



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada Ponente

SP-2541-2021

Radicación n° 52171

CUI 91001600042320120007601

(Aprobado acta n.° 158)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio dos mil veintiuno (2021).

1. EL ASUNTO

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ en contra del fallo proferido el 29 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que revocó la sentencia absolutoria proferida el 25 de mayo del mismo año por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Leticia y, en su lugar, lo condenó por el delito de acceso carnal violento agravado.

2. HECHOS

Por el sentido de la decisión que tomará la Sala, se relacionarán los incluidos por la Fiscalía en la acusación:

Inició la presente investigación con base en la denuncia instaurada el día 23 de mayo de 2012, por la señora NANCY TANGO A AIMANI, madre de la menor A.P.D.C.T., quien refiere que su hija había sido abusada sexualmente por su padre MANUEL DEL CASTILLO y por un señor de nombre EUSTACIO, y que el día 23 de mayo de 2012, se enteró que la menor también fue abusada sexualmente por los hermanos FONSECA FERNÁNDEZ, hijos de la señora OLGA FERNÁNDEZ, quien era la curaca del kilómetro seis, cuando la menor residía con su padre en el kilómetro seis.

Es necesario aclarar que en principio a la señora NANCY TANGO A, se le recibió denuncia, a la que le correspondió el número (...), pero de la lectura que en su momento se hiciera del caso, como quiera que se trataba de tres indiciados y que los hechos ocurrieron en momentos diferentes, por parte de la Fiscalía el 9 de octubre de 2012, se dispuso la ruptura de la unidad procesal, para investigar separadamente la conducta de la que fue objeto la menor, por parte de JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ, correspondiéndole el caso (...).

Adelantada la investigación, la menor A.P.D.C.T., refirió en entrevista que aproximadamente para el mes de agosto de 2010, cuando vivía con su papá, en el kilómetro seis JHON NIVALDO,

llegó a su casa a solicitar una película, ella le contestó que su padre no se encontraba, quien la tomó por la fuerza, la ingresó a la habitación, le asestó un puntapié, le quitó la ropa y se la quitó, la lanzó a la cama de su progenitor, y allí abusó sexualmente de ella. Para la época de los hechos la menor tenía doce años.

(...)

La Fiscalía formuló imputación en contra del señor JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ, a título de presunto autor del delito de acceso carnal violento, descrito en el artículo 205 del Código Penal. Conducta agravada, por la circunstancia descrita en el numeral cuarto del artículo 211 del Código Penal (...).

3. ACTUACIÓN PENAL RELEVANTE

Por estos hechos, el 24 de febrero de 2014 la Fiscalía le formuló imputación a JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ por el delito de acceso carnal violento agravado, previsto en los artículos 205 y 211 -numeral 4º- del Código Penal. Lo acusó en los mismos términos.

El 25 de mayo de 2017 el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Leticia lo absolvió.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, el Tribunal Superior de Cundinamarca revocó el fallo absolutorio y, en su lugar, lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas por el término de 192 meses, por hallar probado el delito objeto de acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria. Lo anterior, mediante proveído del 15 de noviembre de 2017, que fue objeto del recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo: *“violación directa de la ley sustancial”*.

En este apartado, el censor incluyó varios aspectos: (i) la juez que dirigió el juicio no fue la misma que emitió la sentencia, y aunque la misma fue absolutoria, la falladora no presentó una argumentación suficiente para que esa decisión fuera confirmada en segunda instancia; (ii) el Tribunal no abordó el problema jurídico principal, conclusión que no fue desarrollada; (iii) igualmente, le atribuye que no consideró las múltiples inconsistencias del relato de A.P.D.C.T., aunque no especifica cuáles; y (iv) el Tribunal no tuvo en cuenta el momento en que los abusos se pusieron en conocimiento de las autoridades, ni el hecho de que la madre del procesado fue quien propició la intervención estatal a favor de la menor.

En el **segundo cargo**, invocó la causal tercera de casación.

Allí manifestó que: (i) en el informe suscrito por la psicóloga Angarita Monroy, donde se alude a la denuncia, no se incorporan datos que comprometan penalmente a JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ; (ii) en el reporte elaborado por Salazar Celis se menciona “*tangencialmente*” a Jhon”, pero no se incluyen circunstancias de tiempo, modo y lugar atinentes al abuso por el que este fue llamado a responder penalmente; (iii) se refiere de nuevo a las inconsistencias del relato de A.P.D.C.T., aunque no las precisa; (iv) para la fecha de los hechos no estaba vigente la Ley 1652 de 2013, ni se había proferido la jurisprudencia invocada por el Tribunal, relacionada con la posibilidad de incorporar como prueba de referencia las declaraciones anteriores al juicio oral; (v) la necesidad de proteger a los niños no puede dar lugar al “*atropello*” de los derechos del procesado; (vi) no se cumplió el deber de proteger a la víctima, pues la Fiscalía la sometió a varias entrevistas; (vii) en esas entrevistas no se indagó por los datos morfológicos del agresor, ni se tuvieron en cuenta las incoherencias a que alude la investigadora Salazar Celis; (viii) en el mismo yerro incurrió el investigador Mendoza Burbano, pues no indagó por las características del abusador ni realizó labores de vecindario orientadas a corroborar el dicho de la niña; (ix) a pesar de su déficit cognitivo, la menor se refirió con amplitud a los abusos del padre, mas no a los atribuidos a FONSECA FERNÁNDEZ; (x) el informe del psiquiatra fue “*acomodado a este caso*”, pues el estrés postraumático se ajusta a los delitos cometidos por el padre de la niña, pero no a lo que concierne al procesado; (xi) los entrevistadores de la Fiscalía no acataron los lineamientos

del protocolo SATAC; y (xi) el test de veracidad de las declaraciones debe hacerse a la luz de los métodos conocidos como CBCA y SVA, que no fueron aplicados en este caso.

Más adelante, agregó: (i) Salazar Celis compareció como investigadora y no como experta; (ii) Fontecha Bello fue citada al juicio oral para introducir el reporte de su compañera; (iii) la menor fue “*adoctrinada*” para que implicara a su representado; (iv) A.P.D.C.T. construyó dos relatos en los que involucró el intercambio de películas, y en uno de ellos asegura que fue ella quien compareció a la residencia de los hermanos FONSECA FERNÁNDEZ para reclamar el video; y (v) aunque la menor aseguró que le contó todo a un amigo llamado Rey, este nunca fue llamado a declarar. Esto, entre otros planteamientos que serán relacionados en cuanto resulte necesario para solucionar el caso.

Con fundamento en lo anterior, solicita casar el fallo impugnado.

5. ALEGATOS Y RÉPLICAS

El defensor destinó la primera parte de su escrito a solicitar que, por favorabilidad, la Corte analice a fondo los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena, sin las

exigencias técnicas del recurso de casación, para garantizar el derecho a la doble conformidad.

Por demás, reitera, en esencia, los copiosos argumentos expuestos en la demanda. Agrega que en este caso, sin fundamento alguno, la declaración de A.P.D.C.T. se incorporó como prueba de referencia, cuando lo procedente era la citación de la testigo al juicio oral, máxime si se tiene en cuenta que para ese entonces ya era mayor de edad.

