



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada ponente

SP757-2022

Radicación No. 54.385

C.U.I. 76111600016520140164601

(Aprobado acta No.54)

Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil veintidós (2022).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de **RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ GUACHAPA**, contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, que, confirmó la proferida el 24 de mayo de igual año por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, por cuyo medio lo condenó por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravado, en calidad de autor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Desde que la menor D.M.G. -quien padece de hidrocefalia y una discapacidad cognitiva leve a moderada- tenía 10 años y hasta el 21 de agosto de 2014, cuando rodeaba los 12 años, fue objeto de múltiples actos sexuales (tocamientos en los senos, genitales y “cola” y besos en la boca), así como de accesos carnales por vía vaginal¹, por parte de **RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ GUAPACHA**, hermano de su padrastro, persona con la que convivía en la misma residencia.

2. El 4 de septiembre de 2014, el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Buga, canceló la orden de captura emitida el 1º de ese mes contra **HERNÁNDEZ GUACHAPA** por su homólogo Cuarto, así como le impartió legalidad a la aprehensión del indiciado. Acto seguido, la Fiscal 10 Seccional le formuló imputación por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravado, en calidad de autor (artículo 210 y 211, numerales 4 y 5 del Código Penal), cargo que no aceptó, al tiempo que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva².

3. El 8 de igual mes se radicó el escrito de acusación³ y su verbalización se produjo el 14 de enero de 2015, bajo la presidencia de la Juez Penal del Circuito de conocimiento, en descongestión, del citado lugar⁴.

¹ En el examen genital forense se detectó que la menor tenía desfloración antigua genital –en el meridiano de las 6-.

² Cfr. folio 10 del cuaderno 1.

³ Cfr. folios 12-16 *ibidem*.

⁴ Cfr. folio 34-35 *ibidem*.

4. La audiencia preparatoria se cumplió el 5 de febrero⁵ y 10 de junio posteriores⁶, y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones (21 de agosto⁷, 16 de septiembre siguientes⁸ 17 de agosto⁹ y 29 de septiembre de 2016¹⁰). Al final se anunció sentido del fallo condenatorio.

5. El 24 de mayo de 2018 se profirió la sentencia de rigor, mediante la cual se condenó a **RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ GUAPACHA**, como autor del ilícito por el que fue acusado, a la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión y a la accesoria de «*interdicción de derechos y funciones públicas*»¹¹ por igual término que la sanción aflictiva de la libertad, al paso que, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹².

6. Inconforme con la decisión, el defensor la apeló¹³ y el 12 de septiembre de 2018 la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga la confirmó¹⁴.

7. La misma parte interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación¹⁵ y un nuevo apoderado presentó, en tiempo, la demanda correspondiente¹⁶, la cual fue admitida por la Corte el 24 de agosto de 2020, ocasión en la que, por razón de la emergencia sanitaria decretada en el

⁵ Cfr. folios 39-43 *ibidem*.

⁶ Cfr. folios 79-80 *ibidem*.

⁷ Cfr. folios 108-110 *ibidem*.

⁸ Cfr. folios 124-126 *ibidem*.

⁹ Cfr. folios 214-215 *ibidem*.

¹⁰ Cfr. folios 222-223 *ibidem*.

¹¹ Cfr. folio 311 *ibidem*.

¹² Cfr. folios 284-312 *ibidem*.

¹³ Cfr. folios 316-323 del cuaderno 2.

¹⁴ Cfr. folios 326-345 *ibidem*. La lectura de la providencia se llevó a cabo el 21 de marzo de 2018 (Cfr. folio 37 *ibidem*).

¹⁵ Cfr. folio 372 *ibidem*.

¹⁶ Cfr. folios 376-398 *ibidem*.

territorio nacional a causa del COVID-19, se dispuso correr los traslados por escrito, conforme a lo previsto por la Sala en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2021.

LA DEMANDA

Tras identificar a las partes e intervinientes, el censor sintetiza la cuestión fáctica y procesal y solicita casar la providencia confutada, así como emitir fallo de reemplazo, mediante el cual se revoque la condena proferida contra su prohijado.

Enseguida, destina un acápite a las finalidades de la impugnación extraordinaria, las cuales concreta en la efectividad del derecho material y la salvaguarda de la presunción de inocencia y la libertad, oportunidad en la que asegura que la práctica probatoria se encuentra viciada de «*incoherencia*»¹⁷, en la medida que «*el examen de las instancias ha sido ajeno a una revisión lógica y humanista*»¹⁸. En el mismo escenario, propone un estudio de las contradicciones entre las declaraciones de la menor, recogidas en las fases de la indagación y el juicio. Postula dos cargos.

1. Primero

Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la violación indirecta de los artículos 7, 372, 381 *ibidem* y 207 de la Ley 600 de 2000, por error de hecho en el sentido de falso raciocinio, el cual hace recaer en

¹⁷ Cfr. folio 379 *ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

los testimonios de MARÍA EUGENIA GÜE, JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO, SAMIR ARTURO ALONSO CONTRERAS, OSCAR BERTULFO ORDÓÑEZ, LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ, MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ y D.M.G., así como las cartas introducidas por ésta, en tanto, a su juicio, a partir de tales pruebas, faltando a las reglas de la sana crítica, concretamente al principio de no contradicción, los juzgadores dedujeron responsabilidad penal en contra de su procurado, pese a los contrasentidos entre la declaración de la víctima y las de ARANGO BUITRAGO, ALONSO CONTRERAS, ORDÓÑEZ y LIBIA LONDOÑO SÁNCHEZ.

En desarrollo de la censura, una vez transcribe y resume algunos segmentos de los citados medios de convicción, se refiere a las estimaciones del Tribunal para señalar que no se tuvieron en cuenta las siguientes contradicciones probatorias:

i) En algunas ocasiones, la menor afirmó la comisión de la conducta punible y en otras la negó. Al efecto, destacó el libelista que, en el juicio, D.M.G. no quiso responder los interrogantes de la Fiscalía y luego expresó que no sabía diferenciar lo que es verdad o mentira. Igual, narró que la psicóloga del colegio le dijo que escribiera cómo era la relación con sus familiares y que no le contaría a nadie, pero MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ, aseguró, por su parte, que, aquella expresó que la citada profesional le dictó la carta acerca del ingreso de alguien a su habitación, la cual le quitaba la ropa y le tocaba el cuerpo, a lo que se suma que MARÍA EUGENIA GÜE contó que su hija a veces decía que era víctima de tocamientos libidinosos, a la par que lo negaba,

así como opinó que su dicho era incoherente, además que nunca quedaba sola en la casa, debido a su enfermedad.

En ese orden, arguye, las razones de la decisión atacada no son coherentes. Solo una de las dos alternativas es posible: que la conducta existió o no, pero no, las dos simultáneamente. Sobre el particular, opina el letrado, ha debido *«auscultarse con la menor las circunstancias que la condujeron a realizar tales manifestaciones ambiguas»*¹⁹ y examinar los otros medios de prueba para *«encontrar la realidad más compatible con el principio lógico de no contradicción»*²⁰.

ii) Es inconsistente que se afirme que MARÍA EUGENIA GÜE y MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ admitieron que la menor indicó en su colegio que tenía un novio llamado **RUBI**, pese a que no lo presenciaron y solo vinieron a enterarse de ello por la autoridad administrativa que conoció del caso.

iii) No se puede deducir una conducta confianzada del acusado respecto de D.M.G., a partir del comportamiento atrevido de esta con aquél, mencionado por MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ.

iv) La consideración según la cual lo vertido por la pequeña a los psicólogos –la del colegio y el del ICBF- y el médico legista no es producto de la fantasía y se contradice, de manera directa, con los registros clínicos de esos profesionales, que indican que tiene un retardo mental leve

¹⁹ Cfr. folio 386 *ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

a moderado, por lo que el examen de credibilidad debió ser exigente y no darle mérito absoluto.

v) Es un contrasentido que D.M.G. escribiera en la carta introducida por LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ que le disgustaba que el acusado no le volviera a tocar el cuerpo y, simultáneamente, que lo repelía al decirle que la “dejara quieta”, lo que demuestra *«con alto grado de razonabilidad que la menor está inmersa en una fantasía»*²¹.

Tampoco se puede derivar *«un supuesto [á]nimo de protección de la menor hacia el procesado»*²². Al respecto, afirma que, *«las reglas de la experiencia también señalan que una mea culpa puede explicar el comportamiento de la menor»*²³, consistente en reconocer en el juicio, que había mentido, tratando de corregir el error.

Según el defensor, *«[e]l silencio y el lenguaje corporal evasivo de la menor, eran indicadores claros acerca de su versión fantasiosa»*²⁴, atendiendo que era la cuarta vez que se refería a los hechos juzgados. *«La única diferencia radic[ó] en que en las tres anteriores no advirtió las consecuencias de sus dichos fantasiosos para el procesado, por lo que se tom[ó] la libertad de expresar cuanta circunstancia estimase destacable en pro de equipararse a sus amigas que ya tenían un novio»*²⁵.

²¹ Cfr. folio 387 *ibidem*.

²² Cfr. folio 388 *ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

vi) D.M.G. sostuvo que su madre y MARÍA PÉRCIDES conocían de su relación con el acusado, pero estas lo negaron, al punto que la primera denunció los hechos cuando se lo informó el I.C.B.F.

vii) La desfloración en el cuadrante 6, no es compatible con la introducción de un pene en la cavidad vaginal y no se descartó que ello obedeciera a «*una variable anatómica de la menor*»²⁶.

2. Segundo (subsidiario)

Acusa un error de hecho por falso juicio de identidad, respecto de las mismas pruebas, las cuales, según el censor, fueron omitidas en algunos apartes.

A partir de idéntica transcripción y síntesis de los medios de convicción, asevera que fueron distorsionados. Para demostrarlo, agregó que se tergiversó el contenido de la declaración de la menor «*al tener como inexistentes las manifestaciones de la deponente que motivan duda acerca de la responsabilidad del enjuiciado*»²⁷.

En relación con los testimonios de MARÍA EUGENIA GÜE y MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ, asevera que fueron tergiversados, porque «*no eran conocedoras de las manifestaciones que hac[í]a la infante, menos a[ú]n de que obedecieran a algún evento efectivamente acaecido*»²⁸.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Cfr. folio 395 ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

También se distorsionó el relato de MARÍA PÉRCIDES, cuando se coligió que el comportamiento confanzado de la menor con **HERNÁNDEZ GUACHAPA**, evidenciaba los actos sexuales de él hacia ella, siendo que *«quien se excedía en confianza era la menor»*²⁹. No es verdad, asimismo, que la deponente haya admitido que conoció de la conducta libidinosa del enjuiciado, pues lo que indicó es que, en una ocasión, presenció un reclamo de la niña hacia el investigado, *«lo que es diferente a un acto sexual»*³⁰.

Por otra parte, se cercenaron los “registros clínicos” de los profesionales de la salud que valoraron a la menor, acerca del retardo mental leve a moderado que padece.

En torno a la carta que introdujo LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ, dice que fue tergiversada y que no se infiere el ánimo de protección de la víctima al procesado, ni que fuera su novio. También, aduce el jurista, el Tribunal distorsionó las cartas en las que D.M.G. reconoció su error y pidió disculpas al encausado por el problema en que está.

