persona, *“Juan”*, que le hacía duro con los dedos en la colita, y que además de eso le tocaba los senos y le daba besos (la menor hizo en el consultorio el ademán del beso):

“Ella dijo que en la colita le había metido un palo y que le hacía muy duro y que le había salido sangre en su colita y que luego se había limpiado las manos con una toalla, con papel higiénico perdón, fue la frase exacta que la niña utilizó”.

“Ella siempre mencionó a Juan, Juan es malo, Juan me hace duro, y en una de las sesiones de evaluación, en la que trabajamos con los muñecos, ella identifica cada una de las personas de la familia, y a un muñeco diferente dice este es Juan y lo lanza con mucha fuerza por el consultorio donde yo estaba haciendo la evaluación.

“Ana Luna mencionó que Juan estaba en su casa, y Juan trabajaba en su casa. Ella no mencionó a otra persona distinta a Juan como abusador de ella”

“Ana Luna presentaba inicialmente, porque la niña ya estaba en tratamiento y se ha recuperado, inicialmente presentaba agitación motora extrema, falta de control de los impulsos, desorganización interna y emocional, indicadores de ansiedad, de depresión, típicos para la infancia como corresponde a un cambio comportamental, y síntomas de desorden de estrés postraumático.

“El relato que me hizo la niña, lo encuentro a la luz de criterios científicos, coherente y creíble totalmente,

²⁷ Record 38.46 minutos.

precisamente en el caso del abuso sexual, que tiene como efecto el comportamiento sexualizado que puede presentar el niño, y Ana Luna ha presentado comportamiento sexualizado, patrón sexual que no corresponde a edad de desarrollo del niño. En el caso de Ana Luna, es creíble una vez que las formas de comportamiento sexual que ella describe, no corresponden a su edad, no podría ser, que una niña de tres años, maneje por ejemplo el comportamiento sexual que acabo de graficar, y la forma como ella actúa, la conducta de la que fue víctima no puede ser considerada, una conducta exploratoria sexual para un niño de tres años. El patrón de comportamiento está por encima de la edad de la niña, entonces eso muestra la credibilidad, además Ana Luna tiene una alta capacidad intelectual, tiene buena memoria, según prueba de desarrollo que hemos hechos. Es perfectamente creíble lo que dijo la niña.

“El relato de Ana Luna no pudo ser inducido por un tercero. La niña ha sido consistente con los relatos en distintos momentos, tanto en la evaluación como en la terapia, la niña ha sido consistente, como digo, en narrar su experiencia y no es posible que una persona externa, le haya dicho esto, porque en estos casos, el relato se hubiera vuelto inconsistente, lo que ella siempre ha sido consistente en el hecho como tal, y a medida que va recordando o que va incorporando elementos dentro de su proceso, va recordando otras cosas que puede ir incorporando, el relato siempre es el mismo y es consistente.”²⁸

“La niña presenta comportamiento sexualizado, o sea que no corresponde a la edad de la niña, este comportamiento tiene que ver con lenguaje sexualizado, o con auto estimulación sexual y con posturas físicas también. Me explico. El niño que es víctima de abuso sexual, empieza un proceso de auto estimulación exagerada, además de esto, posturas como actuando sexualmente, ella lo hizo en dos oportunidades en mi terapia, se frotaba contra los muebles, por ejemplo en la auto estimulación y empezaba a actuar como si fuera una persona mayor, de manera muy seductora, y empezaba a besar la pared, actuando en la forma como se puede estar dando un beso, una persona adulta.”²⁹

Finalmente, la doctora Luz Cristina Jiménez, advierte:

²⁸ Record 39.30 minutos.

²⁹ Record 43.55 minutos.

“En el aparte del examen mental de la niña, que llamaran la atención el afecto ansioso que tenía, la niña estaba ansiosa, y la atención de la niña es dispersa durante toda la evaluación, de resto el examen mental es acorde con la edad de la menor.

La niña sabe expresar sus vivencias de manera acorde con la edad, con las limitaciones y fortalezas que la edad le permite tener. No encontré patología mental que impidiera narrar hechos vividos.

El punto central de la discusión psicológica, que llamó la atención, por un lado el afecto de la menor, que esta ansiosa, es impulsiva, sin embargo cuando la entrevista se inicia, ella va adquiriendo tranquilidad y puede expresarse de una manera adecuada y colaborar con la entrevista. Llama la atención, que la menor identifica a la persona que ella vive como agresor, como Juan siempre lo ha hecho y que eso está respaldado, acompañado de un adecuado respaldo afectivo, la menor siente aversión por esta persona, ansiedad cuando narra lo que le hizo la persona, es clara en decir que eso le ha causado tristeza, a pesar de ser una niña de corta edad, relaciona la persona que lo agredió con lo que en ella ocasionó a nivel emocional, la agresión que dice haber sufrido.³⁰