De nuevo, se refirió a las falencias investigativas de la Fiscalía, lo que impidió corroborar los hechos; a las contradictorias versiones rendidas por A.P.D.C.T; y a las críticas que merecen las opiniones emitidas por los profesionales presentados por la Fiscalía como testigos de cargo.

Por su parte, la procuraduría considera que se debe desestimar la pretensión del impugnante, ya que el Tribunal acertó al considerar que: (i) la vulnerabilidad de A.P.D.C.T. justificaba el ingreso de sus declaraciones anteriores a título de prueba de referencia; (ii) la Fiscalía cumplió dicho cometido a través de los investigadores que presentó en el juicio oral; (iii) el psiquiatra Buitrago Cuéllar concluyó que *“el relato de la adolescente es coherente, espontáneo, con respaldo emocional adecuado, todo lo cual, junto con la reactivación de malestar emocional cuando recuerda los*

hechos, sugiere que lo referido corresponde a vivencias que le produjeron un impacto significativo”; (iv) la menor fue capaz de diferenciar los hechos atribuidos a su padre, de aquellos perpetrados por otros sujetos, entre ellos FONSECA FERNÁNDEZ; y (v) las psicólogas que evaluaron a la niña hallaron síntomas compatibles con el abuso sexual.

A renglón seguido, se refiere a las imprecisiones del memorialista en la selección de las causales y el desarrollo de los cargos.

De otro lado, la delegada de la Fiscalía solicitó a la Sala realizar un estudio profundo de los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena, sin someter el asunto a los rigores técnicos de la casación, para garantizar el derecho a la doble conformidad.

Dicho ello, solicitó no casar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

Primero, porque el censor plantea una nulidad, derivada de que la juez que dirigió la práctica de las pruebas no fue la misma que profirió la sentencia, sin tener en cuenta el desarrollo vigente de esta temática, especialmente en el ámbito de los principios de concentración e inmediación.

Puntualmente, porque no explicó el daño efectivo que se generó con dicho cambio.

Luego, resaltó el error de elegir la causal primera para rebatir los fundamentos fácticos del fallo.

Sobre la vigencia de la ley y la jurisprudencia invocadas por el Tribunal para sustentar la admisibilidad de las entrevistas a título de prueba de referencia, resalta que el censor omitió considerar que la protección especial de los niños está prevista en otras normas, vigentes para cuando ocurrieron los hechos, como es el caso del *“Código de la Infancia y la Adolescencia”*.

A continuación, sostiene que las versiones rendidas por A.P.D.C.T. por fuera del juicio oral contienen información suficiente para concluir que JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ realizó la conducta por la que fue acusado.

Luego de referirse a los aportes hechos por la investigadora Salazar Celis y la psicóloga Fontecha Bello, especialmente en lo que concierne al déficit cognitivo de A.P.D.C.T., tilda de infundadas las críticas del censor, atinentes a la no utilización de los instrumentos denominados CBCA y SVA, pues no tuvo en cuenta que los

mismos no cuentan con suficiente respaldo científico, como lo ha planteado esta Corporación.

Señaló, igualmente, que la labor realizada por la psicóloga Angarita Monroy no estaba orientada a obtener información sobre los hechos, sino a realizar un diagnóstico y un apoyo psicológicos, lo que le permitió concluir que A.P.D.C.T. no contaba con herramientas suficientes para elaborar mentiras.

Considera infundados lo expuesto por el censor sobre los errores en la cadena de custodia de la segunda entrevista rendida por A.P.D.C.T., ya que los registros dan cuenta de que dicho documento fue autenticado suficientemente por el policial Mendoza Burbano.

En la misma línea, consideró intrascendente que no se haya indagado por la descripción física del agresor, *“en tanto el protocolo SATAC aceptado en Colombia, y por ser una regulación semiestructurada, permite ser modificado en consideración a las competencias comunicativas de la víctima”*. Concluyó lo mismo frente a la omisión sobre las labores de vecindario, *“primero, porque claramente fue refutado en el estadio procesal correspondiente y, segundo, porque ello no logra demostrar la trascendencia del posible error en la valoración probatoria realizada por el colegiado”*.

Finalmente, desestimó las críticas hechas a la opinión del psiquiatra Jorge Enrique Buitrago Cuéllar, por cuanto el censor

Intenta al mismo tiempo y sin metodología alguna, explicar que la conclusión a la que llegó el galeno resultó desventajosa para su prohijado, al relacionar la coherencia y espontaneidad del relato de la menor conforme su adecuado respaldo emocional, así como la posibilidad de diferenciar cada uno de los diversos actos abusivos, y a FONSECA FERNÁNDEZ como su agresor, sin que la Fiscalía advierta incongruencias entre lo dicho y lo sustentado por el profesional en el juicio, como infructuosamente lo pretendió hacer ver el impugnante.

Tampoco comparte la Fiscalía la censura del demandante, al indicar que el dictamen “fue acomodado” en la sustentación, ya que de la lectura del penúltimo párrafo del informe pericial (...) se explicita: “haber sido sometida por la fuerza a acceso carnal por parte de tres sujetos, hermanos entre sí, JHON FONSECA, LUIS FONSECA y LEO FONSECA, cada uno de ellos en dos oportunidades”. Además, allí se indicó que el concepto médico legal se realizó con base en, (i) la entrevista realizada a la menor y (ii) la totalidad de la información que reposaba en el expediente, que además le fue allegada con la petición, por lo que no se avizora un alcance objetivo diferente que permite señalar algún error del colegiado, ni un sentido que no corresponda a su contenido fáctico, especialmente por la calidad de la prueba directa que la Corte le confiere al dictamen como elemento de persuasión.

Tras resaltar que durante el juicio se demostró suficientemente la existencia de una desfloración antigua, lo que confirma la materialidad del delito, concluyó:

Para la Fiscalía el Tribunal realizó un juicioso y detallado análisis sobre las pruebas que se evacuaron en el juicio, sin que tenga cabida lo aquí pretendido por el defensor, en el sentido de que el juez colegiado hubiere distorsionado o tergiversado el contenido de las mismas para concluir, como acertadamente lo hizo, que el acceso carnal violento agravado, perpetrado en persona menor de 14 años, (i) fue acreditado con suficiencia, (ii) que su víctima fue la menor APCT y (iii) que JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ fue su agresor.

Por último, el apoderado de la víctima se adhirió a la petición de la Procuraduría y la Fiscalía, toda vez que: (i) en el primer cargo el censor se refirió a una supuesta falta de motivación, sin explicar en qué consistió la misma; y (ii) el impugnante no cumplió las cargas argumentativas desarrolladas por la jurisprudencia para sustentar los errores de hecho que insinuó.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Cuestión previa

Los desaciertos de la demanda se entienden superados con su aceptación, como pacíficamente lo ha expresado la Sala de tiempo atrás, máxime si se tiene en cuenta que la primera condena fue emitida por el Tribunal, lo que obliga a realizar un análisis detallado de los fundamentos fácticos y

jurídicos de la condena, en orden a garantizar el derecho a la doble conformidad.