En criterio del defensor, el testimonio de la ofendida no constituye *«prueba homogénea que corrobore las primeras entrevistas, por el contrario, su disparidad impide dar por sentado que ella estuviese diciendo la verdad»*³¹, pues señaló que dijo mentiras y pidió disculpas a su mamá.

Concluye que las tergiversaciones denunciadas no permiten dar por demostrado el delito, debido a las múltiples

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Cfr. folio 396 ibidem.*

contradicciones individuales y en conjunto, por lo que se impone la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

ALEGATOS DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

1. La defensa

Reiteró los mismos argumentos de la demanda.

2. La Fiscalía

El Fiscal Décimo Delegado ante la Corte solicita casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver al procesado, conforme a las siguientes consideraciones:

Las entrevistas de la menor D.M.G. no se podían tener como pruebas de referencia admisibles. Al valorarlas se recayó en falso juicio de legalidad, pues se inadvirtieron los conceptos de testimonio adjunto y prueba de referencia.

Al introducir las versiones previas como pruebas de referencia, se limitó el ejercicio de contradicción, lo cual violó el debido proceso probatorio y la posibilidad de utilizarlas con fines de refrescamiento de memoria o impugnación de credibilidad, desde el momento en que la Defensora de Familia se percató de que la niña no tenía la intención de responder.

El comportamiento de la víctima, al negarse a absolver las preguntas que podían incriminar al acusado y apurarse a atender las que no lo comprometían corresponde a una

forma de retractación, respecto a lo que aseveró a la psicóloga del colegio por escrito.

Es así que, la niña no respondió por qué ya no vivía con su mamá, ni expresó el motivo por el que fue citada a rendir testimonio, pese a que momentos antes de la declaración aquella le expresó a la Defensora de Familia que conocía cuáles eran los hechos materia del juicio. En cambio, cuando fue interrogada por el escrito que dio origen al proceso, indicó que la psicóloga se lo hizo escribir, porque le manifestó que *«fuera copiando ¿cómo era la relación con las personas de la casa?»*³² y que no le fuera a contar a nadie. En todo caso, se ha debido acudir al mecanismo de refrescamiento de memoria, para poderlo incorporar como documento adjunto, previo el procedimiento decantado por la jurisprudencia.

En cuanto al acusado, la menor expresó que lo conocía debido a que es el hermano del esposo de su mamá, pero guardó silencio acerca de cualquier otra cosa y dijo no entender la pregunta sobre su relación con el procesado. Con fluidez respondió sobre otros temas como la dirección de la casa, el colegio al que asiste, el nombre de la psicóloga actual; incluso, dijo que no quería saber de LIBIA ESMERALDA LONDOÑO y respondió con un “no” al cuestionamiento de si tuvo algún problema con el encausado, negándose a hablar sobre cómo era su amistad con él, tras lo cual la Defensora de Familia se refirió a un episodio, en el que, al parecer, la menor fue abordada por un hermano del acusado para sugerirle lo que

³² Cfr. folio 21 del archivo pdf “SUSTENTACIONES UNIFICADO (10)”.

debía decir en la audiencia, evento frente al cual la niña volvió a guardar silencio.

Posteriormente, la pequeña fue interrogada sobre las partes del cuerpo y acerca de si había sido tocada por alguien, a lo que respondió que no. Al ser preguntada, nuevamente, sobre lo que decía el papel que le hizo escribir la psicóloga se quedó callada y luego afirmó que no podía diferenciar entre la verdad y la mentira.

Como la defensora señaló que no podía continuar con el interrogatorio y que, a su juicio, la niña estaba siendo presionada por sus familiares, solicitó al juzgador que tomara las medidas para que guardaran distancia y la abuela paterna mantuviera la custodia.

Un año después, la menor volvió a declarar, esta vez por solicitud de la defensa. Ahí, la niña explicó lo relativo a la autoría de las tres cartas que dirigió a su madre, a la hermana del procesado y al acusado pidiéndoles perdón por el problema en el que estaban, pero no quiso decir en qué consistía el mismo. Esas notas fueron incorporadas por la defensa al acervo probatorio, previa lectura.

Las declaraciones anteriores no han debido tenerse como prueba de referencia, porque no existía ninguna circunstancia que permitiera su uso, pues la menor compareció al juicio. En este caso, no se puede justificar su incorporación pretextando su retraso mental, su edad o la naturaleza del delito, para evitar su revictimización, pues

nada de esto impidió escucharla en sus dos intervenciones en el juicio.

Como no se introdujeron las versiones previas como testimonio adjunto se impidió descubrir la verdad de lo sucedido y se cercenó el derecho de defensa del procesado, por cuanto, *«si bien la interrogadora solo se refirió a un escrito que la niña elaboró a la psicóloga LIBIA ESMERALDA LONDOÑO, la audiencia se quedó sin saber si ese correspondía al mismo que se introdujo erradamente con la doctora LONDOÑO, como prueba de referencia o se trataba de otro diferente»³³.*

Se desconocen, asimismo, las circunstancias en las que la niña rindió las entrevistas ante los profesionales de la salud y no existen pruebas directas, ni indirectas que permitan afirmar más allá de duda razonable que el procesado fue el autor de las agresiones sexuales denunciadas.

3. El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal pide no casar el fallo acusado con fundamento en lo siguiente:

Frente al primer cargo, no se advierte que el Tribunal haya incurrido en error de hecho por falso raciocinio respecto de las pruebas testimoniales, pues la menor contó varias veces que el procesado, aprovechando que estaba sola,

³³ Cfr. folio 24 *ibidem*.

ingresaba a la habitación, le besaba todo el cuerpo, le metía los dedos en la vagina y la “cola”, y le introducía su pene en la boca y la vagina, donde eyaculaba, y luego le advertía que no contara lo sucedido a nadie. Es así que, el acusado se aprovechó de las condiciones de desarrollo intelectual de la víctima para satisfacer sus deseos libidinosos.

En cuanto al segundo cargo, el Tribunal «realizó la descripción típica que trae el Código Penal para la configuración del delito de acceso carnal y de actos sexuales abusivos»³⁴, y señaló que, pese a que la menor no estaba en condiciones de comprender lo que significaba tener relaciones sexuales, sus relatos ante los distintos profesionales de la salud, fueron concisos y coherentes, de lo que se desprende que los hechos realmente ocurrieron.

El *ad quem* descartó que las pruebas de descargo dieran cuenta de la ausencia de responsabilidad del procesado y concluyó que las de cargo informan que la versión de D.M.G. es creíble, que lo narrado por ella ante JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO, SAMIR ARTURO ALONSO CONTRERAS, OSCAR ARNULFO ORDOÑEZ y LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ, en relación con la forma en que sucedieron los hechos, el escenario y el tiempo en que fue sometida a los deseos del victimario, coincide entre sí, lo cual es ratificado por la madre de la niña y la hermana del inculpado en el sentido que D.M.G. padecía de trastornos que afectan el área cognitiva, el procesado convivía con ella en la misma casa y esta le prodigaba un trato confianzudo a él.

³⁴ Cfr. folio 8 *ibidem*.

Como la defensa no logró «*desacreditar la información de la menor bajo el argumento que son narraciones fantasiosas*»³⁵, lo decidido «*se ajusta a las previsiones hechas por ley y la costumbre para la apreciación probatoria*»³⁶, razón por la que el cargo esta llamada al fracaso.

No es verdad que la niña incurriera en contradicciones en sus dichos, como tampoco lo es que los testigos –no precisa- no fueran claros en señalar al acusado como el responsable de los hechos investigados, por cuanto aquella contó que, estando en la habitación, **HERNÁNDEZ GUACHAPA** le acarició el cuerpo, la penetró con los dedos y con el asta viril.

4. El apoderado de la víctima

Solicita no casar el fallo impugnado, conforme a las siguientes razones:

La inconformidad del demandante es propia de un recurso de apelación, y no sustenta la violación indirecta de la ley sustancial. En todo caso, el falso raciocinio no surge de la disparidad de criterios con el juzgador de instancia.

El libelista asumió, con fundamento en el testimonio de MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ, una premisa en la que se explica que el contenido de la carta, obedeció a la presión mal intencionada de una psicóloga y no de lo narrado por la menor víctima. No obstante, también se partió del supuesto que la menor sí escribió, por su propia iniciativa, el hecho de

³⁵ Cfr. folio 9 *ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

la agresión sexual; solo que esta vez se calificó de fantasioso. En ese orden, se violentó el principio de no contradicción.

De cualquier manera, *«el Juzgador no solo valoró los apartes que específicamente le interesan a la defensa, sino que esta información la ponderó con lo que integralmente se podía deducir del conjunto de las pruebas»*³⁷.

De forma razonada se explicó que las entrevistas de D.M.G. adquirieron valor probatorio, pese a que no ratificó el hecho denunciado con claridad, así como el demérito asignado a las opiniones personales de MARÍA EUGENIA GÜE y MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ y la conclusión según la cual la pequeña sí escribió la carta atendiendo lo que efectivamente percibió. *«No se trató de una manipulación de la Psicóloga ni de un relato fantasioso»*³⁸.

La premisa en el sentido que, *«cuando los menores mienten, les asiste “una mea culpa”*³⁹ *que hace que aquellos se retracten, cuando se percatan de las consecuencias que su dicho trae para los acusados por estos delitos»*⁴⁰, no es una regla de la experiencia e ignora la realidad de las víctimas de los delitos contra la libertad e integridad sexual, al paso que desatiende *«por completo que, el sentimiento de culpa, que se quiere transmitir a la víctima por la situación de libertad del acusado, es una forma de revictimizar sus derechos y, por tanto, es deber del Juez evaluar si la versión del menor en juicio, está o no influenciada»*⁴¹. En el caso concreto, existe

³⁷ Cfr. folio 42 *ibidem*.

³⁸ Cfr. folio 43 *ibidem*.

³⁹ Ver folio 13 de la demanda de casación. [Cita inserta en el texto transcrito].

⁴⁰ Cfr. folio 43 *ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

evidencia de que fue presionada para escribir las cartas de retractación.

Frente al cargo subsidiario, se advierte la coincidencia argumentativa de la primera y segunda censuras, salvo porque en la última se acusó un falso juicio de identidad, crítica que también vulneró el postulado de no contradicción, pues el censor no puede aceptar una valoración integral de la prueba y reprobar la forma como se formó el grado de conocimiento del Juzgador, para sostener después que se desfiguró el contenido de los medios cognoscitivos practicados en el juicio.

El contenido de las declaraciones de MARÍA EUGENIA GÜE y MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ no fue cercenado. Diferente es que el juzgador haya negado credibilidad a la totalidad de lo manifestado por ellas. El hecho de que ninguna de las partes haya refutado la credibilidad de esas deponentes no impide que el juez reste valor suasorio a sus testimonios.

La defensa es la que incurrió en falso juicio de identidad, al recortar los medios probatorios practicados en juicio, lo cual ocurrió al valerse de los apartes que en forma específica le interesan, y omitir la aproximación a la verdad que arrojan los restantes medios de prueba.

Los testimonios de LIBIA ESMERALDA LONDOÑO y JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO y las entrevistas incorporadas a juicio por SAMIR ARTURO ALONSO CONTRERAS y OSCAR BERTULFO ORDOÑEZ, cuya coherencia es de destacar, sumados a las

declaraciones previas de D.M.G., aportaron el conocimiento suficiente para emitir sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES

1. Los problemas jurídicos fundamentales

De manera pacífica la Corte se ha ocupado de señalar que, una vez admitida la demanda de casación, todas aquellas deficiencias formales y sustanciales que pudieran predicarse del libelo se entienden superadas con el exclusivo propósito de dar alcance a las finalidades descritas en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 (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 este caso, son múltiples los yerros argumentativos de la demanda detectados por la Sala; sin embargo, hará caso omiso de los mismos para examinar de fondo, si hay lugar a casar la sentencia condenatoria.