Las conclusiones de la pericia psicológica, una de ellas que la niña siempre ha relacionado como agresor a una persona de nombre Juan, que si bien no vivía con ellos, sí los frecuentaba, le atribuye cosas negativas que es feo, mala. Para su edad el relato es verosímil, porque tiene coherencia de acuerdo a la edad de la niña, tiene sentido lógico, lo que decía ahora, tenía adecuado respaldo afectivo y es relato claro. Otra cosa encontrada, hay una sintomatología psicológica, que es compatible con lo que la niña dijo haber vivido, tristeza malestar psicológico, aversión hacia la persona agresora y como un sentimiento de vulnerabilidad claro, en el que ella necesita contarse que el papá la protege, la rescata de algo que la está vulnerando. Esa sintomatología que acabo de decir, de acuerdo a lo reportado por la niña y sobre todo por la mamá, ha mejorado relacionado ha pasado tiempo, la niña ha estado en terapia psicológica, todavía hay síntomas presentes.

Respecto a la protección a que hace alusión la niña por parte de su padre, tiene como interpretación, que las fantasías de los niños, no esta mostrando que los niños están inventando,

³⁰ Record 14. 22 minutos.

están mostrando la realidad emocional del niño. En este caso hace descripción que puede ser fantasiosa, lo que se ve detrás es una realidad emocional, la niña se está sintiendo vulnerada por alguien y necesita crear un super héroe para que la proteja del daño que le hicieron.

En cuanto informaciones recibidas de la madre, le menciona algunas síntomas que tiene la niña que coincide con el periodo que estuvo cerca de la persona agresora, que tiene que ver con pesadillas, dificultades digestivas, estreñimiento, retrocesos en el habla, empezó a presentar tartamudeo eso requirió tratamiento, en la noche se despertaba sobresaltada, hubo retrocesos en control de esfínteres, eso llama la atención porque se relaciona con trauma, en los estudios que se han hecho es claro, presentaba insomnio, la mamá cuenta que la niña se quedaba como ida mirando hacia el techo en algunas ocasiones, cuando la niña contó lo sucedido estuvo deprimida irascible, lloraba con facilidad, ha tenido problemas de masturbación compulsiva, algunas conductas sexualizadas con respecto a los niños que tiene a su alrededor.³¹

Una niña de tres años, se considera que a esa edad por el hecho de que los niños están en una capa que se llama preoperacional, en que son capaces de distinguir la figura materna y que hay otras personas, y que han podido explorar el mundo, eso les permite tener la posibilidad de recordar sucesos que les pasaron a nivel personal.

No sobra recalcar, para complementar lo antes referenciado, que también la médica forense encargada de realizar el examen físico a la menor, y la profesional en fonoaudiología actualmente ocupada del tratamiento de la víctima, coinciden en advertir que los síntomas hallados en ella se avienen completamente con el hecho traumático investigado.

Tan amplia exposición de lo dicho por las varias profesionales encargadas de evaluar o tratar a la infante, permite verificar inconcuso que, en efecto, sí fue ella objeto vejámenes

³¹ Record 20.23 minutos.

sexuales que se prolongaron en el tiempo, y su exposición es veraz cuando determina no solo la persona que ejecutó esas conductas, JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA -a quien llama “Juan” y lo refiere trabajando al servicio de la familia-, sino el tipo de maniobras padecidas –besos, tocamientos impúdicos y penetración por vía anal-, en todo coincidentes con los delitos por los cuales se llamó a juicio al procesado.

d) “Declaraciones de Gloria Trinidad perilla y Alexandra Valencia. Falso juicio de existencia por omisión probatoria”

Asiste la razón a la demandante cuando señala que esos testimonios jamás fueron considerados por las instancias para efectos de sustentar la decisión objeto de controversia, pues, de la sola lectura de las sentencias fácil se extracta la total omisión.

Es menester, empero, determinar la trascendencia del silencio, pues, puede suceder que lo dicho por los testigos nada de interés aporte y, en consecuencia, se explicaría natural la ninguna alusión que merecieron de los falladores.

Ocurre, sin embargo, que los declarantes sí ofrecen elementos de juicio valiosos para el objeto del proceso, vale decir, existencia del hecho y consecuente responsabilidad atribuible al acusado.

Los testigos en cita, cabe recordar, trabajaban al servicio de la familia de la víctima para la época de los hechos y pueden dar fe de circunstancias modales y temporo espaciales importantes.

Esto, por cuanto, debe destacarse, el fallo absolutorio de primer grado se funda en la inexistencia de pruebas que certifiquen la materialización del vejamen en la ciudad de Bogotá, en los momentos en los que el procesado conducía en el carro familiar a la víctima, advirtiendo que ni siquiera se conoce cuándo JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA dejó de laborar al servicio de los padres de la afectada. Y la sentencia de segunda instancia señala que ni siquiera se halla demostrado que en cualquier época el procesado mancillara sexualmente a la infante.