6.2. Delimitación del debate

La Fiscalía incurrió en múltiples equivocaciones en el manejo del presente asunto, que se vieron reflejados en la imposibilidad de demostrar más allá de duda razonable que JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ realizó la conducta referida por el Tribunal en el fallo confutado, tal y como se explicará más adelante.

Lo anterior, hace innecesario profundizar en los errores de la acusación, donde en lugar de relacionar con precisión los hechos jurídicamente relevantes, la Fiscalía se dio a la tarea de transcribir el contenido de la denuncia, en la que se mencionaron múltiples abusos atribuidos a otras personas.

Así, resulta suficiente resaltar que tras ocuparse de hechos impertinentes, al relacionar la conducta endilgada a FONSECA FERNÁNDEZ la Fiscalía se limitó a decir que este “*abusó sexualmente*” de la víctima, sin advertir la vaguedad de esa expresión. En efecto, la misma no permite comprender qué fue exactamente lo que hizo el procesado, pues bajo esa categoría pueden enlistarse tanto accesos carnales como

actos sexuales que no correspondan a los eventos regulados en el artículo 212 del Código Penal.

Sin embargo, como quiera que los cargos fueron concretados a lo largo de la fase de juzgamiento, y siendo evidente que en este caso no se demostró más allá de duda razonable que JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ “*abusó sexualmente*” de A.P.D.C.T., debe privilegiarse la absolución frente a una eventual nulidad (*esto, sin perjuicio del análisis de la trascendencia del error cometido por la Fiscalía al estructurar la acusación*), pues esta última pondría al procesado en una situación desventajosa, en la medida en que podría ser judicializado nuevamente.

Según se indicó, la Fiscalía tomó la decisión de tramitar por separado cada uno de los abusos a que supuestamente fue sometida la menor A.P.D.C.T., tanto por su padre y el otro sujeto mencionado por la denunciante, como por los hermanos FONSECA FERNÁNDEZ. Al margen de la conveniencia de esa decisión, lo cierto es que en el trámite seguido en contra de JHON NIVALDO se hizo mayor énfasis en los otros hechos, lo que impidió verificar si este procesado realizó la conducta atrás referida.

Hechas estas precisiones, se tiene que el debate se contrae a la existencia de pruebas legalmente aportadas, que permitan demostrar más allá de duda razonable que el

procesado, mediante violencia, accedió carnalmente a A.P.D.C.T. en el mes de agosto de 2010.

6.3. Las pruebas de cargo

Las partes estipularon que A.P.D.C.T. tenía 13 años de edad para cuando ocurrieron los hechos. Igualmente, acordaron sobre los datos de filiación de JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ. Por demás, la Fiscalía hizo alusión a otras estipulaciones totalmente impertinentes, como las atinentes a la captura del procesado y al hecho de que no fue maltratado durante ese procedimiento.

Las pruebas aportadas por la Fiscalía pueden agruparse temáticamente, así: (i) las utilizadas para incorporar las declaraciones rendidas por A.P.D.C.T. por fuera del juicio oral; (ii) lo atinente a la corroboración de lo expuesto por la adolescente sobre el abuso sexual; y (iii) las versiones de los profesionales en psicología y psiquiatría que atendieron a dicha menor.

6.3.1. Las pruebas utilizadas para incorporar las versiones rendidas por A.P.D.C.T. por fuera del juicio oral

Debe resaltarse que la Fiscalía incurrió en múltiples equivocaciones en el manejo de la prueba, que complejizaron el esclarecimiento de los hechos objeto de juzgamiento.

Esos yerros se vieron reflejados en el manejo de las versiones rendidas por A.P.D.C.T. por fuera del juicio oral. Al respecto cabe resaltar lo siguiente: (i) la madre y el padrastro de la adolescente se refirieron a la imposibilidad de localizar a la víctima, pues esta, al parecer por las amenazas que recibió a raíz de los múltiples abusos referidos en la denuncia —atribuidos a su padre, un vecino y a los tres hermanos Fonseca Fernández—, se fue a vivir con sus abuelos a un paraje fronterizo (al parecer perteneciente a Perú), pero luego se fue “*monte adentro*”, sin que sea posible precisar su paradero; (ii) de esta forma, bien puede afirmarse que la Fiscalía logró demostrar la indisponibilidad de la testigo, aunque no lo haya hecho de la manera más ortodoxa; (iii) la delegada del ente acusador, sin hacer solicitudes expresas al respecto, incorporó la versión de la niña por diversas vías, entre ellas, el resumen elaborado por la psicóloga Jessica Salazar Celis, el relato que hizo la madre de la víctima, la entrevista realizada por el investigador Roberto Alejandro Mendoza Burbano y lo expuesto por el psiquiatra Jorge Enrique Buitrago Cuéllar.

Sobre el resumen realizado por la funcionaria Salazar Celis debe resaltarse lo siguiente: (i) se trata de eso, de un resumen, ya que el disco compacto contentivo de la

entrevista finalmente no fue incorporado, porque no pudo ser escuchado a pesar de los múltiples esfuerzos que realizó el Juzgado; y (ii) no fue posible obtener información sobre los pormenores de la entrevista –más allá de lo expuesto en el reporte-, toda vez que esta psicóloga no compareció al juicio oral, donde fue “reemplazada” por su colega Ana Milena Fontecha Bello.

Sobre la entrevista recibida a A.P.D.C.T., en el informe se lee lo siguiente:

*A medida que avanzaba el diálogo con la menor se le pidió que informara si conocía las razones por las cuales se encontraba en esa entrevista responde que venía a hablar del abuso y al indagar que¹ era abuso manifestó “una gente que coge por la fuerza, me quitan la ropa y me acuestan y se me suben ahí”, al indagar con quien sucedieron estos hechos comenta que con don Evaristo al preguntar si alguna otra persona había tocado sus partes privadas respondió que Leo que era un vecino del sector que él fue a la casa donde ella vivía con el papa la tomo a la fuerza y la toco, al indagar si había ocurrido algo mas manifestó “me metió el pene también”, comenta que estos hechos ocurrieron **en la casa de Leo quien le dijo que fuera a recoger una película que su papa les había prestado** al llegar no había ninguna persona le pregunto por su mama le respondió que no estaba comenta “me metió en la pieza de él ahí también me metió el pene”, A. le dijo que le iba a contar a su mama lo sucedido comenta que estos hechos ocurrieron en el día, comenta que situaciones similares sucedieron con los hermanos de Leo dice “también me cogieron a la fuerza”, uno de los hermanos John también me cogió a la fuerza en varias ocasiones le ofreció dinero comenta que no le dio dinero, el otro hermano es Luis la cogió en la casa*

¹ Tanto este error ortográfico como todos los demás que se aprecian en esta transcripción corresponden al texto original. En adelante no serán resaltados para facilitar la lectura.