En ese propósito, aunque las censuras propuestas apuntan a acreditar errores de hecho por falso raciocinio y falso juicio de identidad, a fin de dar respuesta a las mismas, previamente, se impone evaluar, en torno a las declaraciones anteriores vertidas por la menor D.M.G., si se cumplió con el debido proceso probatorio.

Para el efecto, la Sala i) aludirá a las reglas que rigen la incorporación y valoración de las declaraciones anteriores,

en casos de menores de edad que concurren al juicio y su relevancia a los fines del derecho de confrontación, ii) profundizará en la noción de indisponibilidad relativa, en casos de manipulación o presión del niño, niña o adolescente, sometido al interrogatorio cruzado y, iii) de cara a los principios de interés superior del menor y protección reforzada respecto de personas disminuidas física o sensorialmente, evaluará si, en el caso concreto, se incurrió en error trascendente susceptible de ser corregido en sede de casación al sopesar las versiones rendidas por la menor en el curso de la indagación y la investigación. Si la respuesta es negativa, evaluará las presuntas contradicciones intrínsecas y extrínsecas de las pruebas recaudadas, y, de ser afirmativa, verificará si el acervo probatorio excedente tiene la eficacia demostrativa para soportar el juicio de reproche elevado contra el procesado, por supuesto, dentro de los límites trazados por la demanda que acusa la violación de los principios de no contradicción e identidad.

2. Garantías fundamentales en favor de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en condición de discapacidad

En el ámbito nacional, el artículo 44 de la Constitución Política consagró un elenco de derechos en favor de la niñez, cuya satisfacción, con carácter prevalente, se encuentra en manos de la familia, la sociedad y el Estado. Es así que, el desarrollo armónico e integral de los menores depende de las medidas adoptadas para garantizar su especial protección.

Entre los derechos fundamentales llamados a ser protegidos, según dicha norma, están los de la vida, la integridad física, la salud, el cuidado, la prohibición de abandono, de violencia física o moral y de abuso y explotación sexual. Su correlato, se encuentra, precisamente, en la obligación a cargo de las referidas instituciones de la sociedad de garantizar el goce efectivo de tales prerrogativas superiores, para lo cual es posible exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la respectiva sanción de los infractores.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño – preámbulo- recuerda la necesidad de cuidados específicos y asistencia legal, dada su falta de madurez física y mental, de modo que, se reconoce así, el interés superior que le asiste al niño de ser amparado por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, de todo tipo de ataque, abuso o explotación, así como la necesidad de procurar todas las ayudas terapéuticas para su restablecimiento emocional y físico –artículos 3.1, 3.2, 16.1, 19.1, 34 y 39-.

De similar manera, la Convención sobre los Derechos del Niño consagró, en su canon 3º, la consideración primordial de atender el interés superior del niño, en las medidas que deban tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Por igual, la Corte Constitucional ha sido consistente en refrendar el principio de interés superior del menor, como herramienta de ponderación, cuando quiera que los derechos de los niños se encuentren en conflicto con los de los demás, lo cual supone decantarse por un trato preferente en favor de los primeros, que involucra la imperiosa obligación de adoptar medidas de protección acordes con sus necesidades especiales (sentencia CC C-177-14).

Y ha recordado que, siendo los menores de edad sujetos de derechos de especial protección, dada su vulnerabilidad manifiesta, el interés superior que se predica en su favor *constituye en un eje transversal con efecto expansivo, no solo desde el punto de vista de los destinatarios en su garantía, sino del mismo contenido de tal enunciado*". (CC C-113 de 2017).

Ahora bien, cuando quiera que el niño, niña o adolescente tiene la condición adicional de discapacitado, la protección que ya era en sí misma reforzada por la vulnerabilidad que representa la minoría de edad, se ve robustecida por la obligación de amparo superlativo para el menor en situación de debilidad manifiesta, por razón de la discapacidad física o mental que lo aqueja, en tanto regla que anticipa un resguardo exponencial frente a los efectos nocivos generados por la desigualdad y la discriminación (artículos 13, 44 y 47 de la Constitución Política).

Al respecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos*

los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

Particularmente, en cuanto a las personas que adolecen de alguna disminución cognitiva, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la marcada vulnerabilidad en que se encuentran, dada la limitación para ejercer por sí mismos sus derechos fundamentales, *«en tanto su particular realidad dista de la de sus congéneres, quienes disfrutan de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en sociedad y hacer valer sus derechos personalísimos, con mayor probabilidad de que les sean respetados»* (CC T-075 de 2013).

Así, pues, para cerrar las brechas de desigualdad y vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en circunstancias de discapacidad es indispensable que las autoridades públicas y, por supuesto, las judiciales, asuman un compromiso de materialización de su interés superior mediante una celosa ponderación de las circunstancias particulares de cada menor, de cara a la aplicación de figuras que pudieren restringir la satisfacción de sus derechos.

3. Sobre la introducción y valoración de exposiciones anteriores al juicio oral de menores de edad, víctimas de delitos sexuales, cuando concurren al juicio oral

3.1. Según la jurisprudencia de esta Sala, son cinco las formas a través de las cuales es posible llevar las versiones de niños, niñas y adolescentes víctimas de punibles contra la integridad y formación sexual, al conocimiento del juez.

3.1.1. En primer lugar, la Fiscalía puede hacer uso de la prueba anticipada -artículo 274 de la Ley 906 de 2004-, la cual no solo permite adelantar, a una fase preliminar, el rito de producción probatoria, con la ventaja superlativa de obtener una versión, en principio, más fidedigna, considerando que su recaudo será más cercana a la presunta comisión de los hechos, sino que garantiza el principio de contradicción en su componente de confrontación y protege al menor de la victimización secundaria que emerge de someterlo a un sinnúmero de interrogatorios y valoraciones que pueden afectar irremediablemente su proceso de recuperación terapéutica. No en vano, la Corte Constitucional y esta Corporación han sido enfáticos en recomendar que se acuda, de preferencia, a esta forma de aprehensión del testimonio de víctimas de delitos sexuales (CSJ SP, 11 jul 2019, rad. 50637).

3.1.2. La segunda opción, habilitada por el legislador de 2013, permite solicitar, en la audiencia preparatoria, la declaración anterior como prueba de referencia admisible, en los términos del literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, caso en el cual, se prescinde, entonces, de la comparecencia del menor al juicio, circunstancia que salvaguarda al niño o adolescente de la referida revictimización, pero reduce el peso demostrativo de su exposición previa.

3.1.3. La tercera vía permite presentar al niño en el juicio oral, a fin de que rinda su testimonio, con las formalidades propias del interrogatorio cruzado, lo cual demanda que el menor se encuentre verdaderamente disponible para responderlo, garantizando la satisfacción del postulado de confrontación.

3.1.4. La cuarta posibilidad se inscribe en el escenario de que el niño sea llevado al juicio, se encuentre disponible para absolver las preguntas de las partes, pero sus declaraciones anteriores sean incompatibles con las manifestaciones vertidas en el debate oral, ocasión en la que cabe acudir a la figura del *testimonio adjunto*.

En este escenario, no basta con que el pequeño se retracte total o parcialmente en la audiencia pública de juzgamiento de las acusaciones previas realizadas, *verbi gratia*, en la denuncia, las valoraciones sexológicas, psicológicas o psiquiátricas, o en las entrevistas forenses, para que el fallador pueda echar mano de los contenidos suasorios que se desprenden de tales exposiciones previas.

Se requiere que la incoherencia entre lo vertido en el testimonio y lo narrado con anterioridad sea puesto de presente por la parte interesada, de modo que se habilite la lectura por parte del órgano de prueba –el menor– del apartado respectivo, se garantice la oportunidad de confrontarlo con la inconsistencia detectada y en el marco del interrogatorio cruzado se obtenga una respuesta que pueda ser cotejada por el juzgador, de cara a las aserciones

anteriores del testigo. El deponente, en ese orden, debe estar disponible física y funcionalmente y, por supuesto, la parte interesada debe solicitar la introducción de los contenidos probatorios respectivos, bajo la modalidad de testimonio adjunto y su contraparte debe contar con la oportunidad de ejercer las oposiciones de rigor (CSJ SP934-2020, rad. 52045, reiterado en CSJ SP 1875-2021, rad. 55959).

3.1.5. En la quinta hipótesis, el ente acusador opta por obtener el testimonio del menor en el juicio, pero, una vez allí, es decir, de manera sobreviniente, el niño se niega categórica o parcialmente a responder el cuestionario de las partes, porque, por ejemplo, hay evidencia demostrativa de que ha sido coaccionado o manipulado para resistirse a rendir la declaración, o no logra absolverlo a cabalidad debido a su corta edad, su condición mental u otra situación equivalente que impida ejercer la controversia probatoria, caso en el cual sus versiones anteriores son admisibles, a condición de que sean tenidas como prueba de referencia (CSJ SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; CSJ SP934-2020, may. 20, rad. 52045; CSJ SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

3.1.5.1. Sobre el particular, desde la sentencia CSJ 28 oct. 2015, rad. 44056, la Sala viene sosteniendo que, en aquellos eventos en que el niño que declara en el juicio exhibe cierta dificultad para relatar los hechos –*verbi gratia*, ante el sometimiento a procesos terapéuticos enderezados a superar los traumas causados, la edad de la víctima, los procesos de estrés postraumático, etc., que puedan intensificar el riesgo

de revictimización-, se genera una indisponibilidad relativa del testigo, que habilita escudriñar sus versiones anteriores, a la manera de prueba de referencia admisible, atendiendo el principio *pro infans*. En estos términos se expresó la Corte:

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida.

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

*En primer término, por la vigencia del principio *pro infans*, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.*

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario.

El debate sobre la eficacia demostrativa de las exposiciones de menores no ha sido ajeno al escrutinio de la Corte Constitucional, la cual, al revisar la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley 1652 de 2013, que adicionó el literal e) al canon 438 de la Ley 906 de 2004, como un motivo específico de prueba de referencia, esto es, cuando el testigo «[e]s menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código», promovió el criterio según el cual, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, el ejercicio del principio de contradicción frente a sus declaraciones anteriores amerita cierta ponderación conforme al interés superior del menor. Así lo concibió dicha Corporación (sentencia CC C-117/2014):

7.4. Tratándose de la denominada entrevista forense a los menores víctimas de delitos sexuales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones. Entre ellas, en la sentencia T-117 de 2013 ya citada, se explicó que constituye en un elemento central de la actividad investigativa, como quiera que la autoridad judicial obtiene así de la fuente primaria una visión de los hechos y las posibles motivaciones, entre otros aspectos, lo cual servirá entonces como fundamento de las labores de instrucción e indagación.

Atendiendo su pertinencia para el presente asunto, resulta oportuno citar ampliamente la sentencia T-117 de 2013 (...):

Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático⁴².”

Así, esta corporación concluyó en el fallo T-117 de 2013 ampliamente citado, que el principio del interés superior del menor constituye un criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia y la adolescencia.