En procura de despejar esos profundos interrogantes de las instancias, a la audiencia pública concurrieron Gloria Trinidad Perilla y Alexandra Valencia.

La primera, asevera que trabajó durante cerca de cuatro años al servicio de los padres de la menor, hasta el año 2007, encargándose, entre otras tareas, del cuidado de la infante.

Añade que directamente observó cuando el procesado, en el año 2006, aunque no puede precisar los meses, conducía a terapia del lenguaje, en la ciudad de Bogotá, a la víctima, regresando en horas de la noche.

Recuerda que en el mes de octubre: “...ella (la menor, aclara la Sala) empezó que la iba a llevar a la terapia, ella empezó a llorar y a llorar y que no que ella nos e iba que tonto, qué miedo, qué miedo Juan y que se subía la carro y le daba al carro y eso fue cuando la señora Ana María se fue con él...”

Y agrega que en el mes de noviembre: “Pues yo estaba ahí en la cocina y ella estaba en la sala y ella (la víctima, agrega la Corte) empezó a quitarse toda la ropa y me llamó: “yoya”; yo la voltié a mirar la niña ya estaba sin camisita, estaba solo con los cuquitos, llegué y le dije: “¿nenita por qué hace eso? Y ella me dijo: “yoya, Juan, Juan hace así”; entonces llegó y empezó a correr así en la sala y yo a alcanzarla y se quitó los cuquitos y llegó y empezó a cogerse la vaginita, los pechos y la colita: “yoya, Juan hace así” y se empezó a lamer el brazo y me decía: “yoya, Juan hace así, tonto, tonto, miedo yoya” y empezó a llorar , pues, poquito, ya siguió llorando, llorando y la alcé y le puse un cobertor que había ahí en la sala y la niña empezó a llorar más y más y empezó, decía “yoya, dedos, sangre, dedos, sangre, Juan colita, ayayay, colita””.

Por su parte, Yeny Alexandra García Silva, quien laboró dos años y medio como secretaria en la empresa de propiedad de los padres de la afectada, advierte que JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA, se empleó en calidad de conductor de la familia (a la vez de la empresa): “**hasta noviembre siete del 2006**”³².

³² Récord 58:27

Asiste la razón a la impugnante cuando señala la importancia de lo relatado por las dos testigos en reseña, pues, además de corroborar el estado en el cual se hallaba la menor por ocasión de los vejámenes, permite determinar que efectivamente el procesado condujo a la menor a terapia del lenguaje en la ciudad de Bogotá, hasta comienzos de noviembre de 2006.

Ello, desde luego, desvirtúa lo reseñado por el fallo de primer grado acerca de la imposibilidad de conocer cuándo pudieron ocurrir los hechos que aquí se investigan y, específicamente, el momento en el cual dejó de laborar al servicio de la familia el acusado.

Se tiene como demostrado, entonces, que efectivamente, cuando menos, en el mes de octubre y posiblemente comienzos de noviembre de 2006, el procesado, por lo general sin otro acompañante, llevaba a la menor a terapias de lenguaje en la ciudad de Bogotá.

Además, que la víctima sí se mostró atemorizada por la posibilidad de quedar a solas con el procesado y evitó al máximo que éste la llevara a las terapias en referencia.

Y por último, que la menor, en el mes de noviembre, demostró un comportamiento inusual, con claro contenido sexual, en el cual directamente vinculó al acusado como la fuente de ello.

d) “Error de derecho. Falso juicio de convicción. Pruebas de los padres de la menor, al ser valoradas indebidamente como pruebas de referencia”.

Ya al comienzo del cargo se dejó sentada la condición especial que reviste lo dicho por el infante cuando éste es víctima de delitos sexuales y cómo, incluso, si su testimonio en el juicio resulta contraproducente o dañoso, debe acudirse, para la verificación de lo ocurrido, a lo expuesto por él en otros ámbitos, particularmente, en las entrevistas surtidas previamente.

También se tiene determinado que lo dicho por el menor a los peritos, se introduce directamente por éstos con su dictamen, sin que pueda estimarse prueba de referencia.

Ahora bien, no encuentra la Corte, en lo decidido por la primera y la segunda instancias, una razón de peso, suficientemente argumentada, que permita verificar cuál es la razón por la que se deja de lado lo testimoniado por los padres de la víctima, o en atención a qué se despacha el tema con solo significar prueba de referencia lo dicho por ellos, no obstante hacerse evidente que poseen conocimientos directos, vertidos objetivamente en la audiencia de juicio oral.

Debe, eso sí, precisarse a las instancias que en lo tocante con la prueba de referencia, dos en lo fundamental son las consideraciones a realizar.