*dos veces le dijo que le iba a dar plata pero no se la dio, comenta que cuando sucedieron los hechos los señores tenían aliento alcohólico, estaba viviendo con el papa para esa época, especifica que no había nadie dentro de la casa para cuando ocurrían estos hechos, **le contó a su mamá lo ocurrido y decidió denunciar**².*

Posteriormente, la Fiscalía logró la comparecencia de Nancy Tanguna Aimani, madre de A.P.D.C.T., quien se refirió ampliamente a los abusos atribuidos al padre de esta, así como a otro hombre llamado Eustasio. Sobre los hechos objeto de juzgamiento, trajo a colación la siguiente versión de su hija:

Ella me contó que un día cuando se fueron a bañar, debajo de la casa de ellos había una quebrada, cuando regresaban ella venía de último, cuando ve que Jhon la jaló a un bosque, le cogió el brazo, le tapó la boca y abusó de ella. Le decía que le iba a dar unos chocolates y era mentira.

Más adelante, compareció al juicio oral el investigador Roberto Alejandro Mendoza Burbano, quien tuvo a cargo una nueva entrevista rendida por A.P.D.C.T. En su reporte se lee lo siguiente:

Tres personas que son hermanos las cuales identifica con el nombre de Jhon quien sería el primer agresor llegó a su casa a pedir una película, la menor le contesta que no porque no estaba su papá, el la cogió y la

² Negrilla fuera del texto original.

metió a la fuerza a la pieza, relaciona que eso sucedió un jueves del mes de agosto del año 2010.

Tras referirse a otros abusos diversos a los que son objeto de juzgamiento, el policial describió los ejercicios de profundización que realizó con la testigo:

Teniendo en cuenta que la menor relaciona a tres agresores mediante un diálogo se pide a la menor que narre lo sucedido con cada una de las personas que menciona a fin de precisar circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de cada hecho, se inicia con JHON se pone de presente el dibujo anatómico, donde la menor identifica las partes del cuerpo de JHON que tuvieron contacto con ella, señalando e identificando el pene, la mano, la boca y la cola manifiesta que el hecho sucedió en su casa en el kilómetro 5, cuando se encontraba sola y luego Jhon a pedirle prestado una película ella le dijo que no porque su padre no se encontraba él insistió y cogió a la fuerza a la menor llevándola a la cama de su padre, manifiesta que esta persona le rompió la blusa, manifiesta que Jhon metió su pene en la vagina de la menor, para ilustrar el episodio que la menor hace referencia se utiliza la ayuda de muñecos anatómicos como medio demostrativo, donde la menor le quita la ropa a los muñecos hasta dejarlos desnudos e indica como ocurrió el episodio, relacionando que metió el pene en su vagina, aduce que todo ese momento sucedió rápido, hasta que llegó su padre y Jhon salió por la parte de atrás de la casa, relaciona que Jhon la golpeo en la pierna, manifiesta que quería contar lo sucedido a su madre, pero su papa no la dejó ir a donde su mamá.

Igualmente, al juicio oral compareció la profesional Ana Milena Angarita Monroy, quien tuvo a cargo la “*valoración psicológica inicial*” de A.P.D.C.T. Sobre los hechos, esta

testigo se refirió ampliamente a los abusos atribuidos al padre de la adolescente, quien prácticamente la “*convirtió en su mujer*” luego de que la madre tuviera que abandonar la casa a causa de la violencia ejercida sobre ella.

La testigo no tuvo conocimiento de otros abusos, salvo por comentarios que le hicieran una colega y la madre de la menor. En todo caso, no se enteró de los hechos atribuidos a JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ.

Finalmente, el psiquiatra Buitrago Cuéllar también se refirió con amplitud a los abusos sexuales perpetrados por el padre de la víctima. Sobre los hechos objeto de juzgamiento, se refirió a las versiones “*tomadas del expediente*”, que dan cuenta de que los tres hermanos Fonseca abusaron sexualmente de A.P.D.C.T en dos oportunidades.

Claramente se observa que durante el juicio oral se incorporaron dos versiones de A.P.D.C.T. sobre la conducta atribuida al procesado. La primera, da cuenta de que este la accedió carnalmente en la residencia de la menor, cuando acudió al lugar para pedir prestada una película. La segunda, según la cual los hechos ocurrieron en una zona boscosa, en inmediaciones de una quebrada. Además, ante la psicóloga y su progenitora habló de un evento, mientras que el psiquiatra se refiere a dos abusos.

6.3.2. La corroboración del testimonio de A.P.D.C.T.

Luego de referirse con amplitud a los abusos atribuidos al padre de A.P.D.C.T. y a otros sujetos, la madre de la menor hizo alusión a que el procesado es uno de los hijos de una mujer a quien identifica como “*curaca*”, sin especificar el alcance de ese apelativo.

Tras reseñar lo expuesto por A.P.D.C.T. sobre la conducta realizada por JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ, hizo alusión a que este “*le decía que le iba a dar unos chocolates*”, lo que “*era mentira*”, y además le propuso que se fuera a vivir de nuevo donde el padre. La testigo no aclara, porque no se le preguntó, si esto lo presenció o hace parte del relato que le escuchó a su descendiente.

Por demás, mencionó que la niña fue víctima de ataques y amenazas, por lo que tuvo que radicarse en la casa de sus abuelos. Y como hasta allá fueron a buscarla los agresores, finalmente se fue para un lugar desconocido. Señaló que la niña “*la tuvo que sacar del país*” porque una prima de Eustasio –*uno de los supuestos abusadores*- la estaba golpeando. Agregó que un sujeto llamado Fernando y una mujer llamada Lía también la amenazaron. Debe resaltarse que la Fiscalía

prácticamente no hizo nada para aclarar de dónde prevenían esas amenazas y, en todo caso, no se estableció que el procesado las hubiera realizado o determinado.

Por su parte, Alberto Cruz Hernández, padrastro de la menor, se refirió con la misma ambigüedad a las amenazas sufridas por esta. Finalmente, aceptó que no sabe si el aquí procesado intimidó a A.P.D.C.T, porque “*ahí el peligroso es el papá*”, con lo que parece referirse al progenitor de la víctima. Luego, dijo que los primos del procesado la intimidaron, pero no aclara sí tuvo conocimiento directo de esto, aunque todo indica que accedió a esa información por comentarios de otras personas. A este testigo tampoco se le formularon preguntas orientadas a esclarecer el origen de las amenazas y la manera cómo se enteró de las mismas.

Sobre los hechos objeto de juzgamiento, manifestó que en una ocasión vio al procesado hablando con A.P.D.C.T. en la orilla de la carretera, que luego los perdió de vista y, más tarde, la niña llegó a la casa y se bañó. A renglón seguido, resaltó que la niña “*confesó*” lo que había ocurrido, en clara alusión a los abusos sexuales. Esta versión, que no fue profundizada por la inactividad de la interrogadora, se ajusta a la entregada por la señora Nancy Tangoa acerca de lo que le escuchó decir a su hija.