7.5. Atendiendo la protección especial de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, el Tribunal Constitucional español también ha analizado los efectos de someter a un menor que ha sido víctima de un delito sexual al proceso penal, concluyendo que resulta ajustado a la Constitución que se modulen garantías procesales como el derecho de defensa y la contradicción, atendiendo la edad del ofendido y la naturaleza del delito investigado.

En efecto, en la sentencia 57 de marzo 11 de 2013 la Sala Segunda de ese tribunal (...) se explicó (no está en negrilla en el texto original): “El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que «en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado. (...) (...)

Con todo, se aclaró que, si bien se modifica justificadamente la forma de ejercer el derecho de contradicción, “tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral”.

⁴² “Sentencia 18 de mayo de 2011, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Radicado 33651.” [Cita inserta en el texto original].

Claramente, la Corte Constitucional enfatizó en la necesidad de emplear, con fundamento en el interés superior del menor y el principio *pro infans*, medidas como la que permite la valoración de declaraciones anteriores para salvaguardar su dignidad e intimidad y protegerlos de nuevos flagelos generados por la exposición a múltiples declaraciones durante el proceso penal.

Entonces, si bien, por regla general, cuando cualquier testigo acude al debate oral a narrar lo que percibió, sus atestaciones anteriores solo pueden ser utilizadas bajo las previsiones del interrogatorio cruzado para los fines señalados en los artículos 392.d y 393.b de la Ley 906 de 2004, es decir, como instrumentos para refrescar memoria o impugnar credibilidad, es lo cierto que la jurisprudencia de la Corte, en asuntos relativos a delitos de connotación sexual, ejecutados en menores de edad, viene reiterando que las entrevistas previas pueden ser allegadas y valoradas en atención a las especiales condiciones de vulnerabilidad de los infantes y la necesidad de salvaguardarlos de una victimización secundaria. (CSJ SP3812-2020, rad. 54.460).

Y es que, la prueba de referencia -entendida como la declaración rendida por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes del debate, cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJ SP, 30 sep. 2015, rad. 46153)-, se instaló en nuestro esquema procesal para i) modular la regla de admisión probatoria consistente en que todas las pruebas deben ser oportunamente descubiertas, solicitadas, decretadas y practicadas en el juicio con plenitud de las garantías de publicidad, oralidad,

inmediación y concentración, e ii) introducir determinados supuestos de excepción, como justificación para la salvaguarda de otros fines legítimos, como la verdad, la reparación y el interés público en la administración efectiva de la justicia, en una genuina dimensión ética del ejercicio de la actividad jurisdiccional, valores que encuentran una marcada connotación frente a grupos de la población que demandan especial asistencia, como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes y las personas en situación de discapacidad.

Es en ese marco que, apelando al interés superior del menor, al principio *pro infans* y a la obligación legal y la responsabilidad social de evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes, se ha admitido la posibilidad de incorporar las versiones entregadas por el menor durante las fases de indagación e investigación, cuando quiera que su voluntad ha estado viciada por presiones indebidas de su presunto agresor, familiares o simpatizantes del mismo, siempre que se agote el procedimiento de solicitud, contradicción y decreto sobreviniente de la prueba de referencia.

En efecto, ha precisado la jurisprudencia (CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153) que, para la incorporación de las declaraciones anteriores, se deben acatar unos protocolos de procedibilidad, consistentes en i) descubrir las versiones previas oportunamente, junto con los medios de prueba a través de los cuales se pretende aducirlas, ii) solicitarlas en la audiencia preparatoria como prueba de referencia - identificando las cualidades de pertinencia, conducencia y utilidad

respectivas y precisando el instrumento probatorio mediante el que serán introducidas en el juicio, así como la circunstancia excepcional de admisibilidad (artículo 348 de la Ley 906 de 2004)-, o de ser el caso, en la audiencia pública de juzgamiento, si es que la circunstancia de indisponibilidad sobreviene en dicha diligencia, oportunidad en la que *«deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente»*, previo traslado a la parte contraria para que objete o admita su incorporación.

Estas reglas, ha sostenido reiteradamente la Corte. (CSJ SP1875-2021, rad. 55959), cumplen el propósito esencial de garantizar que la contraparte ejerza el derecho a oponerse a la aducción de una prueba que, en esas condiciones, vendría eventualmente a restringir el derecho a la confrontación, así como brinda completa claridad acerca de cuáles son los medios de prueba que integran el plexo probatorio y que irán a ser objeto de valoración por parte del juzgador, lo cual es fundamental en un sistema de partes, habida cuenta que permite diseñar y ejercer una estrategia defensiva óptima.

3.1.5.2. La necesidad de satisfacer el citado protocolo de introducción de las versiones anteriores fue recientemente reiterada en sentencia CSJ SP2213-2021, rad. 53239 - también en CSJ SP934-2020, rad. 52045-.

En aquella oportunidad, aplicando las reglas fijadas en la sentencia CSJ SP3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587, se advirtió que, el acogimiento de la presunta víctima menor de edad de un delito sexual al privilegio de no incriminar a sus

parientes cercanos –artículo 33 de la Constitución Política- estuvo mediado por un contexto de maltrato sistemático, lesivo de la autonomía de la voluntad, lo que dio paso preliminar a la admisión de las declaraciones previas de la presunta ofendida, a título de prueba de referencia, por vía de la causal consagrada en el literal b) del canon 438 de la Ley 906 de 2004, en tanto la decisión de no declarar contra su familiar estuvo viciada por presiones del acusado.

No obstante, al tiempo, se insistió en la necesidad de cumplir con las reglas para la incorporación de la prueba de referencia. Y es que, aunque se encontraba acreditada la indisponibilidad de la presunta víctima, con ocasión de la opresión ejercida por el procesado sobre su grupo familiar y concretamente sobre la afectada, la fiscalía omitió solicitar la aducción de las declaraciones anteriores de la menor como prueba de referencia, de modo que no agotó el procedimiento previsto para su introducción, por lo que la Corte concluyó que no se le dio a la defensa la oportunidad de ejercer el contradictorio frente a esas versiones previas y, en consecuencia, fueron excluidas del acervo probatorio⁴³.

Lo anterior significa que, en el actual estadio jurisprudencial no solo es imprescindible que aparezca evidente alguna situación de indisponibilidad del menor presunta víctima de abuso sexual para rendir declaración en el juicio, como lo es, la generada por presiones indebidas extrínsecas al niño, sino que debe cumplirse el rito de aducción de sus versiones previas, como prueba de

⁴³ En este sentido, ver también -CSJ SP934-2020, rad. 52045

referencia admisible, en tanto acto de parte, lo cual garantiza el equilibrio adversarial, cuyo sustento se encuentra en el principio de igualdad de armas.

De este modo, el ente acusador puede llevar al conocimiento del juez las versiones primigenias del niño o adolescente, sobre la base del interés superior del menor y/o la protección reforzada que se predica de los niños en situación de discapacidad, sin que se sacrifique la posibilidad de que la defensa ejerza el derecho a oponerse a la incorporación del elemento de prueba y, por su parte, el juez tendrá que evaluarlas bajo el menguado tamiz de los contenidos probatorios referenciales y la cláusula que prohíbe elevar juicio de reproche con soporte exclusivo en pruebas de esa naturaleza (inciso 2º del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

4. El caso concreto

4.1. Como se anticipó al inicio, antes de dar respuesta a los cargos formulados por la defensa, es indispensable verificar si se incurrió en falso juicio de legalidad al valorar las declaraciones anteriores de la víctima, por cuanto las quejas del libelista en el ámbito del falso raciocinio y el falso juicio de identidad abarcan, en gran parte, dichos elementos de prueba.

Para el efecto, es necesario empezar por señalar que, la Fiscalía optó por presentar en el juicio a la menor presunta víctima del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravado; por manera que, durante la

audiencia preparatoria, solicitó el testimonio de D.M.G., el cual fue decretado por el juzgador y, como es apenas obvio, no requirió la práctica de las declaraciones anteriores de la ofendida, como prueba de referencia, en tanto confió que la menor iría a reproducir lo que narró en sus exposiciones previas.

Durante el juicio oral se presentó una clara situación de indisponibilidad relativa de la referida testigo, evidenciada en un episodio de evidente mutismo selectivo, en la medida que las respuestas al interrogatorio del ente acusador se limitaron a los aspectos más básicos de su identidad y forma de vida, guardando silencio frente a aquellos tópicos que pudieran representar alguna incriminación o exculpación respecto del procesado, salvo alguna excepción a la que se aludirá adelante.

4.2. Ese silencio generalizado no tiene otra explicación que la presión que recibió, por vía indirecta, del enjuiciado.

Ciertamente, el diligenciamiento revela que, el testimonio de **MARÍA EUGENIA GÜE** -madre de la menor- (el primero que se practicó en el juicio) fue súbitamente interrumpido a petición de la Defensora de Familia asignada para hacer el interrogatorio de D.M.G., con el fin de comunicarle a la Juez que quería hacer unas «*observaciones muy delicadas*». Es así como dio a conocer que la menor se encontraba bajo la tutela de su abuela paterna, pero arribó a las instalaciones del despacho en compañía de su mamá y su padrastro -hermano del implicado-, por lo cual, solicitó que dicho sujeto se retirara del recinto, no tuviera más contacto

con la niña, se la mantuviera aislada de la familia del acusado y se hiciera traer a su tutora, a efecto de darle protección a la pequeña, pues, a su juicio, se estaba ante una «*situación compleja*», la cual ventilaría en detalle, más adelante.

Ante esa denuncia de la funcionaria del ICBF, la falladora admitió que se llamara a AMPARO BARBOSA, quien tenía la custodia de la menor y ordenó que D.M.G. no tuviera más contacto con el resto de sus parientes, especialmente con LUIS CARLOS HERNÁNDEZ, compañero permanente de su madre y hermano del investigado, -quien, para ese momento, se encontraba parado contra el marco de la puerta-, pues estaba manipulando a la niña, así como dispuso, a petición de la defensora que se escuchara el testimonio de D.M.G., a lo cual se procedió inmediatamente después.

Previo a ello, el defensor dejó constancia de que la niña fue llevada al juicio por su madre, debido a que la boleta de citación así lo había exigido, ante lo cual la juzgadora replicó que esto aconteció, por cuanto el despacho desconocía que la menor estuviera al cuidado de su abuela paterna.

Llegada la oportunidad de escuchar a D.M.G., como testigo de cargo -el 21 de agosto de 2015-, respondió con especial fluidez los interrogantes más básicos sobre su nombre, colegio, jornada y familiares, pero al ser indagada por la razón por la que no convivía con su madre y el motivo de la diligencia se negó a hablar. Ante esta circunstancia, la defensora de familia dejó una primera constancia,

aseverando que, antes de entrar al estrado, esta le expresó que sí sabía cuál era el motivo de su presencia en ese lugar.

Enseguida, la menor fue interrogada por si conocía a **RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ GUACHAPA**, respondiendo que sí, porque es el hermano del esposo de su mamá y desde pequeña lo había visto, que lo conoció cuando su madre se iba a quedar en la casa del acusado. Por igual, mencionó que **RUBIEL** vivía en la residencia de su hermano y que hacía bastante que no lo veía, pero cuando se le consultó por su relación con él, respondió que no entendía bien.

Entonces, se le preguntó cómo había sido su trato con él. A esta y otras preguntas acerca de si tenía algo que contar del procesado, si pasó algo cuando vivía con él, la identificación de las partes del cuerpo, la amistad o problemas con **RUBIEL**, respondió: ehhh, mmm, hmm, no recuerdo, permaneció callada por largos espacios o repitió la pregunta, a manera de evasiva.