La primera, advierte que no por tratarse de prueba de referencia, un determinado elemento suasorio puede ser descalificado o demediado su valor probatorio, pues, claramente la normatividad inserta en la Ley 906 de 2004, delimita que ella puede admitirse, conforme lo establecido por vía excepcional en el artículo 438.

Así mismo, en segundo término, que la limitación probatoria de la prueba de referencia, dentro de la que ha denominado la Corte tarifa legal negativa, conduce únicamente a prohibir que la condena se fundamente exclusivamente en éste tipo de medio³³.

En conclusión, si se tiene prueba de referencia admisible, pero a la par de ella se alzan otros elementos de prueba que en su conjunto verifiquen la existencia del delito y correspondiente responsabilidad del procesado, ningún cuestionamiento puede hacerse, ni mucho menos descalificarse, *per se*, ese medio indirecto.

Entonces, para el caso concreto, si ya se tiene claro, conforme lo fundamentado en líneas precedentes, cuando se abordaron los otros cuatro subcargos del cargo cuarto, que se han allegado variados medios probatorios encaminados a definir la existencia del delito y consecuente participación del procesado, incluso definiéndose ostensible que el fallador de primera instancia yerra cuando advierte que la menor no relacionó ningún

³³ Reza el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

tipo de vejamen en el juicio oral, y también se ha clarificado que el Tribunal carece de razón cuando señala que al acusado nunca se le ha atribuido algún comportamiento de connotación rijosa, aparece gratuita la manifestación, jamás desarrollada, de que solo se cuenta con lo dicho por los padres de la infante, cuando ni siquiera se detalla por qué se entiende prueba de referencia la atestación de los progenitores de la afectada.

Hecha la precisión, debe la Sala significar que lo expresado por los padres de la menor, de ninguna manera puede entenderse prueba de referencia, pues, como lo señala la casacionista, no se trata de reemplazar con sus dichos lo que no pudo conseguirse ante la imposibilidad de que el testigo directo, diríase la víctima, concurriese a la audiencia de juicio oral, o no fuese factible recibir su atestación.

Es claro que la víctima declaró directamente, ora en el juicio oral, ya a través de las entrevistas surtidas ante las sicólogas, la médica legista y la fonoaudióloga; y todas esas aseveraciones ingresaron legalmente al conocimiento del juez, referidas las mismas, cabe agregar, a lo padecido y la intervención en ello del acusado.

Los principios de inmediación y contradicción, entonces, se hallan completamente a salvo, dado que, se repite, el testigo directo concurrió a la diligencia.

Sucede, sin embargo, que los padres de la menor, precisamente por su condición de infante, pueden contextualizar esa declaración suya y, además, refieren lo que les fue dado percibir directamente acerca del comportamiento de su hija respecto del procesado, para no hablar de los datos referidos a fechas y lugares.

Bajo esa especial condición, los padres de la afectada entregan elementos de juicio valiosos, en tanto, si ya la menor directamente señaló, desde luego, con las limitaciones de su edad y acorde con lo que es posible interpretar gracias a lo contextualizado por las sicólogas encargadas de entrevistarla, que fue objeto de mancillamiento sexual a manos del acusado, lo referido por los padres acerca de los lugares y momentos en que tal sucedió, permite conocer esos aspectos imposibilitados de relatar por la víctima, operando no de referencia, sino complementario.

Así como las sicólogas se hacen necesarias para delimitar el entorno y significado de lo manifestado por la menor, el testimonio de sus padres permite entender de manera más acabada qué fue lo padecido por la infante, cuándo se ejecutaron los hechos y cómo reaccionó ella frente a los mismos, hasta conformar, todo ello, el haz probatorio requerido para definir la responsabilidad penal del procesado.

Y, en efecto, si se mira lo dicho por los padres de la menor, con ello, por sí solo, no está sustentándose que ésta fue vejada,

ni mucho menos que lo acontecido vino consecuencia de lo ejecutado por el acusado, en tanto, como en precedencia se ha dilucidado ampliamente, lo declarado directamente por la menor permite llegar a esas conclusiones, aunque, desde luego, lo percibido directamente por los progenitores de la víctima, corrobora esas conclusiones.

Pero, como la primera instancia echó de menos una concreta definición temporo espacial, con lo referido por las empleadas de la familia, analizado en el subcargo precedente, y los padres de la menor, se puede llegar a ese conocimiento, así sea por vía inferencial.

En efecto, ya se tiene claro que, cuando menos, en el mes de octubre y comienzos de noviembre de 2006, el procesado directamente conducía a la menor hasta la ciudad de Bogotá, en el vehículo familiar, para que recibiera terapias de fonoaudiología, permaneciendo con ella varias horas, hasta después de caer la noche.

También se conoce que en el mes de noviembre, poco después de que se despidiera al acusado, por un robo continuado, la víctima evidenció un inusual comportamiento sexual, como lo sostuvo la encargada de cuidarla en la vivienda, refiriendo directamente al procesado como quien la inició en ese tipo de conductas.