6.3.3. Las opiniones emitidas por las psicólogas y el psiquiatra que tuvieron contacto con A.P.D.C.T.

En su informe, la funcionaria Salazar Celis hizo las siguientes apreciaciones:

*En el diálogo con A. se observa que la menor **no tiene coherencia en los relatos que describe**, en la etapa de desarrollo en la cual se encuentra los individuos frecuentemente utilizan un lenguaje más elaborado, A. responde de manera concreta sin realizar elaboración de relatos se espera que su nivel comunicativo se encuentre en un nivel superior teniendo en cuenta la etapa de desarrollo en la cual se encuentra, se observa que es una menor con un lenguaje sin mayor elaboración, no relata detalles de los acontecimientos de los cuales manifiesta ser víctima, se ubica espacialmente pero no se ubica totalmente a nivel temporal comenta que residió con su padre durante 3 meses cuando su mamá Nancy Tangoa específico que se trato de un año, en ocasiones la menor no asimila las preguntas realizadas y se deben reformular en un lenguaje mas sencillo, sus descripciones no son fácilmente entendidas, en ocasiones se demora bastante tiempo en responder las preguntas formuladas.*

Se sugiere muy respetuosamente que se realice a A. una valoración por psiquiatría forense.

De igual forma se sugiere muy amablemente que la menor sea llevada a intervención a nivel terapéutico por psicología.

Como ya se indicó, la Fiscalía solicitó el testimonio de la psicóloga Ángela Fontecha Bello, quien haría alusión a la entrevista recibida por Jessica Salazar Celis.

Aunque esta testigo no tuvo contacto con A.P.D.C.T., a partir del informe de su colega concluyó que el déficit cognitivo que aquella presentaba le pudo impedir hacer un relato más detallado de los hechos. En su opinión, cuando se presentan múltiples abusos sexuales, es posible que la víctima confunda los detalles, pues los recuerdos suelen centrarse en el primer acontecimiento y en el último.

Por su parte, la psicóloga Ana Milena Angarita Monroy se refirió ampliamente a los abusos atribuidos al padre de A.P.D.C.T., así como a la “acomodación” de la niña, reflejada, por ejemplo, en normalizar la relación incestuosa con su padre. Hizo hincapié en el notorio descuido al que fue sometida la menor, tanto en el plano físico (vestuario, aseo, estado de su dentadura, etcétera) como en el psicológico, toda vez que, por ejemplo, se mostraba ajena a objetos utilizados por niñas de su edad y se comportaba de forma semejante a sus hermanos varones. No se ocupó del abuso atribuido al procesado FONSECA FERNÁNDEZ.

Esta profesional se refirió al nivel de desarrollo de la examinada y resaltó que no posee la capacidad suficiente para inventar historias. No se le indagó por el contenido de

las versiones rendidas por A.P.D.C.T. sobre la conducta que se le atribuye al aquí procesado.

Finalmente, el psiquiatra Buitrago Cuéllar también se refirió a los múltiples abusos atribuidos al padre de la menor, a quien igualmente se le responsabilizó por el hecho de que esta no haya podido continuar con sus estudios. Resaltó que la niña fue abusada por su progenitor “*cada que llegaba borracho*”, y que, además, la obligaba a ir a la casa de un sujeto llamado Evaristo, a pesar de que este aprovechaba esa situación para accederla carnalmente, mediante violencia. En este contexto, hizo alusión a que los hermanos Fonseca Fernández la abusaron “*en dos oportunidades*”.

El experto resaltó que la examinada presentaba rasgos de estrés postraumático a raíz de estos hechos, reflejado en sus sentimientos de tristeza, rabia, humillación e impotencia, así como en el miedo de volver a vivir una experiencia semejante. No se le formuló una sola pregunta orientada a indagar por el impacto de la conducta atribuida al aquí procesado, ni se tomaron medidas para impedir que el experto hiciera mayor énfasis en hechos investigados y juzgados en otros procesos, esto es, los abusos perpetrados por el padre y los otros sujetos referidos en la denuncia.

El experto sostuvo que el relato de la víctima (sin especificar cuál, por lo menos en lo que atañe a las dos versiones sobre lo

sucedido con el procesado) es verosímil, pues *“la persona al referirse a esos hechos muestra ansiedad, es decir hay una correlación con el relato y la expresión emocional de la persona, que se observó en este caso y es un indicador que realmente corresponde el relato a vivencias que ha tenido la persona”*.

6.3.4. La suficiencia de las pruebas de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado

Finalmente, la prueba de cargo se reduce a lo siguiente: (i) dos versiones contradictorias acerca de los relatos suministrados por A.P.D.C.T. por fuera del juicio oral, pues en la primera se dice que el abuso atribuido al procesado ocurrió en una zona boscosa, cerca de una quebrada, y la segunda da cuenta de que los hechos ocurrieron en la casa de la menor, cuando el procesado fue a pedir prestada una película; (ii) en cuanto a la prueba de corroboración, la misma se reduce a la existencia de los hermanos Fonseca Fernández y a su parentesco con una mujer conocida como “la curaca”, sin que se hayan aportado mayores detalles; (iii) de hecho, la madre y el padrastro de A.P.D.C.T. entregaron una versión mucho más compatible con la versión de que los hechos ocurrieron en un bosque, que no corresponde a la incluida en la acusación; (iv) las psicólogas y el psiquiatra presentados por la Fiscalía hicieron mayor énfasis en los

abusos atribuidos al padre de la menor, tema este que también fue profundizado por la juez en el interrogatorio complementario; (v) las psicólogas, además de referirse al déficit cognitivo que al parecer tenía A.P.D.C.T., resaltaron que esta pudo confundir los múltiples eventos a los que fue sometida, y, finalmente, el psiquiatra se refirió a un estrés postraumático derivado de los múltiples abusos, sin que se haya logrado establecer un vínculo preciso con la conducta atribuida al procesado FONSECA FERNÁNDEZ, principalmente porque no se le formuló ni una pregunta orientada a ese fin.

Sobre la identificación de los hermanos Fonseca Fernández y, puntualmente, de JHON NIVALDO, debe resaltarse lo siguiente:

A.P.D.C.T. hizo alusión a múltiples abusos, atribuidos a diversas personas. Las psicólogas presentadas por la Fiscalía se refirieron a su incoherencia y a la posibilidad de que haya confundido los hechos, lo que coincide con la existencia de dos versiones frente a la conducta atribuida al procesado. Ante esa realidad, la Fiscalía no tomó ninguna medida para verificar que la menor no había confundido los nombres de los referidos hermanos, o las conductas atribuidas a estos y a los otros involucrados en los abusos, lo que se agravó por la ausencia de datos acerca del tipo de

relación que manejaba con ellos, lo que hubiera sido útil para aclarar las contradicciones ya referidas.

En lo que atañe a la identificación e individualización de los autores o partícipes en un delito, el ordenamiento jurídico le brinda diversas herramientas a la Fiscalía, entre ellas: (i) la posibilidad de realizar reconocimientos fotográficos o en fila de personas; y (ii) el señalamiento del procesado en el juicio oral *–lo que hace parte del testimonio–* o, en su defecto, la utilización de fotografías debidamente autenticadas, que pueden ser usadas para disipar cualquier duda que pueda existir sobre la identidad de la persona a quien se le atribuye una conducta penalmente relevante. Ninguna de ellas fue utilizada por la Fiscalía para disipar las dudas atrás descritas.