En el cometido de lograr que la niña absolviera el interrogatorio, la defensora de familia intercaló preguntas sobre la dirección de la casa del acusado, el oficio que desempeñaba, con quién se quedaba cuando su madre trabajaba, el nombre de las psicólogas de su “colegio” de la mañana y las materias que cursaba, todo lo cual obtuvo perfecta y pronta respuesta por la deponente; incluso, señaló que la psicóloga LIBIA ESMERALDA MENDOZA le hizo escribir una nota, porque ella le *«había dicho que cómo era la relación con los de la casa, pues que lo fuera copiando»*, *«que no le dijera a*

nadie», que no sabía por qué le dijo eso, y que recordaba que se lo hizo escribir, pues se lo decía casi todos los días.

Sin embargo, después volvió a su hermetismo y aunque la funcionaria le recordó que estando afuera del recinto, ella le había hablado de unos hechos, «*de unas cosas que pasaron*», volvió a callar, ante lo cual la juez le preguntó a la niña si sentía pena de hablar, replicando la defensora de familia que no era pena, sino que “ellos”, refiriéndose a su familia y, en particular, al padrastro, le habían dicho a la niña que empezara diciendo algo que, de hecho, le alcanzó a transmitir a la defensora antes de entrar.

A continuación, esta le preguntó cómo se llamaba el señor de buzo a rayas que estaba con ella afuera, dando su nombre: LUIS CARLOS HERNÁNDEZ, a quien identificó como el compañero de su mamá. Aunque no quiso mencionar lo que él le había dicho, sí admitió que tanto él como su madre iban con frecuencia a la casa donde vivía con su abuela, que aquella la visitaba casi todos los días y que le decía cosas, las cuales se negó a reproducir.

Luego de responder con dificultad que las partes de una mujer son las manos y las piernas y de que se resistiera a identificar las de un hombre, pese a que momentos antes había dado cuenta de esa información a la defensora, volvió a callar sobre el contenido del “papel” que escribió a pedido de la psicóloga del instituto, pero añadió que esta se lo pasó, y con un lacónico “no” negó que alguien la hubiera tocado y que pudiera distinguir entre verdad y mentira.

En este punto, habiendo insistido la funcionaria ante D.M.G. acerca de si era su deseo seguir guardando silencio sobre lo que le había comunicado afuera del lugar, aquella le manifestó a la juez que el cuestionario que tenía “no le daba” para avanzar más, y ante la acusación del defensor del procesado en el sentido de que la funcionaria del ICBF estaba cayendo en constreñimiento, la juzgadora señaló que se cumplió con la tarea de respetar el interrogatorio para que la niña pudiera entrar en confianza.

En ese momento, la defensora dejó la siguiente constancia:

Doctor Torres, le digo que la entrevista no es desbordándola, sino que es mi función. Tendría para informarles que, sí deben tener muy en cuenta que la niña tiene una discapacidad del 49.1% por ciento, que ha sufrido de una hidrocefalia y que tiene un retardo cognitivo, por ende teniendo en cuenta los silencios prolongados que ella tiene, la reacciones que ha tenido cuando se le pregunta sobre situaciones, que tengan en cuenta eso y no es que me haya desbordado en cuanto al interrogatorio, sino la entrevista, entonces teniendo el cuestionario, entonces, es en aras de la prevalencia del interés superior de la niña, sino que les hice conocer la situación delicada. Debo dejar sentado de que (sic) la niña debe tomarse las medidas por parte del juzgado y oficiar al defensor de familia que es el que toca. Para nada debe estar revictimizada, como estar haciendo presencia con otras personas y la sentí muy atemorizada en el..., y asustada en los pasillos. entonces que quede eso como constancia, que de lo que ella se ha negado a contestar acá, contestó muchas cosas de que ella refirió patente, que al iniciar en esta diligencia lo hice saber, porque es primera vez que veo la niña y vi situaciones muy anómalas que la niña está teniendo desde todo punto de vista, no por condenar o nada, sino que ella tiene unas condiciones de discapacidad y por eso debe manejarse y ella es diferente a como se ha manejado en esta audiencia, por eso quise que inicialmente entrara ella porque ya ha sido, ha estado contaminada y ella no debió haberse presentado en estas situaciones con... y en pura verdad no porque me esté desbordando en mis funciones, sino porque por el contrario vi que la niña no tiene las garantías necesarias y dejo constancia en eso, porque es muy distinto la actitud, los silencios de ella y pido que se evalúe esa discapacidad que ella tiene y no es por desbordarme si no en aras del interés superior de ella, de que la familia, mirar a ver por qué definitivamente la estamos

revictimizando. El señor fiscal no sé qué más tiene para decirme le solicito a la señora Nancy que es la defensora de víctimas y que oficien a Bienestar Familiar, porque yo simplemente entrevisto, pero en el restablecimiento de derechos, veo que a la niña se le están vulnerando derechos, porque viendo que se tomó una decisión administrativa, y porque claro que vieron que la niña estaba en peligro en una familia que no le es garante de derechos y vi al hermano del señor presionándola a ella y en una actitud que yo no conozco nada del proceso, que a la niña la percibí angustiada y desconfiada del medio, entonces vi que no sé desde que punto de vista se esté presionando y si es mío no tengo ese interés, sino es garantizarle los derechos.

La falladora dispuso librar las comunicaciones de rigor, a fin de que D.M.G. siguiera al cuidado de su abuela paterna. El fiscal, asimismo, dejó constancia de que la niña se estaba viendo revictimizada e instrumentalizada y la defensa no quiso hacer uso del conainterrogatorio.

Como el testimonio de la menor, también había sido decretado en favor de la defensa, D.M.G. volvió a comparecer, cerca de un año después, en la sesión del 17 de agosto de 2016, esta vez para introducir tres cartas que ella había escrito, siendo sus destinatarios, su madre, el procesado y la hermana de este -MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ-. En esta oportunidad, por solicitud del apoderado del acusado, D.M.G. leyó su contenido, el que en poco más de tres renglones pedía perdón por lo que había hecho -sin especificarlo-. Enseguida, afirmó que las excusas las ofrecía por el problema en el que estaban.

En el turno de la Fiscalía, la menor fue consultada acerca de si siempre inscribía su número de tarjeta de identidad, si le escribía a su madre para contarle lo que ha hecho y si quería a **RUBIEL**. A ello respondió que sí. También se la indagó sobre si los escritos fueron sugeridos por alguien

y si había vuelto a ver al acusado, manifestando que no. La misma respuesta ofreció cuando se le interrogó acerca de si siempre dibujaba corazones en los escritos, aclarando que solo lo hacía cuando le escribía a su papá o a su mamá.

De ahí en adelante, al ser preguntada acerca de cuál es el problema en el que estaban y qué significa cuando en la misiva dirigida a **RUBIEL** le decía que saliera pronto, se limitó a proferir las siguientes expresiones: mmm, eh, aunque señaló que le escribió a él porque quería pedirle disculpas por el problema. La defensa no quiso ejercer el redirecto.

En el espacio de las preguntas complementarias formuladas por la juez, la niña mencionó que hizo las cartas, porque le salió del corazón y que, en la dirigida a su mamá, pidió perdón por las mentiras que dijo. Igualmente, admitió que quería al procesado, que le dibujó un corazón por cariño y que no sabía por qué escribió el número de su documento de identidad en la misiva que tenía por destinataria a su madre, como tampoco tenía idea de si las mentiras que expresó eran un secreto.

Cuando la juzgadora le preguntó en qué consistían tales mentiras, la menor respondió: «mmm, mmm, no, pues es que no sé, no sé qué decir», y al concretarla acerca de si esas invenciones fueron respecto a **RUBI**, ella contestó: No. Lo mismo manifestó cuando se le preguntó si le estaba pidiendo perdón a **RUBI** por estar en la cárcel.

La falladora le insistió sobre el contenido de las mentiras y ella volvió a enmudecer. También lo hizo al ser

cuestionada sobre por qué había escrito una misma carta para MARÍA, qué fue lo que hizo para tener que pedir disculpas y sobre quién eran las mentiras.

4.3. Este panorama deja ver, con nitidez, que, en las dos oportunidades que D.M.G. compareció a rendir testimonio en el juicio no estuvo realmente disponible para absolver el interrogatorio cruzado de las partes, debido a que solo respondió unas escasas preguntas en torno al tema de prueba, indisponibilidad que no tuvo que ver necesariamente con la circunstancia de discapacidad cognitiva que padece desde que nació, sino con las presiones y manipulaciones indebidas que sufrió por parte del hermano del procesado, las cuales fueron delatadas por la menor a la defensora de familia y observadas directamente por esta cuando se encontraban en las afueras del recinto donde se celebró la audiencia pública de juzgamiento.

De esta manera, se cumplió el primero de los requisitos para valorar las declaraciones anteriores rendidas por la niña en el curso de la investigación, como prueba de referencia admisible.

4.4. No obstante, el recuento realizado deja ver que no ocurrió lo mismo con las reglas para su aducción, en tanto el fiscal del caso, pese a la irrefutable evidencia de dicha manipulación, no solicitó, como era debido, la introducción sobreviniente de las versiones anteriores de D.M.G. como pruebas de referencia -limitando su participación, a dejar constancia de que la niña se estaba viendo revictimizada e instrumentalizada-, lo que impidió que la defensa pudiera

ejercer el derecho a la oposición y que la juez emitiera algún pronunciamiento al respecto.

Esta anomalía constitutiva de falso juicio de legalidad, sin embargo, no satisface el principio de trascendencia, en la medida que, en el caso concreto, se cumplieron las finalidades previstas para la aplicación del anotado estándar de aducción probatoria, dado que, la defensa fue consciente de la naturaleza referencial de las declaraciones anteriores – permitió su incorporación material- y se le brindó la oportunidad de controvertirlas y de confrontar, en alguna medida, a la víctima frente a su señalamiento contra el procesado, de manera que, no fue sorprendido frente a las pruebas que irían a ser objeto de valoración probatoria, como pasa a verse:

4.4.1. Tras la circunstancia de indisponibilidad relativa de D.M.G., advertida cuando sirvió de testigo de cargo, la introducción posterior de sus versiones previas se produjo **materialmente** a través de la lectura íntegra que de estas hizo cada uno de los profesionales que escucharon a la niña en la fase investigativa –psicóloga del Instituto Julián Mendoza, médico legista, psicólogo forense, defensor de familia-, procedimiento de incorporación no refutado por la defensa y que, incluso, le sirvió a esta parte para ejercer el derecho de contradicción, al contrainterrogar ampliamente frente al tema de prueba a cada uno de esos testigos y compensar el eventual déficit de confrontación directa respecto a la víctima.

En este punto, es oportuno resaltar, como lo avizó la Corte Constitucional en la sentencia CC C-177-2014, que, el contenido de la entrevista forense a víctimas menores de edad no solo puede ser debatido durante el juicio oral mediante el testimonio, sino a través *«del informe rendidos (sic) por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor»*.

4.4.2. Así mismo, es indiscutible que, mientras la niña fue testigo de cargo -pese a la circunstancia de indisponibilidad parcial-, hizo algunas manifestaciones incriminatorias respecto del procesado -específicamente, cuando reconoció haber respondido por escrito a las preguntas formuladas por la psicóloga del Instituto, oportunidad en la que dio cuenta de los abusos sexuales que venía padeciendo-, fragmento suasorio frente al cual, el defensor renunció voluntariamente a ejercer el conainterrogatorio en el debate oral.