Se sabe, igualmente, que la afectada mostró en una ocasión su aversión a que el acusado la trasladara a Bogotá, negándose a subir al vehículo.

Pues bien, a eso debe agregarse lo expresado por los padres de la menor, que en concreto remite a lo siguiente:

-Efectivamente su hija, de manera inusual, en una ocasión entró en pánico cuando el procesado iba a conducirla a la terapia: *“la niña se atacó a llorar, a patalear y gritaba insistentemente “Juan me da miedo””*³⁴

-Describe también la madre de la menor una circunstancia bastante particular que referencia la aversión actual de la menor por abordar el vehículo familiar. A pregunta de cuál fue el automotor usado para transportar a su hija a las terapias, señaló:

“La llevaba en un Mazda 626 y también en otra camioneta que luego compramos, una Ford, como una Wagon vieja, como las que usan como los diplomáticos, de esas viejas para transportar gente. Incluso (...) es la hora que así el carro esté parado, ella está dormida dentro del carro, yo lo paro para abrir el garaje o para llegar a algún sitio y le tiene pavor a quedarse sola dentro del carro; ese carro quedó, pues, que...no el Mazda, el 626, ese, no quería subirse más en ese carro.”

-De igual manera, se establece clara relación entre el traslado a las terapias de fonoaudiología y un evidente retroceso en el proceso de desarrollo de la infante, cuando su padre manifiesta:

³⁴ Récord 41:48

“...ya venía progresando en la terapia. Habíamos tenido una mejoría notoria y ese día llegó a la casa que no podía pronunciar palabra, le pregunté la doctora, nadie me podía dar una explicación. Hoy en día es bastante claro para mí lo que sucedía en esas idas a Bogotá con Juan Gabriel Peña Mejía, a las terapias”

Y ello es ratificado por la madre de la víctima.

“...ella hablaba del carro y hablaba de la casa de Juan, pero habló del carro tanto que en una de esas idas a la fonoaudióloga tuvo un retroceso supremamente grande e incluso yo bajé a hablar con Aixa, porque, pues, nos pareció muy raro que estaba adelantando su tartamudeo y de pronto hizo como un retroceso...”.

Para la Sala, la importancia de lo dicho por los padres radica en que permite singularizar los hechos ocurridos en Bogotá, para diferenciarlos de los que se investigaron en La Calera.

A ese efecto, está claro, a diferencia de lo dicho en el fallo de primer grado, que el único elemento de juicio arrimado a efectos de obtener esa discriminación geográfica, no lo es el de que la menor se mostró reacia a abordar el automotor donde se le conduciría a la terapia, pues, además de ello, para certificar que el impacto emocional no viene dado solo por estar en presencia del procesado, sino en razón al lugar donde se realizó el vejamen, también se tiene probado que la menor no soporta permanecer en el vehículo Mazda 626; y, para mayor precisión en el señalamiento del lugar dónde se desarrollaban los vejámenes de los últimos meses de 2006, advirtieron sus padres que la afectada, en lugar de mejorar, experimentó retroceso cuando era

trasladada a la ciudad de Bogotá para las respectivas terapias, en muestra evidente de que algo traumático frenaba su desarrollo.

Por lo demás, como regla de experiencia obligada de plasmar aquí, si no se discute que efectivamente la menor era objeto de mancillamiento sexual por parte del acusado, cuando podía él permanecer a solas con ella en el municipio de La Calera, sea que la trasladara al jardín infantil o la llevase a casa de su progenitora (del procesado), resulta imperioso señalar que apenas natural resultaba reiterar ese tipo de comportamiento salaz en los frecuentes viajes a Bogotá, cuando nadie importunaba y podía pasar varias horas a solas con la niña.

Por entero creíble asoma, de ésta forma, lo dicho por el padre de la menor acerca de lo confiado por ella una vez se supo lo ocurrido:

“...de hechos sucedidos en el carro, que Juan la sentaba en las piernas, que le decía que si quería manejar y le tocaba todo, es horrible que le metan los dedos por la cola y le saquen sangre, es horrible que le peguen puños en la barriga y en el tórax, que le pasen la lengua por todo el cuerpo incluyendo sus genitales, también es horrible que una niña de tres años, se refiera a esa persona como inmunda , asquerosa, horrible, todo lo que ha dicho es horroroso.”

Incurrió el Tribunal, acorde con lo visto, en el yerro de derecho puesto de presente por la demandante, falso juicio de convicción, dado que estableció como de referencia una prueba directa y aplicó tarifa legal negativa a la misma, desconociendo

que otros muchos elementos de juicio se aportaron para determinar inconcusa la responsabilidad del acusado.