Así, se advierte que la prueba de referencia (la versión de la menor), no puede servir de soporte a la condena, pues no existen elementos de juicio para dar por cierta la hipótesis factual incluida en la acusación (*los hechos ocurrieron en la casa del procesado*), entre otras cosas porque la otra versión (todo ocurrió en un bosque) encuentra mayor respaldo en el testimonio de los parientes de la menor, aunque tampoco puede afirmarse que esta da cuenta de lo que realmente ocurrió.

Debe quedar claro que no se trata de un asunto de menor importancia, atinente solo al lugar donde

supuestamente ocurrieron los hechos. En este caso el aspecto espacial incide en toda la historia narrada por la menor, pues una cosa es que el procesado haya ido a la casa a entregar una película y haya lanzado a la menor a una cama, donde la accedió carnalmente, y otra muy diferente que la haya llevado por la fuerza a una zona boscosa, cerca de una quebrada, para realizar una acción de la misma naturaleza.

Ahora bien, podría pensarse que el procesado abusó de ella en dos oportunidades, pero esa versión no fue incluida en la acusación y, menos, desarrollada durante la práctica probatoria.

Es igualmente posible que la víctima haya confundido los episodios y, por ello, le haya atribuido al procesado conductas que realizaron otros sujetos, posibilidad a la que aludió la psicóloga Fontecha Bello y que, a su manera, fue aceptada por los otros profesionales que comparecieron al juicio oral. Al efecto, no puede pasar inadvertido lo que plantea la defensa, en el sentido de que en su primera versión A.P.D.C.T. mencionó lo de la película, pero en el contexto de un abuso atribuido a Leo, otro de los hermanos Fonseca Fernández.

Precisamente, esta pluralidad de hipótesis plausibles impide predicar más allá de duda razonable que los hechos ocurrieron tal y como los narró la Fiscalía en la acusación.

Sumado a ello, ante la expresa prohibición legal de basar la condena únicamente en prueba de referencia (Art. 381), se advierte la ausencia de pruebas complementarias que no tengan dicha calidad, ya que, según se indicó, la madre y el padrastro de la menor se refirieron a unos hechos diferentes, las psicólogas resaltaron el gran impacto que tuvieron los múltiples abusos atribuidos al padre de la víctima, mientras que el psiquiatra se refirió genéricamente al estrés postraumático causado por estos hechos, siempre con énfasis en las conductas realizadas por el progenitor y con una mención tangencial a los hechos objeto de juzgamiento.

Lo anterior es producto de la marcada negligencia con la que actuó la Fiscalía, reflejada en lo siguiente: (i) romper la unidad procesal, a pesar de la clara conexión que existía entre estos hechos; (ii) luego de tomar esa decisión, prácticamente no hizo nada para aclarar la conducta atribuida a JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ, al punto que presentó las pruebas centradas en la responsabilidad penal del padre de A.P.D.C.T; (iii) no tuvo en cuenta las diferencias entre las versiones atribuidas a la menor, bien para aclarar si hubo un error de percepción o

una confusión en los testigos utilizados para llevar esas versiones al juicio oral, o para hacer notar que las mismas tenían una explicación razonable, etcétera; (iv) no se recopiló información sobre el procesado, orientada a aclarar el vínculo que tenía con la víctima o con el padre de esta, la ubicación exacta de su residencia, el comportamiento que asumió antes (*si la cortejaba o pretendía de alguna manera*) y después de los hechos (*si reiteró su comportamiento o hizo algo para mantener ocultos los hechos*), etcétera; (v) sobre este último punto, aunque la madre y el padrastro de A.P.D.C.T. se refirieron a las presiones y amenazas ejercidas sobre esta, el interrogatorio no se dirigió a aclarar lo atinente a FONSECA FERNÁNDEZ y, como sucedió durante todo el juicio, se permitió que el énfasis se mantuviera en la conducta del padre de la víctima; (vi) no se tuvo la precaución suficiente para verificar la audibilidad de la primera entrevista rendida por A.P.D.C.T., lo que dio lugar a que, en su lugar, se incorporara un resumen de la misma, en la que no se dice prácticamente nada sobre los hechos materia de investigación; (vii) presentó varios expertos que hicieron hincapié en hechos diferentes a los que son objeto de juzgamiento, sin que el interrogatorio hubiera sido orientado a esclarecer la conducta atribuida a JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ; entre otros.

Ello, aunado a los errores de la acusación, referidos en precedencia.

Estas omisiones merecen mayor reproche si se tiene en cuenta la alta vulnerabilidad de A.P.D.C.T., no solo por su minoría de edad para cuando ocurrieron los hechos, sino además por los graves abusos a los que fue sometida por su padre (la convirtió en su pareja, la desescolarizó y al parecer la “vendió” a uno de sus vecinos), a lo que se suman sus dificultades para expresarse en español, su timidez y el déficit cognitivo al que aludieron los expertos llevados al juicio oral.

Todo ello dio lugar a que en la actualidad, más de 10 años después, estos hechos no se hayan esclarecido.

6.3.5. Los errores del Tribunal

La condena se basa en lo siguiente: (i) las 2 declaraciones rendidas por A.P.D.C.T. ante Jessica Salazar Celis y el otro investigador de la Fiscalía son admisibles como prueba de referencia; (ii) en esas versiones la menor reiteró que JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ la accedió carnalmente, mediante violencia, cuando fue a su casa a pedir prestada una película; (iii) el médico legista confirmó que la niña presentaba una desfloración antigua, esto es, ocurrida más de 10 días antes del reconocimiento; (iv) la madre de la menor confirmó la existencia, identidad y vecindad del procesado; (v) la psicóloga Angarita Monroy señaló que la niña no estaba en capacidad de crear historias ficticias; y (vi) el psiquiatra presentado por la Fiscalía

concluyó que A.P.D.C.T. presentaba rasgos de estrés postraumático, asociado a los múltiples abusos a que fue sometida, y se refirió a la verosimilitud de su relato por su coherencia y “*respaldo emocional*”.

La Sala advierte lo siguiente:

En primer término, el Tribunal dio por sentado que con la testigo Ana Milena Fontecha Bello se incorporó la primera entrevista rendida por A.P.D.C.T., sin ser ello cierto.

En efecto, en el registro se advierte que la juez hizo constar lo siguiente sobre el disco contentivo de la entrevista: (i) 1 hora y 17 minutos: “*definitivamente desde este dispositivo no se puede escuchar*”; (ii) 1 hora y 25 minutos: “*por más esfuerzo que se hace no se puede*”; (iii) 1 hora y 57 minutos: se utilizaron varios audifonos, con resultados negativos; y (iv) 2 horas y 32 minutos: la Fiscalía indaga por la incorporación del disco compacto, y como la juez le dijo que no era audible, la acusadora dijo expresamente que no lo incluiría como prueba.

Como ya se indicó, en lugar de dicho disco se incorporó el informe rendido por Jessica Salazar Celis, en el que se incluyó un resumen de la entrevista, cuyo contenido ya se conoce.

De esta manera, el Tribunal incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso de juicio de existencia, por suposición.