4.4.3. De igual manera, el apoderado del enjuiciado presentó a la menor como su testigo, incorporando contenidos declarativos -cartas de retractación-, con clara naturaleza de descargo, ocasión en la que la defensa también contó con la oportunidad de realizar el redirecto, pero la declinó.

4.4.4. A la idea de que se preservó el núcleo esencial del derecho de defensa, cabe agregar que, tanto los cargos formulados en sede casación, por las vías del falso raciocinio y falso juicio de identidad, como los fundamentos de la apelación formulada contra el fallo de segunda instancia se estructuraron por fuera de crítica alguna, frente al

procedimiento de incorporación de las exposiciones previas de la víctima, en la medida que, las inconformidades, en esencia, se dirigieron a las presuntas contradicciones de las versiones anteriores de la niña, de cara al plexo probatorio, todo lo cual sugiere que la defensa conoció a profundidad esos elementos de prueba y no advirtió ningún vicio probatorio que pudiera limitar el ejercicio adecuado del contradictorio.

4.5. En ese orden, cualquier lesión que pudiere haberse desprendido del abandono de los protocolos de aducción de las pruebas de referencia, por parte de la Fiscalía, deviene insustancial en este caso, atendiendo que, en el juicio, se recaba, se alcanzaron los fines de protección del debido proceso probatorio que le eran inmanentes a las anotadas reglas de incorporación.

Repárese, en este punto, que, en sede de casación, no basta con encontrar comprobado algún yerro *in procedendo* o *in iudicando*, sino que corresponde evaluar su trascendencia, de cara a la decisión opugnada, relevancia que, en el asunto *sub examine*, contrario a lo argüido por el Fiscal Décimo delegado ante esta Corporación, no aparece acreditada.

4.6. Lo anterior, no obsta para hacer un especial llamado de atención al órgano de persecución penal, a efecto de que, como garante primigenio de los derechos de la víctima (artículo 250 de la Constitución Política), cumpla adecuadamente los protocolos de incorporación probatoria de las pruebas de referencia, máxime cuando median los

derechos de los niños, niñas y adolescentes en circunstancias de discapacidad.

4.7. Ahora bien, aseguró también el fiscal delegado que, el órgano acusador por lo menos ha debido buscar la incorporación del escrito del 21 de agosto de 2014, en el momento en que la menor fue preguntada sobre el mismo, a través del mecanismo de refrescamiento de memoria, a fin de utilizar la herramienta del testimonio adjunto.

A ello cabe replicar que, la niña reconoció la existencia del manuscrito y su contenido, al señalar que, puso por escrito la respuesta a lo que la psicóloga le preguntó en torno a cómo era su relación con los miembros de su casa, luego, en esas condiciones, no resultaba indispensable acudir al citado mecanismo.

Siendo ello así, es viable colegir que, bien hicieron los juzgadores al sopesar el testimonio de la menor, en contraste con sus versiones previas, de cara al resto de los medios suasorios.

4.8. Superado este aspecto, a fin dar respuesta al primer cargo de la demanda, corresponde verificar si se vulneró el principio lógico de no contradicción en la valoración de los testimonios de D.M.G. –junto con sus exposiciones previas-, MARÍA EUGENIA GÜE, JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO, SAMIR ARTURO ALONSO CONTRERAS, OSCAR BERTULFO ORDÓÑEZ, LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ y MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ.

Al respecto, de entrada, es necesario precisar que, el censor no identificó una sola contradicción en los razonamientos del Tribunal. Su crítica, verdaderamente, se enderezó a intentar poner en evidencia presuntas inconsistencias intrínsecas y extrínsecas en las declaraciones anteriores de la menor D.M.G. y los demás testigos que, a juicio del libelista, no habrían sido advertidas por la colegiatura, de modo que la Sala se centrará en verificar, en el orden propuesto por el recurrente, si, en efecto existen tales divergencias y si ellas tienen la entidad necesaria para atentar contra el mérito positivo asignado al relato incriminatorio de la víctima.

Para empezar, es oportuno precisar que, la defensa no discutió la declaración de los juzgadores en el sentido que la deficiencia cognitiva de la que es presa D.M.G. le impide comprender el significado de una relación sexual y sus consecuencias, conclusión a la que llegó el Tribunal, tras evaluar el dictamen médico legal y la entrevista psicológica forense y establecer que debido al retraso mental moderado, la imposibilidad de ubicarse en los contextos de espacio y tiempo y el deterioro de la memoria a corto plazo, no podía autodeterminarse, ni consentir un acto erótico, máxime cuando tenía escasos 12 años de edad y se presume su ausencia de consentimiento.

Así que, el problema medular lo centró el *ad quem* en esclarecer «*si la secuencia fáctica presuntamente delictiva, que el ente acusador prometió demostrar, en el devenir del juicio oral, público y adversarial, efectivamente reprodujo la*

*hipótesis planteada y si la probó en el decurso del juicio*⁴⁴, ejercicio metodológico en el que, con la juez de primer nivel, concluyó que el dicho de la menor merecía credibilidad, dado i) el patrón de coherencia, fluidez y reiteración del señalamiento efectuado en sus versiones anteriores respecto de una única persona: **HERNÁNDEZ GUACHAPA**, señalamiento ratificado por el médico legista y los psicólogos que la entrevistaron ii) el reconocimiento que en el juicio hizo la pequeña de la carta que escribió, a petición de la psicóloga del Instituto JULIÁN MENDOZA GUERRERO, narrando los hechos lúbricos a los que había sido sometida, consistentes en desnudarla, tocarle todo el cuerpo, especialmente, sus órganos genitales (senos y vagina) y subírsele encima, a partir de lo cual -junto con el hallazgo pericial médico sexológico de desfloración antigua del himen-, se dedujo indiciariamente que ese era el momento en el que el acusado la accedía carnalmente, iv) el comportamiento confianzudo y celotípico de la niña respecto del procesado, al que aludió MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ -hermana del acusado- del que se infirió un indicio de oportunidad para delinquir, v) la confirmación de esta testigo sobre la referencia que D.M.G. hizo en su colegio sobre un novio grande que tenía, vi) la negativa de la niña a reiterar en el juicio la acusación contra el investigado, al darse cuenta de las consecuencias de la misma y iv) la ausencia de espontaneidad de las cartas suscritas por la menor, a manera de retractación.

Ahora, según el censor, la primera de las contradicciones no detectadas por la judicatura tiene que ver

⁴⁴ Cfr. folio 333 del cuaderno del Tribunal.

con el hecho de que, en ocasiones, la niña afirmó la comisión de los abusos sexuales, y en otras no, pues en el juicio se negó a responder el interrogatorio de la Fiscalía, así como manifestó que no podía diferenciar entre la verdad o la mentira.

Esta afirmación de la defensa demanda ciertas aclaraciones. Primero, como bien lo resaltaron los jueces de instancias, en todas las declaraciones que rindió la menor en la fase de investigación -esto es, en el escrito que elaboró para responder las preguntas de la psicóloga del Instituto Julián Mendoza Guerrero, en el procedimiento de restablecimiento de derechos ante el defensor de familia, en la anamnesis previa a la valoración sexológica realizada por el médico legista y en la entrevista forense efectuada por un psicólogo del CTI- y, pese a su limitación cognitiva -leve a moderada-, la niña se mostró segura en su narración, al punto que no se advierten lagunas o inconsistencias internas de carácter sustancial.

Es de esta manera que, para cuando se revelaron los hechos -el 22 de agosto de 2014-, la psicóloga LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ le pidió a la niña que le contara sobre su supuesto novio -del que había sido previamente informada por la profesora del colegio-, pero como aquella estaba muy asustada y tenía miedo de hablar, le solicitó que respondiera a sus preguntas por escrito, lo que hizo en los siguientes términos:

Lo que no me gusta es que el no me vuelva a tocar me quita la ropa él se quita la ropa se hace él mi mamá ya se enteró y le an ablado a el pero el no se quita del lado mio me ha mirado el cuerpo no todos los días me toca los senos y la vajina se me monta encima después se va para la piesa de el después vuelve y me busca y yo

*le digo déjeme quita pero el sigue encima mio.*⁴⁵ –(sic) en todo el texto-.

Es de anotar sobre este manuscrito, de claro contenido declarativo –leído íntegramente por la citada psicóloga al rendir su testimonio-, que, la menor narró en el juicio que lo realizó porque LIBIA ESMERALDA le preguntó cómo era la relación con los de su casa y le advirtió que no le dijera a nadie.

Relató la profesional que, después le hizo otras preguntas que contestó con mucho temor, confiándole la niña que el sujeto al que se refería era el hermano de su padrastro, que los hechos ocurrían en su habitación, en las noches, que su mamá no se había dado cuenta, pero que esta hablaba con el procesado y él luego le decía: “¿si ves que tu mamá si está de acuerdo?”.

Por su parte, al defensor de familia, en el procedimiento de restablecimiento de derechos iniciado el mismo día, una vez admitió que la letra del escrito era suya, identificó a **RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ** como el autor de los hechos allí narrados y aseguró que él vivía en su casa, que era como su tío, pero no lo era, y que no recordaba desde cuándo le venía haciendo las cosas que narró en la hoja de papel, ratificando, en lo esencial, lo relatado a la doctora **LONDOÑO SÁNCHEZ**.

En la valoración sexológica, de otro lado, practicada el mismo día en presencia de la madre de D.M.G. por el médico JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO, la pequeña narró con especial

⁴⁵ Cfr. folio 145 del cuaderno original 1.

sentimiento lo que le había sucedido. Así quedó plasmado en la anamnesis:

El señor Rubiel Antonio Hernández quien es hermano del padrastro desde hace varios días viene toc[á]ndola; la menor agacha la cabeza y detiene su relato, al momento levanta la cabeza y refiere luego de preguntarle que d[ó]nde la toca y dice en toda parte en la cara en la boca en los pechos en los genitales; y nuevamente baja la cabeza; en este momento le pregunto que si le hizo algo m[á]s, que si le quita la ropa y dice que s[í] que varias veces le quit[ó] la ropa y le met[í]a el dedo en la vagina y en la cola; dice me metía los dedos por ambos lados por delante y por detrás; le pregunt[é] que si le había metido el pene y se queda callada mirando hacia abajo, apenada y dice que s[í] que varias veces le lleg[ó] a meter el pene en la vagina; que botaba una cosa blanca y se la dejaba en la vagina; refiere que este señor siempre le decía que no fuera a decir nada a nadie; refiere que le daba dinero y las devueltas de los mandados; que la besaba por todas partes en la boca y en los genitales y que [é]l le metía el pene en la boca de ella; refiere que vive con la mam[á] y la hermana de 22 meses; (...) viven en la casa del marido con la cuñada, la hija de ella; el cuñado y el hijo de [é]l; (...) [D.] refiere que la última vez que estuvo con Rubiel fue el pasado jueves 21 de agosto en horas de la noche.⁴⁶

En la entrevista forense realizada por SAMIR ALONSO ARTURO CONTRERAS -psicólogo del CTI- el 28 del mismo mes, la menor vertió similar información acerca de los hechos. Así, aunque, como en el juicio, tuvo episodios de mutismo selectivo, contó que el aquí encartado, hermano del esposo de su mamá, le tocaba el cuerpo: los senos, la vagina y la cola, que ella le tocó el pene y que los eventos ocurrieron varias veces –«toda la semana, muchas veces»⁴⁷.