TRASCENDENCIA DE LOS YERROS

Evidente que los falladores incurrieron en graves omisiones probatorias, apenas cabe agregar que esas omisiones, dentro de la característica especial que en cada subcargo se detalla, incidieron profundamente en la definición del asunto, al extremo de soportar el fallo absolutorio.

Si de verdad las instancias se hubiesen preocupado por abordar adecuadamente cada elemento probatorio allegado a la audiencia de juicio oral, examinando el conjunto probatorio dentro del contexto que le corresponde, la decisión habría sido condenatoria, pues, además de convergentes y coincidentes, las declaraciones de testigos legos y expertos indefectiblemente conducen a señalar que la menor fue objeto de reiterados y variados vejámenes sexuales, advertidos por ocasión de su comportamiento inusual, el retroceso en su desarrollo y la manifestación directa que de lo sucedido hizo; que esos vejámenes incluyeron acceso carnal, dentro de la concepción amplia que del mismo consagra el C.P.; que algunas de esas conductas se ejecutaron en la ciudad de Bogotá, durante el mes de octubre y comienzos de noviembre de 2006, cuando el procesado trasladaba a la menor a terapias de lenguaje; y que los hechos deben radicarse en cabeza de JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA, a quien de forma monocorde y reiterada señaló la menor.

No cabe duda, para la Sala, que el acusado cometió los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo con incapacidad de resistir, pues, no sólo se realizaron tocamientos libidinosos, sino que por la zona anal de la menor se introdujo un cuerpo duro. Ello, aprovechando la corta edad de la víctima, tres años, circunstancia que por sí sola (dada la imposibilidad física y síquica de resistir) facultaba impune el mancillamiento, sin necesidad de recurrir a otros medios.

Desde luego que la conducta reiterada atribuida al procesado comporta un daño efectivo y evidente, para efectos de estimar cubierto el presupuesto de antijuridicidad material, asunto que se despacha con apenas conocer el efecto traumático que ello ocasionó en la menor, no solo por virtud de los comportamientos inusuales adoptados, sino en atención al ostensible desdoro en su desarrollo, ampliamente descrito por las profesionales que han atendido su situación.

Debe entenderse, además, que el procesado actuó dolosamente, con pleno conocimiento de la naturaleza delictuosa de su comportamiento y voluntad libre para la abstención, de haber sido ese su querer.

En consecuencia, la Corte casará la sentencia recurrida y actuando como Tribunal de instancia proferirá la que habrá de reemplazarla, siendo esta de carácter condenatorio en contra de JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA, propósito para el cual se registrá

por la normatividad vigente para la fecha de la comisión del reato, esto es, los artículos 210 y 211 -numerales 2° y 4°- de la Ley 599 de 2000, en concordancia con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Es necesario puntualizar, previo a proceder a la dosificación punitiva, que la decisión de la Corte, revocando lo decidido, en cuanto fallos absolutorios, por la primera y segunda instancias, corresponde cabalmente a su función y a lo que la casación informa como finalidad, en tanto, expresamente el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, arriba transcrito, advierte que el recurso extraordinario *“pretende la efectividad del derecho material”*.

Entonces, si gracias a lo argumentado por la parte demandante y por consecuencia de la verificación integral efectuada por la Sala, claro se tiene que las instancias incurrieron en errores trascendentes a cuya consecuencia se profirió la absolución, apenas cabe reparar el agravio causado a la víctima, haciendo efectivo ese derecho material que le corresponde, irradiado por las pruebas y su adecuada auscultación.

Ahora bien, conforme se reseñó en la acusación, se procede por la conducta punible de **ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR**, definida y sancionada en el Código Penal (Ley 599 de 2000), Libro Segundo, Título IV (delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales), Capítulo Segundo, artículo 210, incisos 1° y 2°, con penas de cuatro (4) a ocho (8) años, y de tres (3) a cinco

(5) años de prisión, respectivamente, que se aumentarán de una tercera parte a la mitad, por concurrir las circunstancias de agravación de los numerales 2° y 4° del artículo 211 Ibidem, y a su vez estas proporciones se incrementarán de una tercera parte a la mitad, por virtud del artículo 14 de la Ley 890 de 2004

Las causales de agravación imputadas, corresponden, en su orden, a que el responsable *“tenga cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”* y a que la conducta se realizó *“sobre persona menor de doce (12) años”*.

La primera de las agravantes específicas, en el caso concreto, deriva de que en razón a su condición de conductor de la familia por bastante tiempo, el procesado recibió plena confianza de los padres de la menor y de ésta misma, al punto de permitirle llevarla, pese a su corta edad, sin otra compañía hasta la ciudad de Bogotá, circunstancia que, no cabe duda, facilitó la consumación de los delitos examinados.

La segunda, surge objetiva, sin necesidad de mayores lucubraciones, por el solo hecho de que la víctima descontaba, para la época en la cual se realizaron los vejámenes, apenas tres años de edad.