De otro lado, el juzgador de segundo grado, al evaluar lo dicho por A.P.D.C.T. por fuera del juicio oral, dio por sentado que su relato se reduce a lo expuesto ante el policía judicial, con lo que desconoce lo expuesto por la madre de la menor. Dijo:

*Ahora bien, en relación con las presuntas inconsistencias que fueron reseñadas por el Juzgado de Primera Instancia, **entre la versión rendida por la menor víctima y la de su señora madre** (...) se debe tener en cuenta que de manera desafortunada, la referida progenitora no ha hecho parte activa en el crecimiento y bienestar de la niña, sin que ello esté en discusión, y específicamente en agosto de 2010, Nancy Tangona Amiani no vivía con su descendiente, ni tenían una relación cercana; por el contrario, quedó demostrado que la víctima estaba en situación de abandono, por lo que los aparentes dislates de la mentada señora respecto a las situaciones de agresión que sufrió la menor, no pueden incidir en la credibilidad de las atestaciones de esta última, en tanto que no fue testigo presencial y no se enteró sino tiempo después, con las dificultades propias de comunicación que tenía su hija y que fueron debidamente encausadas, que no manipuladas, por los profesionales que la entrevistaron y valoraron³.*

³ Negrillas añadidas.

Bajo el entendido de que la madre trajo a colación una versión diferente de los hechos objeto de juzgamiento, transcrita en precedencia, estos argumentos ameritan los siguientes comentarios:

En primer término, es notorio que el Tribunal confunde las declaraciones anteriores rendidas por A.P.D.C.T., con los medios utilizados por la Fiscalía para demostrar su existencia y contenido (*CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras*). Producto de ese error, desconoce que la madre de la víctima se refirió a lo que su hija le contó, esto es, a una declaración rendida por fuera del juicio oral, que la Fiscalía presentó en juicio para soportar su teoría del caso. Lo mismo puede predicarse del resumen plasmado por la investigadora Salazar Celis en su informe, pues ella también asegura haber escuchado de la víctima que los hechos ocurrieron de una determinada manera, lo que también sucedió con el psiquiatra y, en general, con quienes se refirieron a dichos relatos.

De otro lado, el Tribunal le resta mérito a lo expuesto por la madre de la víctima, bajo el argumento de que esta no fue testigo de los hechos. Esto es equivocado, porque, en este contexto, dicho testimonio resulta útil para llevar a juicio la versión de la menor. En esa misma situación se encuentran la investigadora Salazar Celis, la psicóloga Ana Milena

Monroy Angarita, el policial Mendoza Burbano y el psiquiatra Buitrago Cuéllar.

Sumado a ello, el Tribunal resalta que la madre de A.P.D.C.T. no vivía con ella para cuando ocurrieron los hechos, se refiere a la relación distante que manejaban y, al parecer, concluye que también es responsable del deterioro físico y emocional de la menor.

Sin embargo, elude tener en cuenta que las pruebas de cargo informan lo siguiente: (i) la madre fue desalojada del hogar a través de violencia, como bien lo resaltaron la psicóloga Angarita Monroy y el psiquiatra Buitrago; (ii) al parecer el padre les hizo creer a sus hijos que su madre los había abandonado, como lo señalan estos profesionales y lo confirmó la señora Tangoa; y (iii) gracias a la intervención psicológica, lo anterior pudo corregirse, lo que fue resaltado por dichos profesionales, bien cuando se refirieron a los avances positivos de esas relaciones –dijo la psicóloga Angarita Monroy- o para resaltar que los abusos cesaron luego de que la madre pudo “*recuperar a sus hijos*”, como se desprende del testimonio de la madre de la niña y del concepto del psiquiatra.

Sumado a lo anterior, se tiene que Jessica Salazar Celis, investigadora de la Fiscalía, dejó constancia de lo que le dijo

A.P.D.C.T. en el sentido de que le había contado lo sucedido a su progenitora.

Así, es inaceptable la conclusión de que la madre de A.P.D.C.T. no pudo escuchar el relato de esta sobre lo sucedido, por el distanciamiento que tenían para ese entonces. Ello, porque es claro que las versiones de la niña se dieron luego de ocurridos los hechos y, puntualmente, después de que dejó de estar bajo el “*cuidado*” de su padre, lo que facilitó la intervención psicológica orientada a restablecer el vínculo de los niños –la víctima y sus hermanos- con su progenitora. Cabe advertir que durante el interrogatorio la Fiscalía no indagó por el momento en que la señora Tangoa pudo escuchar la versión de la menor, aunque quedó claro que fue ella quien tomó las medidas de protección necesarias ante las amenazas a que fue sometida su descendiente, lo que confirma que había reasumido su cuidado.

A ello debe sumarse que el relato del padrastro de A.P.D.C.T. coincide con la versión que la señora Tangoa dijo haber escuchado de su hija, pues también hizo alusión a la presencia sospechosa de FONSECA FERNÁNDEZ a la orilla de la vía, en compañía de la niña, a su posterior desaparición y al hecho de que más tarde la menor llegó a la casa y se bañó. No debe pasar inadvertido que este fragmento de la declaración no fue ampliado ni aclarado por la fiscal que tenía a cargo el interrogatorio.

En cuanto a las limitaciones de A.P.D.C.T. para relatar lo ocurrido, a la que hicieron alusión los expertos presentados por la Fiscalía, resulta inaceptable que el Tribunal concluya que pudo afectar únicamente el relato referido por la madre, pues incluso puede afirmarse que esta, por el mayor contacto que tuvo con sus hijos (*solo se apartó de su cuidado un año, por la violencia ejercida por su compañero*), estaba en mejor posición para comprender lo que la niña decía, máxime si se tiene en cuenta lo expuesto por la psicóloga que brindó la asistencia familiar, en el sentido de que las relaciones mejoraron notoriamente tras la intervención que ella realizó.

De otro lado, si con ello el Tribunal no se refirió a dicho déficit, sino al estado de la relación de la niña y su progenitora, debe tenerse en cuenta lo expuesto con antelación sobre el restablecimiento de ese vínculo, gracias a la intervención psicológica a cargo de Angarita Monroy.

Por tanto, el Tribunal incurrió en diversos errores de hecho, bien por ignorar las pruebas que permitían valorar en su justa dimensión el testimonio de la madre de A.P.D.C.T. (falso juicio de existencia) y por arribar a conclusiones que no se siguen de los datos que supuestamente les sirven de sustento (falso raciocinio).

Lo anterior, sin perder de vista que la Fiscalía tenía la carga de explorar las razones de la disimilitud de los relatos, pues los mismos fueron llevados al juicio a través de **los testigos de cargo**, y esa situación claramente afectaba su teoría del caso. Sin embargo, no formuló ni una pregunta para superar dicha situación, lo que no puede ser corregido al momento de la sentencia a partir de las suposiciones y omisiones atrás referidas.