Así mismo, a petición del profesional, D.M.G. detalló los pormenores de una de aquellas ocasiones: «yo estaba en el computador, como es portátil estaba en el pupitre, después él me llamó a la cocina, he, y me empezó a tocar todo el cuerpo y

⁴⁶ Cfr. folios 127-128 *ibidem*.

⁴⁷ Cfr. folio 140 *ibidem*.

me quit[ó] la ropa un short, una blusa y el top, él se quit[ó] el pantalón, me empezó a tocar y cuando él me la quitó he⁴⁸, momento en el que enmudeció, para luego afirmar que i) el acusado no hizo más que tocarla, ii) aclaró que cuando ocurrían esos eventos le metía el pene en la vagina, iii) sus familiares no se daban cuenta de lo ocurrido debido a que estaban en la pieza y ella no les decía, pero la tía de su hermana MARÍA PÉRCIDES sí los observó en una ocasión y se fue a hablar con él, iii) los hechos sucedían a eso de las 7:00 p.m., iv) empezaron a sus 10 años y terminaron cuando se fue a vivir donde su “mamita” –su abuela paterna-, v) el procesado a veces le traía cosas de la tienda y le daba \$1000, no la amenazaba, pero le decía que no le contara a nadie bajo el chantaje de que no le volvería a hablar.

Como es apenas evidente, las manifestaciones realizadas por la menor en distintos escenarios se encuentran lejos de cualquier contradicción. En todas ellas, identificó sin dificultad a su agresor, describió los actos libidinosos objeto de reproche penal, aludió a las circunstancias temporo-espaciales en que acontecían e informó del número plural de ocasiones en que sucedían.

Y, si bien, durante el juicio, D.M.G. negó mediante un escueto “no” que alguna persona la hubiere tocado, la fidelidad de esta negación está ciertamente en entredicho, debido a que, la prueba pericial sexológica lo descartó y, como quedó suficientemente acreditado atrás, la libertad con que declaró la menor se encuentra comprometida por las presiones exógenas que recibió de la familia del inculcado.

⁴⁸ *Ibidem.*

Ahora bien, para justificar la existencia de contradicciones en el relato de la menor, el letrado echó mano de la manifestación de la niña según la cual no sabía diferenciar entre verdad o mentira. Sin embargo, ningún comentario le mereció al libelista que, en entrevista forense, la niña expresara lo contrario, lo cual aparece ratificado por la opinión experta de la psicóloga LONDOÑO SÁNCHEZ, quien al ser interrogada por la juez de la causa acerca de si la niña sabía diferenciar entre lo real y lo fantasioso, afirmó que sí, que *«ella es más bien una niña aplomada, ella no es fantasiosa»* y que *«su relato fue muy consistente»*.

La divergencia que el censor pretendió edificar sobre la base de que la niña le dijo a MARÍA PÉRCIDES que la psicóloga le dictó la carta, lo cual sería contrario a lo narrado por D.M.G. en el juicio, en el sentido que dicha profesional le pidió que escribiera cómo era la relación con sus familiares, es apenas aparente y, en realidad, se ubica en el plano de la credibilidad conferida por los juzgadores a la segunda y denegada a la primera.

En verdad, ningún defecto de raciocinio se percibe en el hecho de que los juzgadores prefirieran la versión de la niña por encima de la de la hermana del procesado, atendiendo, por una parte, el marcado ánimo de esta testigo de favorecer a su familiar y, por otra, la solvencia de la menor frente a la respuesta más completa que ofreció en torno al tema de prueba, misma que fue ratificada por la psicóloga LONDOÑO SÁNCHEZ, quien sobre el particular explicó que jamás sugirió lo que D.M.G. debía decir o escribir, que solo la interrogó y

ella anotó las respuestas, en tanto percibió que tenía miedo de hablar.

De similar manera, tampoco se observa alguna falta a la sana crítica en el mérito negativo asignado a ciertos apartes del testimonio de MARÍA EUGENIA GÜE, concretamente los relativos a que la pequeña, en ocasiones, decía que había sido víctima de tocamientos libidinosos, y a veces no, que lo referido por su descendiente era incoherente, y que nunca se quedaba sola en la casa, debido a su enfermedad.

Al respecto, los falladores estimaron, con razón, que la progenitora de la niña, antes que acompañar la persistente versión inculpativa de su hija se decantó por proteger al hermano de su pareja, al punto que tachó de incoherente lo manifestado por la pequeña durante el examen sexológico, por el solo hecho de que ella afirmara la comisión de los abusos sexuales por parte del procesado, bajo la prédica de que no pudieron ocurrir porque la niña nunca estaba sola, cuando lo cierto es que D.M.G. fue diáfana en señalar que los actos libidinosos ocurrían en la cocina cuando los demás miembros de la familia estaban en sus “piezas” o en su cuarto –el cual no compartía con nadie, según lo manifestó MARÍA PÉRCIDES-, en horas de la noche, todo lo cual permite deducir en buena parte el indicio de oportunidad para delinquir.

En todo caso, como se resaltó en la sentencia de primer nivel, cabe recordar que, debido a cierta dificultad de la menor para orientarse en el contexto espacio temporal, como consecuencia de su padecimiento sensorial –tal cual lo documentó el psicólogo ALONSO CONTRERAS-, una valoración

sensible a su condición de salud, no puede exigir datos exactos sobre el lugar y la hora de ocurrencia de los acontecimientos delictivos.

El insólito desinterés de la madre de la pequeña en procurar la protección de su hija, ante las afrentas sexuales que venía padeciendo, conspira en contra de la credibilidad que pudiera conferírsele a su testimonio. Y es que, como lo destacó el *a quo*, se observa que, tras la valoración médico sexológica, aquella fue requerida por el forense para que llevara inmediatamente a la niña al hospital a fin de que se tomaran las medidas necesarias frente a un eventual embarazo o enfermedad de transmisión sexual; sin embargo, no lo hizo en ese momento aduciendo razones laborales; pero tampoco luego, pese a la severidad de la advertencia, al considerar que no había pasado nada –no la vio sangrar, con dolor o cambios comportamentales–, siendo que el médico legista le comunicó lo contrario, esto es, que la menor había sido ciertamente desflorada.

El desdén de MARÍA EUGENIA GÜE por la suerte de su descendiente, igualmente se vio representado en la preocupación por buscar apoyo psicológico para sí y para su pareja, incluso de carácter particular, antes que para quien se reputaba verdadera víctima de los hechos: su hija.

De ninguno de estos aspectos se ocupó el libelista, pues se limitó a sostener que dicha señora sí mostró interés por su pequeña, debido a que presentó denuncia formal de los hechos, desconociendo, asimismo, que tal como lo reconoció ella misma, se vio avocada a formular la noticia criminal, ya

que así se lo exigió el defensor de familia, quien, por su parte, también dio cuenta a las autoridades penales de lo sucedido.

Bien hizo, pues, la juez de primer nivel al inferir que *«MARÍA EUGENIA G[Ü]E, frente a RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ, tiene una condición especial, que hace que su testimonio pueda ser sesgado y es que, él es el hermano de su compañero permanente (vínculo afectivo) y además de eso, vivía en la casa [de] propiedad de aquel (dependencia económica), circunstancias que sin duda pueden afectar perfectamente minar (sic) su juicio.»*⁴⁹

De otro lado, para el casacionista, los sentenciadores se contradijeron al aseverar que MARÍA EUGENIA GÜE y MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ admitieron que la menor indicó en su colegio que tenía un novio llamado **RUBI**, pues, sugiere, que las testigos no podían dar cuenta de este hecho, ya que no lo presenciaron; sin embargo, tal censura no se inscribe en el ámbito de lo contradictorio, sino si acaso en la valoración de prueba de referencia inadmisibles, crítica que, sin embargo, está destinada al fracaso, pues la segunda anotó que fue la misma menor la que le expresó que ella había dicho en su colegio que tenía un noviazgo con **RUBIEL**, quien “era más grande” que ella, enunciado demostrativo que, junto con el resultante de señalar que, al conocer su hermano de esa circunstancia y “para evitar problemas” se fue a vivir a un “lotecito” de la familia, sirvió para refrendar, a manera de datos periféricos, la incriminación realizada por la menor y, por ende, el juicio de reproche contra el inculpado.

⁴⁹ Cfr. folio 303 *ibidem*.

Al respecto, aunque la citada testigo aseguró que D.M.G., según se lo habría afirmado esta, tuvo por propósito “quitarse de encima” a las compañeras del colegio que ya tenían novio, tal excusa no resultó plausible para el Tribunal, en tanto estimó que no era más que una justificación que pretendía buscar la exoneración de su consanguíneo.

De otro lado, ninguna contradicción podría resultar de que el *ad quem* infiriera que el procesado tuvo contacto físico sexual con la pequeña, a partir del comportamiento “confianzado” de esta respecto de aquél -del que dio cuenta su hermana MARÍA PÉRCIDES-, pues simplemente se valió de un hecho indicador que le permitió corroborar un indicio de oportunidad, no controvertido debidamente por el censor.

De similar manera, distinto a la aspiración del libelista, no es racionalmente viable relacionar la conclusión de los profesionales de la salud que entrevistaron a la niña en el sentido que su relato no es fantasioso, avalada por los falladores, con la condición de discapacidad sensorial de la menor, habida cuenta que el censor no sólo omitió especificar la ley de la ciencia que justificaría ese predicado, sino que, olvidó confrontar su postura con la de los jueces de instancia, quienes destacaron la solidez de la incriminación.

Y es que, en el caso concreto, el médico forense resaltó que la niña estaba en capacidad de comprender y explicar lo que le había acontecido, de manea que ella respondió *«en detalle con su manito atrás y adelante, ella describía, sí había algún tipo de comunicación, sí se hizo comprender perfectamente»*, y añadió que su relato fue muy consistente y

estuvo rodeado de un «*contenido emocional importante*», al paso que el psicólogo ALONSO CONTRERAS fue enfático en señalar que, pese al ligero retardo mental que padece, el cual no le permite, eventualmente, ubicarse en el tiempo y espacio, goza de un lenguaje verbal y paraverbal fluido y coherente, que le permitió dar cuenta de un hecho vivido, destacando su coherencia y claridad, cualidades de la personalidad resaltadas, incluso, por la hermana del inculpado, quien enfatizó que, no obstante su hidrocefalia, la niña es muy inteligente, tiene la facultad de dar exacta cuenta de números de cédula y teléfonos y de hacer sus tareas “lindas”, lo cual es perceptible al escuchar su testimonio en el juicio, en torno a las respuestas ofrecidas a las preguntas que no se sintió limitada a contestar.

En este punto, para afianzar la tesis de que la menor estaba inmersa en una fantasía, el defensor sostiene que constituye un contrasentido que D.M.G. escribiera en la carta introducida por LIBIA ESMERALDA LONDOÑO SÁNCHEZ que le disgustaba que el acusado no le volviera a tocar el cuerpo y, a la vez, que lo repelía diciéndole que la “dejara quieta”.