Adentrados en la tarea de dosificación, se fijará, en primer término, la pena principal privativa de la libertad, para lo cual se

apelará a los criterios orientadores de los artículos 60 y 61 del citado estatuto.

La norma básica, establece dos conductas con marcos punitivos diferentes. Es de anotar que ambos comportamientos le fueron imputados al acusado, por lo que se procede por un concurso entre varios accesos carnales y otros tantos actos sexuales abusivos con incapaz de resistir.

Teniendo en cuenta las reglas del concurso, en los términos del artículo 31 del Código Penal, es claro que para efectos de la dosificación de la pena, debe delimitarse cada una de ellas, con el fin de establecer cuál es la mas grave.

Para el caso del acceso carnal abusivo, el marco punitivo, tomando como soporte los límites establecidos en el citado artículo 210-1, es de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, los cuales deberán ser aumentados de una tercera parte a la mitad, en virtud de las agravantes del artículo 211.

Como se trata de dos proporciones determinadas que agravan la sanción, el menor aumento se aplica a la pena mínima y viceversa. De esta forma, si la tercera parte de cuatro (4) años es un (1) año y cuatro (4) meses y la mitad de ocho (8) años son cuatro (4) años, la pena oscilaría entre sesenta y cuatro (64), y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión.

A su vez, estos topes se incrementarán de la tercera parte a la mitad, por razón del artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Aplicando la misma regla, tenemos que si la tercera parte de sesenta y cuatro (64) meses son veintiún (21) meses y diez (10) días y la mitad de ciento cuarenta y cuatro (144) meses son setenta y dos (72) meses, el nuevo ámbito de movilidad determina una pena oscilante entre ochenta y cinco (85) meses y diez (10) días, y doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Así, para definir los cuartos de movilidad punitiva, es menester tener en cuenta, a continuación, que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay ciento treinta (130) meses y veinte (20) días, lo cual quiere significar que cada cuarto es de treinta y dos (32) meses y veinte (20) días. La operación respectiva arroja el siguiente resultado: el primer cuarto oscila entre 85 meses y 10 días, y 118 meses de prisión, los cuartos medios van de 118 a 150 meses y 20 días de prisión, y de este guarismo a 183 meses y 10 días de prisión, en tanto que el último cuarto parte de 183 meses y 10 días de prisión y asciende a 216 meses de prisión.

El marco punitivo debidamente ilustrado es como sigue:

85 m 10 d como mínimo	a	216 m como máximo
CUARTO MINIMO	CUARTOS MEDIOS	CUARTO MÁXIMO
32m 20d	65m 10d	32m 20d
85m 10d a 118 meses	118m a 150m 20d y de 150m 20d a 183m 10d	183m 10d a 216 meses

Ahora bien, como al momento de la acusación no fueron deducidas circunstancias de mayor punibilidad y por el contrario, concurre la ausencia de antecedentes penales del procesado como circunstancia de menor punibilidad –art. 55 num. 1° C.P.-, es obvio que la Sala debe ubicarse en el cuarto mínimo. Empero, dentro del mismo se apartara de la pena menor, ya que debe mirarse la mayor gravedad del hecho, que se desprende de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon su comisión, y del daño real causado, que en este evento se traduce en el demostrado retroceso en la capacidad de habla de la menor víctima, las dificultades de aprendizaje y concentración, y las manifestaciones de sexualidad desbordada; todo ello documentado en el proceso por la profesional encargada de atender sus males.

Junto con lo anotado, tampoco puede soslayar la judicatura, cómo la agravación específica del delito operó por doble vía (numerales 2 y 4), circunstancia que desde luego hace más reprochable la conducta y amerita condigna sanción.

En este orden de ideas, la pena a imponer por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir será de ciento dieciséis (116) meses de prisión.

Ahora, procede dosificar la sanción para el ilícito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, cuyo ámbito punitivo, según el inciso 2° del citado artículo 210 de la Ley 599 de 2000

está fijado entre tres (3) y cinco (5) años de prisión, los cuales, deberán ser aumentados de una tercera parte a la mitad, en virtud de las agravantes del artículo 211 *Ibidem*.

Como se trata de dos proporciones determinadas que agravan la sanción, tal como se anotó con antelación, el menor aumento se aplica a la pena mínima y viceversa. De esta forma, si la tercera parte de tres (3) años son doce (12) meses y la mitad de cinco (5) años son treinta (30) meses, la pena oscilaría entre cuarenta y ocho (48) y noventa (90) meses de prisión.

A su vez, estos topes se incrementarán de la tercera parte a la mitad, por razón del artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Aplicando la misma regla, tenemos que si la tercera parte de cuarenta y ocho (48) meses son dieciséis (16) meses y la mitad de noventa (90) meses son cuarenta y cinco (45), el nuevo ámbito de movilidad determina una pena oscilante entre sesenta y cuatro (64), y ciento treinta y cinco (135) meses de prisión.