En esa misma línea, el Tribunal tomó de las versiones de los expertos que comparecieron al juicio solo lo que resulta útil para confirmar los hechos incluidos en la acusación. Así, por ejemplo, (i) desestimó lo expuesto por Jessica Salazar Celis sobre la incoherencia del relato suministrado por A.P.D.C.T; (ii) no tuvo en cuenta lo dicho por la psicóloga Fontecha Bello acerca de la posibilidad de que la menor haya confundido los hechos; y (iii) dejó de lado que el psiquiatra emitió su opinión sobre el estrés postraumático y el respaldo emocional del relato de la menor, a partir de un marcado énfasis en el abuso perpetrado y auspiciado por el padre, con una escueta alusión a los hechos atribuidos al procesado FONSECA FERNÁNDEZ. Esto, sin desconocer que allí también existe una contradicción sobre el número de eventos en que este participó, pues en sus diferentes versiones la menor se refirió a un solo hecho, mientras que el profesional alude a dos abusos.

En el fallo de segunda instancia tampoco se tuvo en cuenta lo dicho por el psiquiatra en el sentido de que hubiera sido conveniente acceder a toda la información con la que contaba la Fiscalía, para emitir un dictamen más ajustado a la realidad. Ello, si se tiene en cuenta que el profesional no tuvo acceso al informe suscrito por Salazar Celis.

Sumado a ello, nunca se aclaró cuál fue la versión que estudió dicho profesional en lo que concierne a la conducta del procesado, pues, se insiste, hizo énfasis en los abusos perpetrados por el padre de A.P.D.C.T., y se limitó a hacer una mención tangencial frente a las conductas atribuidas a los hermanos FONSECA FERNÁNDEZ.

Así, cuando el experto expresa que la versión de la menor es verosímil por su coherencia y respaldo emocional, no es posible establecer si se refiere al relato referido por los investigadores o al que hizo alusión la madre de A.P.D.C.T.

Lo mismo sucede con lo expuesto por la testigo Angarita Monroy acerca de las limitaciones de la víctima para construir una mentira, pues esa conclusión le brinda el mismo respaldo a las dos versiones que supuestamente entregó la menor sobre lo sucedido con FONSECA FERNÁNDEZ. Nada de esto fue considerado por el Tribunal.

Finalmente, no es acertado plantear que el dictamen del médico legista corrobora de alguna manera la prueba de referencia, pues si bien es cierto el experto se refirió a una desfloración antigua –de más de 10 días-, también lo es que ese hallazgo coincide con lo expuesto ampliamente por los testigos de cargo sobre el reiterado abuso sexual atribuido al padre de la víctima, sin perjuicio de que este al parecer propició que otro sujeto de la región abusara sexualmente de esta.

En síntesis, el Tribunal incurrió en varios errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio, que determinaron su postura sobre la demostración de los cargos más allá de duda razonable. Todo esto se tradujo en la violación indirecta de la ley sustancial, concretamente de las normas que regulan el delito de acceso carnal violento agravado, incluidas en el llamamiento a juicio.

6.3.6. Conclusiones y sentido de la decisión

La Fiscalía optó por tramitar separadamente los diversos casos de abuso sexual referidos en la denuncia. A pesar de ello, en el asunto objeto de juzgamiento se limitó a presentar las pruebas centradas en la responsabilidad penal del padre de la progenitora, con el consecuente descuido

frente a los hechos atinentes a JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ.

Lo anterior es fiel reflejo de los yerros en la acusación, donde se hizo más énfasis en el contenido de las versiones recopiladas y en aspectos factuales impertinentes, que en los hechos jurídicamente relevantes para el asunto sometido a conocimiento de la Sala.

Como una muestra más del manejo indebido del caso, durante el juicio oral, con los testigos de cargo, se introdujeron dos versiones contradictorias sobre los mismos hechos, ambas atribuidas a A.P.D.C.T.

Aunque al juicio oral concurrieron dos psicólogas y un psiquiatra, estos dirigieron su atención en los graves abusos atribuidos al padre de la menor. En ningún momento los interrogatorios se centraron en la situación particular de JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ. De hecho, las preguntas aclaratorias formuladas por la juez parecían estar orientadas a aclarar los delitos cometidos por el progenitor de A.P.D.C.T.

En todo caso, esas opiniones no permiten superar las contradicciones de la prueba de referencia, ya que las conclusiones son igualmente compatibles con las dos

versiones que supuestamente suministró A.P.D.C.T. frente a los mismos hechos.

En cuanto a los otros testigos, se advierte que le brindan más respaldo a la versión de los hechos que no coincide con la premisa fáctica de la acusación.

A pesar de estas falencias, el Tribunal optó por revocar la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenar al procesado. Ello fue producto de los diversos errores de hecho analizados en el numeral anterior.

La Sala es consciente del deber estatal de obrar con debida diligencia para proteger a las víctimas especialmente vulnerables, pero también lo es de que ello debe hacerse, principalmente, a través de una investigación rigurosa, sin perjuicio del deber de adelantar estos trámites con perspectiva de género. En todo caso, la protección de los derechos de los niños -y de cualquier otra víctima- no puede hacerse a través de la abolición de los derechos del procesado, pues estos también están contemplados en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre muchas otras).

Por tanto, la Sala casará el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia la sentencia absolutoria emitida en primera instancia. En consecuencia, se ordenará la libertad inmediata del procesado, así como la cancelación de la respectiva orden de captura.

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

RESUELVE

PRIMERO: CASAR el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia el de carácter absolutorio proferido el 25 de mayo de 2017 por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Leticia a favor de JHON NIVALDO FONSECA FERNÁNDEZ, con las aclaraciones hechas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ordenar la libertad inmediata del procesado, así como la cancelación de la orden de captura emitida en razón de este asunto.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.



GERSON CHAVERRA CASTRO



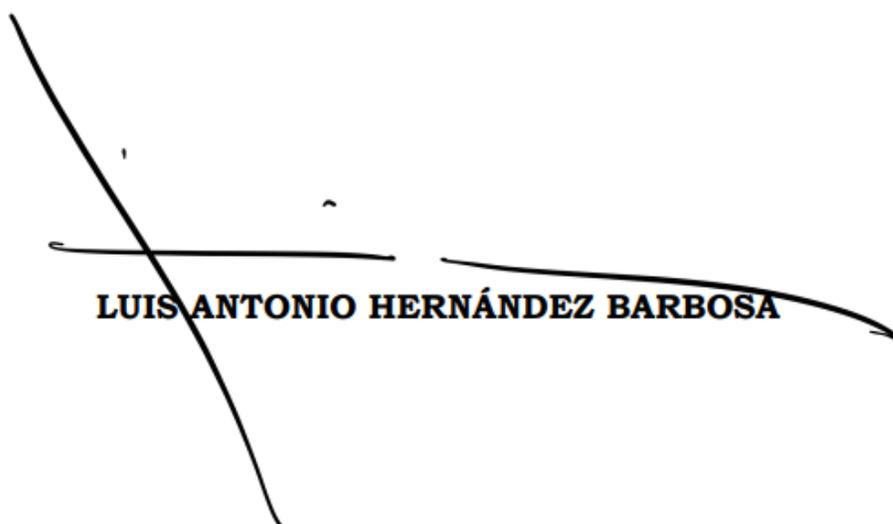
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

CUI 91001600042320120007601

Casación No. 52171

Jhon Nivaldo Fonseca Fernández



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2021