Al respecto, aunque, *a priori*, es evidente la inconsistencia, es lo cierto que, el enunciado expresado por la menor: «*lo que no me gusta es que él no me vuelva a tocar todo el cuerpo*»⁵⁰ puede obedecer a la dificultad que entraña para cualquiera -y más para una niña con cierta discapacidad cognitiva- responder preguntas con estructura negativa que exigen para su respuesta emplear el adverbio de negación

⁵⁰ Cfr. folio 145 del cuaderno original 1.

“no”. Además, es lo cierto que, tampoco se demostró la trascendencia de tal incoherencia, de cara al resto de declaraciones anteriores de la niña, en las que reiteró su desagrado por los abusos sexuales y, en todo caso, no puede perderse de vista que la pequeña tuvo un estrecho vínculo afectivo con el procesado, a quien, según lo refirió MARÍA PÉRCIDES, le hacía escenas de celos, «*como una persona adulta, no como niña que era*», cuando quiera que él recibía visitas de amigas o pasaba tiempo con ellas, lo que bien puede explicar que, en una desacomodada visión generada por el síndrome de acomodación infantil pretendiera que se repitieran los contactos erótico sexuales, lo cual redundaba en el comportamiento “confianzado” de la menor respecto de su victimario.

Es cierto, por otra parte, que, el silencio o la retractación de los menores víctimas de episodios de violencia sexual admite varias explicaciones, entre ellas, la destacada por el censor, en el sentido que podría ser el reflejo del arrepentimiento frente al hecho de haber mentido sobre la incriminación.

Sin embargo, en el caso de la especie, es evidente que la hipótesis escogida por los juzgadores, que devela el ánimo de la niña de proteger al inculpado con su mutismo selectivo y la incorporación de tres cartas de autoría de la menor en las que ofrece disculpas a su madre, al procesado y a la hermana de él, es en definitiva la más plausible, considerando las presiones ilícitas ejercidas sobre la víctima y el interés del que hablaba el legislador de 2013, de procurar el

restablecimiento de las relaciones familiares afectadas con la privación de la libertad de un miembro de esa colectividad.

Y es que, contrario a la opinión del recurrente, en el asunto que se examina, el silencio y el lenguaje corporal evasivo de la menor no son indicativos de una versión fantasiosa, sino de la comprobada manipulación de su testimonio por parte de su padrastro y hermano del procesado, lo cual es igualmente visible en el relato que ella rindió por cuenta de la defensa, en la medida que, al igual que en su primera salida procesal, se mostró renuente a dar las explicaciones del caso, negándose a precisar cuáles eran las mentiras por las que pedía perdón y a identificar el problema al que aludió en los mismos, aclarando, incluso, que tales invenciones no versaban sobre el acusado y que las disculpas no tenían que ver con el hecho de que **HERNÁNDEZ GUAPACHA** estuviese en la cárcel.

Es más, a propósito de la manipulación sufrida por la niña a manos de la familia del procesado, para la *a quo*, resultó profundamente llamativo que tales cartas exhiban similar contenido, el nombre completo de D.M.G. y el documento de identidad, y peor aún, que no hubieren llegado a sus destinatarios, sino que hayan sido utilizadas como prueba de retractación por la defensa, máxime cuando, como se destacó en el fallo de primer grado, la niña no acostumbraba a disculparse y menos a través de cartas, tal cual lo afirmó MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ, agregando que *«incluso [D.] días antes, había tenido un comportamiento agresivo con la mamá donde le dio pata y todo, y ella por eso no se excusó»*.

Concluyó la sentenciadora que, «[l]o anterior permite deducir sería y fundadamente que la elaboración de esas cartas fue sugerida y su contenido no corresponde a la espontaneidad que han referido MARÍA EUGENIA GÜE, MARÍA PÉRCIDES HERNÁNDEZ y la psicóloga LIBIA ESMERALDA LONDOÑO caracteriza a la menor (...)»⁵¹ y que «obedeció a la intención defensiva de querer “deshacer las cosas (...) como se hicieron”». Aquí, la juzgadora sostuvo que, tales escritos no plasmaron la voluntad de la víctima, pues, de ser así, no habría ninguna razón para que D.M.G. se abstuviera de expresar a qué mentiras se refería, razón por la que encontró corroborada la denuncia de la defensora de familia en el sentido que la niña había sido objeto de manipulación.

Es verdad, por otro lado, que MARÍA EUGENIA y MARÍA PÉRCIDES negaron conocer sobre los abusos sexuales perpetrados contra D.M.G., lo cual sugiere una contradicción extrínseca de la versión de la ofendida, quien aseveró en la misiva del 21 de agosto de 2014 que su mamá estaba enterada de ello y que la segunda fue testigo de uno de los episodios ocurridos en la cocina. No obstante, el demandante dejó al margen que i) la psicóloga LONDOÑO SÁNCHEZ sostuvo que la niña refirió que el procesado hablaba con su madre y luego le decía: «¿si ves que tu mamá está de acuerdo?», lo que indica que le hizo creer que ella había otorgado su permiso para la ejecución de los actos reprochados y, ii) MARÍA PÉRCIDES compareció como testigo de descargo de la defensa,

⁵¹ Cfr. folio 307 del cuaderno original 1.

en razón del vínculo de parentesco que la une con el acusado, lo que permite sospechar fundadamente de la fidelidad de su relato.

Por último, el censor pretendió refutar la pericia sexológica desde la tesis según la cual la desfloración en el cuadrante 6 del himen de la niña no es compatible con la introducción de un pene en la cavidad vaginal. Sin embargo, además que nada hizo el casacionista por identificar el postulado científico que permitiría arribar a esa conclusión, es claro que tal premisa deviene del todo contraevidente, si en cuenta se tiene que, el médico JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO fue contundente al explicar que *«después de que el himen se desgarró, puede permitir el paso del miembro viril sin desgarrarse [más]»*.

El mismo razonamiento cabe hacer para descartar que la desfloración, en las condiciones anotadas, obedezca a *«una variable anatómica de la menor»*⁵², máxime cuando el perito no fue indagado sobre el particular.

Así, pues, es posible establecer que no se incurrió en el falso raciocinio denunciado, en la medida que las versiones de la víctima fueron valoradas desde el prisma propio de un testigo que ha vivido lo que narró, sin olvidar las cautelas propias que representa la prueba de referencia y de frente al resto de medios cognoscitivos de naturaleza directa (testimonial e indiciaria) que vinieron a corroborar el relato de la agredida y que permitieron superar con suficiencia la

⁵² Cfr. folio 388 *ibidem*.

prohibición de condena con prueba exclusiva de naturaleza referencial.

Esta actitud metódica de procedencia valorativa se encuentra claramente reflejada en los razonamientos de los juzgadores al aceptar el peso incriminatorio pleno del testimonio de D.M.G. –en el aparte tantas veces mencionado– y el mérito menguado de sus versiones previas, y ponerlo en relación de confrontación con el resto de las pruebas, ejercicio en el que se advierte que los diversos relatos de la menor denotan la consistencia suficiente para hacer decaer la presunción de inocencia de **HERNÁNDEZ GUACHAPA**, no solo por su claridad, coherencia y persistencia, sino porque su versión se vio reforzada con indicios periféricos corroboradores, de cierto peso y relevancia.

Y es que, constató la Corte que, desde un inicio, la niña reveló de manera lógica y consistente cada uno los hitos del abuso sexual que sufrió por parte del procesado, lo que le imprime especial relevancia a las pruebas de referencia valoradas y al aparte nítidamente incriminatorio de su testimonio –en el que reconoció haber elaborado la nota inicial en la que hizo constar los actos lúbricos que venía padeciendo–, constituyéndose en el pilar fundamental para descartar móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pudiere fragmentar su credibilidad.

Igualmente, es de destacar la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizado por la víctima (coherencia interna), lo que lo dota de credibilidad objetiva, así como la ausencia de inconsistencias

entre las distintas versiones inculpatorias, cuestión que se asienta en el ámbito de la persistencia de la declaración, la cual se nutrió, a su turno, de diversos elementos corroboradores de la fidelidad de la incriminación, como los resultantes del hallazgo clínico de desfloración antigua; la cohabitación de la niña con su victimario; la labor de cuidado que, en ocasiones, desempeñaba el procesado respecto de la niña; la relación estrecha, “confianzuda” y celotípica de esta frente a aquél; la referencia de la pequeña en su colegio a la existencia de un novio grande llamado **RUBIEL**, confirmada por la niña a MARÍA PÉRCIDES; la decisión del enjuiciado de irse de la casa por un tiempo para evitar problemas, mucho antes de que D.M.G. revelara los hechos; la ausencia de espontaneidad en las cartas de “retractación” elaboradas por la pequeña, dado que no era habitual que se excusara por nada y menos por escrito, además que responden a un formato, en el que incluso consta su documento de identidad; la confirmación de la menor, en el juicio, de que las mentiras a las que aludió y el “problema” al que se refirió no tenían relación con el acusado; y lo inusual que resulta la costumbre de MARÍA PÉRCIDES de encerrar a la menor, con llave, en su habitación, durante las noches, entre otros datos que afianzan los contenidos de las pruebas referenciales examinadas.

Así las cosas, es evidente que no se incurrió en los yerros de raciocinio denunciados y, que, en esa medida, no se logró quebrantar la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo impugnado.

4.9. Para finalizar, se debe señalar que la Corte se abstendrá de hacer un pronunciamiento adicional frente al segundo cargo propuesto, habida cuenta que exhibe idénticos argumentos a los plasmados en el primero, salvo porque esta vez acusa, sin demostrarlo por supuesto, la tergiversación y cercenamiento de los medios de prueba sobre los que hizo recaer el defecto, pero bajo la base de cuestionar el mérito asignado a las pruebas, lo que nada tiene que ver con su desfiguración, mutilación o adición.

Siendo lo anterior así, no se casará la sentencia impugnada.

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. No casar la sentencia del 12 de septiembre de 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga.

Segundo. Contra esta decisión no proceden recursos.

Tercero. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase



FABIO OSPITIA GARZÓN

Salvo voto

Presidente

onal@2022



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

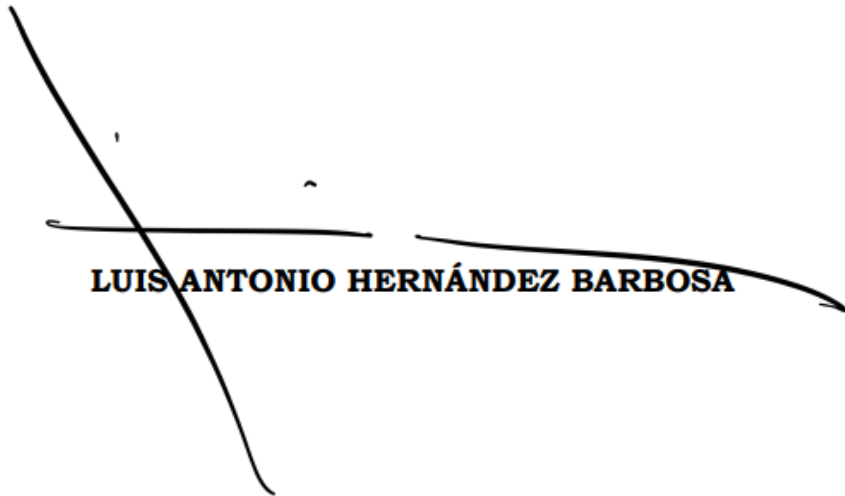


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
SALVÓ EL VOTO



GERSON CHAVERRA CASTRO

Sal



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
SALVAMENTO DE VOTO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Sala Casación Penal @ 2022