Así, para definir los cuartos de movilidad punitiva, es menester tener en cuenta, a continuación, que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay setenta y un (71) meses, lo cual quiere significar que cada cuarto es de diecisiete (17) meses y veintidós (22) días. La operación respectiva arroja el siguiente resultado: el primer cuarto oscila entre 64 meses, y 81 meses y 22 días de prisión, los cuartos medios van de 81 meses y 22 días de prisión a 117 meses y 6 días de prisión, en tanto que el último

cuarto parte de 117 meses y 6 días de prisión y asciende a 135 meses de prisión.

El marco punitivo debidamente ilustrado es como sigue:

64 m como mínimo a 135 m como máximo

CUARTO MINIMO	CUARTOS MEDIOS	CUARTO MÁXIMO
17m 22d	35m 14d	17m 22d
64 m a 81m 22d	81m 22 d a 99m 14d y de 99m 14d a 117m 6d	117m 6d a 135 meses

Ahora bien, reitérese que como al momento de la acusación no fueron deducidas circunstancias de mayor punibilidad y por el contrario, concurre la ausencia de antecedentes penales del procesado como circunstancia de menor punibilidad –art. 55 num. 1° C.P.-, es obvio que la Sala debe ubicarse en el cuarto mínimo y dentro de él, acudiendo a las mismas razones que se esbozaron para establecer la pena aplicable para el delito de acceso carnal abusivo, se apartara de la sanción menor.

Es decir, se tiene en cuenta la mayor gravedad del hecho, que se desprende de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon su comisión y del daño real causado, que en este evento, como ya se dijo, se traduce en el demostrado retroceso en la capacidad de habla de la menor víctima, las dificultades de aprendizaje y concentración y las manifestaciones de sexualidad desbordada.

Además, tampoco puede soslayarse, cómo la agravación específica del delito operó por doble vía.

En este orden de ideas, la pena a imponer por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir será de ochenta (80) meses de prisión.

De los anteriores razonamientos, se obtiene que la pena más grave dosificada es la de 116 meses de prisión, que corresponde al delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, de la cual se partirá para aumentarla hasta en otro tanto, de acuerdo a lo que enseñan las reglas del concurso, en el artículo 31 del Código Penal.

Así las cosas, sobre la pena básica de ciento dieciséis (116) meses de prisión, se hará un aumento de setenta (70) meses, por tratarse de un concurso heterogéneo y homogéneo de conductas punibles.

Lo anterior quiere significar que en definitiva, el acusado JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA purgará pena principal privativa de la libertad de ciento ochenta y seis (186) meses, es decir, de quince (15) años y seis (6) meses de prisión, lo cual hará en el establecimiento de reclusión que determine el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-.

En el mismo orden de ideas, la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se fijará en igual monto al establecido para la pena principal.

De otro lado, el *quantum* de la pena privativa de libertad finalmente determinada, no viabiliza en favor del sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la condena consagrada en el artículo 63 del Código Penal de 2000, por cuanto la pena de prisión impuesta excede de tres años, ni tampoco la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 *ibídem*, dado el incumplimiento de la exigencia objetiva, como quiera que la pena de prisión prevista en la ley para el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir supera los cinco años, razón por la cual deberá purgarla en el establecimiento que asigne el INPEC, como se anunció con antelación.

No obstante lo anterior, al procesado se le abonará, como parte cumplida de su pena, el tiempo que estuvo detenido en razón de este proceso.

En lo que corresponde a los perjuicios de todo orden causados con el delito y la posibilidad de adelantar el incidente de reparación integral, debe atenderse a lo consignado en el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006, en cuanto señala:

“INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS PROCESOS EN QUE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS ADOLESCENTES SON VÍCTIMAS. *En los procesos penales en*

que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el Defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.”

Ello significa, dado que contra éste fallo de casación no se facultan recursos, que una vez notificado el mismo y dentro de los 30 días siguientes, podrán los padres de la víctima solicitar el inicio del incidente de reparación integral ante el juzgado de primera instancia.

Resta decir que a los sujetos procesales se les advertirá, como arriba se anotó, que contra el presente fallo no procede recurso alguno y que una vez quede en firme el mismo la actuación se enviará al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, con el fin de que vigile el cumplimiento de las penas aquí impuestas.

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

Primero: CASAR la sentencia de fecha y contenido reseñados en la parte motiva.

Segundo: CONDENAR al procesado JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA, en calidad de autor penalmente responsable de los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravados, a la pena principal de CIENTO OCHENTA Y SEIS (186) MESES DE PRISIÓN.

Tercero: Se fija en el mismo lapso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cuarto: NEGAR al condenado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria. Expídase de inmediato orden de captura en su contra.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese y cúmplase

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria