



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP1774 - 2022

Casación No. 53025

Acta No. 108

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida el 11 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que revocó la condena emitida el 3 de noviembre de 2017 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, y, en su lugar, absolvió a **ESTEBAN PATIÑO GAVIRIA** por el delito de acceso carnal violento agravado.

II. HECHOS

El seis de abril de 2013, aproximadamente a las 5:30 de la tarde, E. D. A. M, de 15 años de edad, se preparaba para salir con su novio a pasear, cuando fue sorprendida por tres individuos, entre quienes se encontraba ESTEBAN PATIÑO GAVIRIA.

Los agresores ingresaron subrepticamente a su residencia y la amenazaron con un arma de fuego para doblegar su voluntad con el propósito de accederla carnalmente, lo que lograron todos ellos, de forma sucesiva. Además, le causaron varias cortadas en su brazo izquierdo, al tiempo que la golpeaban e insultaban.

PATIÑO GAVIRIA actuó con el propósito de vengarse de la víctima y de sus familiares, toda vez que días atrás ésta impidió que le disparara a uno de sus hermanos, con quien el procesado tuvo una desavenencia por una bicicleta.

Los hechos ocurrieron en la zona urbana de la ciudad de Cali.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por estos hechos, el 15 de septiembre de 2016 la Fiscalía le imputó a ESTEBAN PATIÑO GAVIRIA el delito de acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211 numeral 1º del

Código Penal). El imputado no aceptó los cargos. Se le impuso detención preventiva en centro de reclusión¹.

Lo acusó en los mismos términos, con la aclaración de que sería llamado a responder a título de coautor².

El 3 de noviembre de 2017, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 17 años, tras hallar probado el delito incluido en la acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El juzgado encontró probado, más allá de duda razonable, que el procesado hizo parte del grupo que agredió sexualmente a la víctima. Su conclusión se basa en lo siguiente: (i) en el juicio oral, la víctima señaló a PATIÑO GAVIRIA como uno de los agresores, describió detalladamente lo sucedido y explicó razonablemente que en principio optó por ocultar la identidad de dichos sujetos por temor de que atentaran contra su familia; (ii) la notoria consternación de la testigo al relatar lo sucedido también le imprime verosimilitud a su relato; (iii) es creíble lo que dijo uno de los hermanos de la víctima –*Maicol David*– en el sentido que ingresó a la residencia, vio a su hermana totalmente doblegada y alcanzó a ver al procesado cuando huía por la

¹ Fl. 23 c.1

² Fl. 38 C.1

terrazza de la edificación; (iv) el otro hermano de la víctima –*Juan Pablo*– no solo confirma que la joven estaba en el piso, semidesnuda y con notorios signos de violencia, sino que, además, declaró que fue amigo del procesado pero dicho vínculo se rompió por un problema que tuvieron por una bicicleta, lo que se aviene totalmente a lo expuesto por la víctima sobre los antecedentes del ataque sexual y las razones que tuvo para faltar a la verdad con el propósito de proteger a su familia; (v) la hermana de la víctima –*Lina*–, corroboró que ésta se encontraba en compañía únicamente de su hermano menor, al tiempo que se refirió al hallazgo de sangre en la casa, al desorden causado por los agresores y al hecho de que su consanguínea fue trasladada a un hospital a raíz de estos hechos; y (vi) la perito que realizó el reconocimiento físico se refirió a la presencia de heridas en el brazo de la víctima, cuyo estado de sanación corresponde al tiempo transcurrido entre los hechos y el reconocimiento.

Sobre las pruebas presentadas por la defensa para demostrar que el 6 de abril de 2013, a las 5:30 de la tarde, el procesado se encontraba en la estación de policía donde recibía instrucción, resaltó: (i) los testigos incurrieron en contradicciones sobre la duración de la instrucción, los horarios en que se impartían las clases y la posibilidad de obtener permisos, a pesar de haberse atribuido una “*memoria fotográfica*” que les permitía recordar qué estaba haciendo el procesado varios años atrás, en una fecha específica; (ii) las inconsistencias de estos testigos sobre la flexibilidad del régimen al que estaban sometidos los

aprendices, especialmente los sábados; y (iii) el defensor enunció unos documentos que supuestamente corroboraban la información de sus testigos, pero no los incorporó.

La apelación interpuesta por la defensa activó la competencia del Tribunal Superior de Cali, que revocó la condena y, en consecuencia, absolvió al procesado. Ello, mediante proveído del 11 de abril de 2018. Sostuvo que existe duda razonable sobre su participación en los hechos objeto de juzgamiento.

En su disertación, (i) da por probado que el 6 de abril de 2013, en horas de la tarde, la víctima fue accedida carnalmente por tres sujetos que ingresaron a su residencia y la doblegaron mediante violencia, lo que corresponde a un “*acto premeditado*”; (ii) considera razonable la explicación dada por la principal testigo de cargo sobre su cambio de versión, pues se demostró que fue amenazada y que había tenido un incidente con el procesado, quien intentó matar a uno de sus hermanos; (iii) sin embargo, estima que su versión solo resulta útil para establecer con probabilidad de verdad que el procesado participó en los hechos, bajo el entendido que la condena está sujeta a un estándar más alto –*convencimiento más allá de duda razonable*–; (iv) los policiales que declararon a instancias de la defensa dejaron claro que el procesado, para la fecha de los hechos, estaba recibiendo instrucción en una estación de policía; (v) según los gendarmes, los jóvenes que prestaban dicho servicio tenían que permanecer en las instalaciones policiales entre las 7 de

la mañana y las 7 de la noche, sometidos a un régimen estricto, en el que la concesión de permisos era excepcional; (vi) estos servidores, basados en las constancias plasmadas en los libros de la institución, dan fe que el procesado no obtuvo permiso para salir antes de las 7 de la noche; y (vii) por tanto, existe duda de que haya podido participar en los hechos, toda vez que los mismos ocurrieron alrededor de las 5:30 de la tarde.

El fallo de segunda instancia fue objeto del recurso de casación interpuesto por la delegada del Ministerio Público. La audiencia de sustentación se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2018³.

IV. LA DEMANDA

Propone dos cargos, ambos orientados a demostrar la violación indirecta de ley sustancial, por errores de hecho en las modalidades de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Aunque planteó dos cargos, se advierte que toda su disertación se orienta a demostrar diversos yerros en la valoración de la prueba, que confluyeron para generar un error en torno a la existencia de la duda razonable declarada por el Tribunal, bajo el entendido que, en su opinión, esa corporación tergiversó el estándar consagrado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

³ Cfr. Folios 20 y 21, *ib.*

En defensa de su tesis, expone los siguientes argumentos:

Como el Tribunal le otorgó credibilidad a lo expuesto por la víctima sobre la ocurrencia del ataque sexual, al tiempo que consideró razonable sus explicaciones para ocultar la identidad de los agresores cuando recibió la atención inicial, también debió aceptar la certidumbre acerca de que el procesado fue uno de los atacantes. Por tanto, incurrió en el yerro de afirmar y negar un mismo hecho, dentro de la misma providencia.

En la misma línea, si tuvo por cierto que la violación fue premeditada y tenía un claro propósito vindicativo, no podía desconocer que ESTEBAN PATIÑO era quien tenía razones para perpetrar la acción, porque, días atrás, la víctima impidió que le disparara a uno de sus hermanos.

En el análisis del testimonio del hermano menor de la víctima, el Tribunal incurrió en las siguientes impresiones: (i) sin especificar, mencionó fallas en la declaración y falta de fluidez, lo que no fue percibido por la impugnante, pese a que tuvo plena inmediación durante la práctica probatoria; (ii) da por sentado que el menor aseguró haber visto el contenido del bolso que llevaba el procesado, sin ser ello posible, cuando lo que realmente ocurrió es que el testigo hizo expresa alusión a que dedujo que en dicho contenedor llevaba "*las piolas y la cuchilla*" utilizadas para doblegar la

voluntad de su hermana, conclusión que era más que razonable; y (iii) si se aceptara que dicho testimonio tiene esas falencias, ello no incide en la credibilidad del relato de la víctima.

A continuación, mencionó diversas pautas de valoración de la prueba en casos de abuso sexual, desarrolladas por la Corte Constitucional. Ello, con el fin de resaltar que, en este caso, no se puede descartar la credibilidad del testimonio de la víctima por el hecho que en su primera versión omitió los datos de los agresores.

Así, aunque tilda de verosímil el testimonio de la víctima, concluye afirmando que existe duda razonable, principalmente porque no puede descartarse que el procesado hubiera estado en una estación de policía para cuando ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento. Esta última conclusión es, en su criterio, producto de los siguientes errores:

En primer término, desconoció las amplias razones expuestas por el juzgador de primer grado, orientadas a demostrar la inverosimilitud de los testimonios practicados a instancias de la defensa, esto es, los rendidos por dos amigos que también definieron su situación militar en la dependencia policial, y los dos servidores públicos que participaron en el proceso de formación en calidad de instructores. Ello, bajo el entendido que la decisión de segunda instancia se fundamenta, principalmente, en estos

últimos, quienes declararon sobre el contenido de los libros que se llevan en la institución.

El Tribunal valoró el contenido de unos libros que nunca fueron aportados al procesado en calidad de prueba documental, por lo que incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia.

Además, como se desconoce la identidad de quienes diligenciaron dichos libros, los policiales que comparecieron al juicio oral tienen el carácter de “*testigos de referencia de tercer grado*”, en cuanto puede concluirse que ni ellos sabían “*cuándo, cómo, dónde o con qué precisión fueron elaborados*”. Finalmente, no se estableció prácticamente nada sobre el contenido de esos documentos, ni sobre la fiabilidad y completitud de la información en ellos recogida. Ello, sin perder de vista que para esa fecha más de 700 bachilleres prestaban su servicio en esa dependencia.

Pero incluso si se aceptara, para la discusión, que esos libros fueron revisados minuciosamente, debe considerarse lo que enseña la experiencia sobre la posibilidad de salir un poco antes del lugar de trabajo y lo innecesario que resulta registrar ese tipo de acontecimientos, máxime si se tiene en cuenta que eran alrededor de 700 bachilleres. Igualmente, la experiencia enseña que este tipo de registros pueden ser inexactos, por estar sujetos a “*errores, deseos y valoraciones humanas*”.

De otro lado, es claro que los amigos del procesado actuaron con el propósito de favorecerle, toda vez que se preciaron de tener una memoria fotográfica para referirse a la presencia de éste en la estación de policía en una fecha remota, en un horario determinado, pero no recordaban datos verdaderamente relevantes, como la enfermedad sufrida por su amigo y las fechas en que estuvo hospitalizado.

Finalmente, sostiene que el Tribunal tergiversó el estándar establecido por el legislador para la procedencia de la condena (*convencimiento más allá de duda razonable*), en cuanto consideró que la absolución procede ante cualquier “*sombra de duda*”, lo que “*equivale a la certeza*”.

En su opinión, dicho estándar se reduce a que “*a pesar de existir otras teorías de responsabilidad y consecuente decisión, la que se toma es la que más se ajusta a lo probado, porque las otras hipótesis –como en este caso, las de inocencia-, son menos probables o creíbles (...) La duda solo debe prevalecer cuando las dos teorías (la de inocencia y la de responsabilidad) están en un mismo nivel de credibilidad y ahí es que surge el principio in dubio pro reo*”.

Sobre esta base argumentativa, concluye que la hipótesis acusatoria fue demostrada con el testimonio de la víctima, que encuentra respaldo en las demás pruebas de cargo. La hipótesis alternativa –*propuesta por la defensa*– no se

acreditó, debido a las falencias de los testigos de descargo, referidas en precedencia.

Con fundamento en ello, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia el fallo condenatorio emitido en primera instancia.

V. LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

La delegada del Ministerio Público, en esencia, reiteró lo expuesto en la demanda.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía y el defensor pidieron desestimar la pretensión de la impugnante.

El delegado de la Fiscalía planteó la existencia de dudas insalvables. Incluso, cuestionó la ocurrencia de la violación, bajo el argumento que en el cuerpo de la joven no se hallaron huellas compatibles con el acceso carnal violento perpetrado por tres sujetos, lo que, en su opinión, debió dar lugar a la ruptura del himen.

Explica así sus conclusiones: (i) la presunta víctima, en su versión inicial, dijo que no identificó a los agresores porque utilizaban pasamontañas y guantes; (ii) en la fecha y hora señaladas por ella, el procesado se encontraba en la dependencia policial donde recibía instrucción para resolver su situación militar; (iii) las contradicciones entre los relatos de la víctima y su hermano impiden alcanzar el nivel de

conocimiento previsto para la condena; (iv) no era necesaria la incorporación de los referidos libros, lo que pudo suplirse con la declaración de los policiales, por lo que debe descartarse el falso juicio de existencia a que alude la censura; y (v) la Fiscalía incurrió en múltiples errores, que no pueden ser asumidos por el procesado.

En la misma línea, el defensor sostuvo que el Tribunal examinó cada una de las pruebas y decidió conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que no incurrió en el falso raciocinio que se le atribuye, ni en ninguna otra forma de violación indirecta de la ley sustancial. Al respecto, expuso, (i) el Juzgado no tuvo en cuenta las pruebas de la defensa, ni las contradicciones entre la versión inicial de la víctima y lo declarado en juicio; (ii) la información a la que aludieron los policiales corresponde al derecho de petición radicado por la defensa, orientado a obtener información sobre las actividades realizadas por el procesado el 6 de abril de 2013; (iii) si en los libros no consta que el procesado salió, es porque permaneció en la estación de policía, ubicada a una distancia considerable del sitio de los hechos; y (iv) la Fiscalía verificó el contenido de los libros y la Procuradora interrogó ampliamente a los policiales que declararon sobre ese tema, por lo que resultan injustificadas las quejas expuestas por esta última.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Delimitación del debate

En el fallo de primer grado, el juzgado declaró probado que el 6 de octubre de 2013, en horas de la tarde, la víctima fue accedida carnalmente por tres sujetos que la sometieron a través de diversas formas de violencia física y moral (*la golpearon, cortaron y amenazaron*), y que en esos hechos intervino el procesado ESTEBAN PATIÑO GAVIRIA. Por esta razón condenó.

El Tribunal, por su parte, aceptó la existencia de la violación, pero reconoció dudas en torno a la participación del procesado en los hechos, por considerar, en lo esencial, que el testimonio de la víctima y de su hermano menor no resultaban convincentes en punto de los señalamientos que hacían de su participación en la agresión, y se contaba con prueba testimonial que lo ubicaba en un lugar distinto de los hechos. Por estos motivos, revocó y absolvió.

Se discute, en consecuencia, si la Fiscalía logró probar más allá de duda razonable que el procesado hacía parte del grupo de sujetos que realizaron la agresión sexual. Ello, a partir de dos aspectos perfectamente diferenciables, a saber: (i) las inconsistencias de la prueba de cargo, y (ii) el respaldo que la prueba de descargo le brinda a la hipótesis alternativa propuesta por la defensa.

Puntualmente, debe verificarse, (i) si el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad al valorar las pruebas

presentadas por la Fiscalía; (ii) si las conclusiones sobre dichos elementos de convicción entrañan un falso raciocinio, por la trasgresión del principio lógico de no contradicción; (iii) la tergiversación del estándar de conocimiento establecido por el legislador para la procedencia de la condena; (iv) si valoró documentos que no fueron aportados al proceso o si tuvo en cuenta prueba de referencia que no fue incorporada legalmente; (v) si dejó de considerar aspectos relevantes de la prueba de descargo, atinentes a la credibilidad de los testigos; y (vi) como quiera que la Fiscalía, en su alegato ante la Corte, trajo a colación un nuevo tema de controversia, pues cuestionó que la víctima hubiera sido realmente accedida carnal y violentamente por tres hombres, sin que ello haya causado la ruptura de su himen, resulta necesario hacer algunas consideraciones sobre el particular.

6.2. El estándar de conocimiento establecido por el legislador para la procedencia de la condena

Aunque este tema fue ventilado ampliamente en la demanda, no resulta determinante para la solución del caso, toda vez que, como se explicará más adelante, es evidente la verosimilitud del testimonio de la víctima, así como el respaldo que encuentra en las restantes pruebas de cargo.

Es igualmente claro que la hipótesis factual propuesta por la defensa no encuentra respaldo suficiente en las pruebas de descargo, por lo que no tiene la entidad suficiente

para generar el estado de duda razonable reconocido por el juzgador de segundo grado.

Es de precisar, sin embargo, que lo sostenido por la recurrente en el sentido que la condena se impone cuando la hipótesis sostenida por la Fiscalía es la que se presenta más verosímil, sin importar que las hipótesis exculpatorias sean también razonables, resulta inadmisibile.

Esa postura, que se ajusta a la teoría de la *preponderancia*, daría cuenta que la condena procede cuando a la luz de las pruebas practicadas en el juicio es “*más probable que menos probable*” que un hecho haya ocurrido de una determinada manera. En cierto sentido, un estándar de esta naturaleza radicaría en la defensa una carga semejante a la del acusador, lo que resulta claramente inadmisibile (ídem).

En suma, el estándar de *preponderancia* propuesto por la recurrente puede ser aplicable en ámbitos diferentes al penal, o, quizás, podría predicarse de otras fases de la actuación diferentes a la sentencia, pero no para decidir sobre la procedencia de la condena, entre otras cosas porque así lo dispuso expresamente el legislador al precisar que “*para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda –razonable-, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado*” (Art. 381 de la Ley 906 de 2004).

Como quiera que el presente asunto se resuelve en otros ámbitos, la Sala se remite a lo expuesto por esta Corporación en diferentes fallos, en torno a la necesidad de que la duda se respalde en las pruebas practicadas en el juicio oral para que alcance la connotación de plausible (CSJSP 1467, 12 oct 2019, Rad. 37175; y CSJSP5295, 04 dic 2019, Rad. 55651).

6.3. Los errores en la valoración de la prueba de cargo

El Tribunal acierta al concluir que la versión de la víctima es verosímil en lo que concierne a la ocurrencia de la agresión sexual. Además de la riqueza descriptiva a la que alude el Juzgado, no puede perderse de vista lo siguiente: (i) el relato inculpativo fue corroborado por la profesional que practicó el reconocimiento médico, quien hizo alusión a la presencia de heridas en el brazo izquierdo, cuyo proceso de cicatrización coincide con la fecha de ocurrencia de los hechos; (ii) no se avizoran razones para que la ofendida faltara a la verdad en ese momento, máxime si se tiene en cuenta que ello implicaba someterse a exámenes incómodos y, en general, a los rigores de una indagación; (iii) lo expuesto por los expertos sobre la alteración emocional, que también afloró durante el testimonio en juicio, es compatible con la real ocurrencia de los hechos; y (iv) los dos hermanos de la víctima dan cuenta de que los hechos tuvieron ocurrencia, bien porque uno de ellos –*el menor*– advierte que incluso pudo ver a los autores cuando huían por la terraza, sin perder de

vista que ambos dijeron haber hallado a su hermana en una situación que claramente coincide con la agresión sexual.

En torno a este tema, no son aceptables los argumentos expuestos por el delegado de la Fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso de casación, orientados a poner en entredicho la existencia de la agresión sexual por el hecho de no haberse presentado la ruptura del himen, no obstante tratarse de una penetración violenta, realizada por tres hombres de manera consecutiva.

Lo anterior porque: (i) no tuvo en cuenta que el acusador hizo comparecer al juicio oral a una experta, que se refirió ampliamente a las características del himen elástico –*como el de la víctima*–, en especial que, sin romperse, permite el paso del pene erecto; (ii) no se basó en evidencia científica y, mucho menos, en alguna que haya sido incorporada legalmente al proceso; y (iii) sin razón alguna, asoció la violencia ejercida para someter a la víctima, con la violencia de la penetración, en clara contravía de la realidad procesal, pues la víctima nunca se refirió a que el acto sexual haya sido en sí mismo violento, sin que ello desvirtúe los golpes y las amenazas utilizadas para doblegar su voluntad.

De otro lado, es igualmente atinado lo que expresan el Juzgado y el Tribunal sobre la credibilidad que merece lo afirmado por la víctima sobre los motivos de la violación y las razones que tuvo para ocultar la identidad de los agresores en su primera versión.

En efecto, la ofendida y sus parientes relataron detalladamente que el procesado, varios meses atrás, intentó dispararle a uno de los integrantes de la familia y que dicho propósito se truncó gracias a su intervención oportuna.

De ello se desprende lo siguiente: (i) tiene razón la víctima cuando afirma que si el procesado intentó dispararle a quien fue su amigo, por el problema que tuvieron por una bicicleta, y, luego, realizó en compañía de otros dos sujetos el ataque sexual, era razonable pensar que podría atentar contra su familia si ella lo denunciaba; (ii) la intención de matar a una persona es perfectamente compatible con el ánimo de retaliación o venganza, de tal suerte que ello coincide con el propósito de atentar contra la pariente del “*enemigo*” -que evitó la primera acción vindicativa-; y (iii) si el ataque sexual existió, no se vislumbran razones para que la ofendida tergiversara la verdad, toda vez que ello implicaría que sus verdaderos agresores no fueran investigados y llamados a responder penalmente.

Además, el Tribunal no se ocupó de explicar por qué la víctima faltó a la verdad cuando señaló que el procesado, a quien conocía bien porque fue una persona allegada a su familia, participó en la agresión sexual objeto de juzgamiento. A pesar de ello, terminó desestimando la prueba de cargo, lo que entraña violación del principio lógico de no contradicción.

Desde luego, no se trata censurar que el Tribunal le haya otorgado credibilidad solo a unos apartes del testimonio, lo que es perfectamente posible. La contradicción recae sobre la parte medular de la declaración, pues, (i) si no se presenta duda sobre la existencia de la violación, (ii) está claro que se trató de un acto vindicativo (*siempre asociado al procesado*) y (iii) es razonable aceptar que la víctima haya ocultado inicialmente la identidad de sus agresores por temor, no se entiende por qué, a renglón seguido, se afirma que las contradicciones le restan mérito para servir de soporte a la teoría del caso de la Fiscalía.

También tiene razón la impugnante cuanto afirma que el Tribunal tergiversó el testimonio del hermano menor de la víctima y, además, lo descalificó a partir de un enunciado que, por su vaguedad, impide cualquier contrastación.

El fallador de segundo grado resaltó, entre otros, los siguientes apartes del testimonio de M.D.A.M, hermano menor de la víctima:

*Indica que Esteban violó a su hermana, ella estaba amarrada de pies y manos y tenía cortaduras en las manos. La psicóloga le pregunta: ¿qué más hicieron las personas que vio salir por la terraza? Le contesta que tenían bolsos y llevaban cosas ahí, ¿sabes qué cosas? No, posteriormente la psicóloga le pregunta: “dices que llevaban cosas, ¿observaste algo que te llamara la atención en esos bolsos?”, contesta que sí, “que llevaban **de pronto** cuchillas, piolas más cosas **pero no sé**” (...)⁴.*

⁴ Negrillas fuera del texto original.

Aunque es claro que el testigo señaló que su hermana fue amarrada con “piolas” y cortada (lo que fue confirmado por esta y por la profesional que practicó el reconocimiento médico legal), y, a partir de ello, expresó sus conjeturas sobre el contenido del bolso que llevaba el procesado (“de pronto”, “pero no sé”), el Tribunal dio por sentado que el niño dijo conocer con precisión dicho contenido. Señaló:

*Al analizar el testimonio del menor M.D.A.M., su forma de expresarse y dar respuestas a las preguntas realizadas por intermedio de la psicóloga, su dicho no se percibe espontáneo sino encaminado directamente a señalar haber observado al procesado y a Jonhatan salir por la plancha de su residencia llevando bolsos, además cuando es indagado por el contenido de los bolsos, **como si hubiera podido revisar el contenido de estos artículos** indica que llevaban piolas y cuchillas elementos que según la víctima fueron utilizados por sus atacantes, tópicos que le restan credibilidad a lo expuesto por el menor que realiza al procesado, preguntándose la colegiatura, si realmente el menor pudo observar al aquí procesado huyendo (...)⁵.*

En primer término, es claro que el Tribunal incurre en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, toda vez que tergiversó la declaración del referido testigo, al atribuirle afirmaciones que no hizo y, a partir de esa realidad impostada, sacar conclusiones sobre su falta de credibilidad.

⁵ Negrillas añadidas.

Como bien lo señala la impugnante, resulta razonable que el niño, tras enterarse de que su hermana fue atada y cortada (*el Tribunal resalta que sus versiones fueron posteriores al hecho, lo que, además, constituye una obviedad*), haya inferido que el procesado llevaba en su bolso elementos útiles para dobligar de esa manera a su víctima, siendo claro que nunca dijo haber observado directamente el contenido y que sus afirmaciones se sustentaban en una suposición, al utilizar la expresiones “*de pronto*” “*pero no sé*”.

Por demás, llama la atención que el juzgador de segundo grado se haya referido a la “*falta de precisión y fluidez en el relato*”, sin dedicar una sola línea a explicar las razones de su conclusión, a menos que se entienda que dicho déficit lo deduce del hecho que el testigo haya afirmado que vio lo que nunca pudo haber visto (*los elementos que el procesado llevaba en su bolso*), pero esto, como ya se vio, no corresponde a lo afirmado en su testimonio.

Este tipo de conclusiones, carentes de sustento, impiden el ejercicio del contradictorio, máxime cuando las falencias no existen o no tienen la notoriedad que pretende atribuírseles, como ocurre en este caso, pues no se sabe: (i) frente a qué aspectos en particular fue impreciso el relato; (ii) por qué se afirma que su dicho carece de fluidez; y (iii) por qué estas inconsistencias, de haberse realmente presentado, revelan o traducen mendacidad en su exposición, o si corresponden a imprecisiones propias de la edad del testigo, o a su nivel de formación, entre otros factores que pueden

incidir en la forma del relato. Nada de esto fue explicado por el Tribunal, lo que impide un análisis más profundo del asunto.

6.4. Los errores frente a la prueba de descargo

El Tribunal, con razón, se refirió a la poca credibilidad que ofrecían los dos compañeros de formación policial del procesado, amigos suyos, que comparecieron al juicio oral, con el propósito de demostrar que éste se encontraba en las instalaciones policiales el 6 de abril de 2013, a las 5:30 de la tarde, es decir, a la hora de la violación.

Esta conclusión, se aviene al amplio análisis que realizó el Juzgado, orientado a destacar los distintos factores que minaban la credibilidad de estos relatos, entre ellos: (i) que era poco probable que pudieran recordar con tanta exactitud lo ocurrido varios años atrás, en una fecha en particular y a una hora determinada, máxime si se considera que no ocurrió algo fuera de lo común, que pudiera causar impacto en la recordación; (ii) en contraste con ello, los testigos fueron contradictorios en aspectos relevantes, como la duración de la instrucción, el tipo de enfermedad que dio lugar a una larga incapacidad del procesado, el lugar donde fue hospitalizado, etcétera; (iii) también fue notoria la intención de referirse a un horario mucho más intenso, pues mientras los policiales *-instructores-* hicieron alusión a una jornada comprendida entre las siete de la mañana y las siete de la noche, los primeros testigos señalaron que se extendía hasta

las nueve de la noche; y (iv) uno de los instructores señaló que los bachilleres podían ir a comer a sus casas, mientras que los amigos del procesado se refieren a un internamiento de todo el día, con escasas o nulas posibilidades de tener contacto con el exterior.

Sin embargo, el Tribunal, para revocar la condena proferida en primera instancia, se sustentó en los testimonios de los instructores de la escuela de formación que declararon a instancias de la defensa, los cuales, en su criterio, otorgaban suficiente respaldo al hecho de que el procesado no pudo haber participado de la violación porque, ese día, a esa misma hora, estaba en una dependencia policial.

Para esos efectos, consideró relevante que los instructores hubieran manifestado que consultaron los libros referidos en sus declaraciones, en los que, según ellos, se consignan las novedades de los bachilleres en proceso de instrucción. Ello, sin perjuicio de otros aspectos que serán analizados más adelante.

Sobre el particular, tiene razón el defensor cuando afirma que el Tribunal nunca dio por sentado que dichos documentos fueron incorporados al juicio oral, lo que permite desestimar el error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de prueba, al que hizo alusión la impugnante.

Sin embargo, frente a ese componente probatorio, el Tribunal incurrió en los yerros que se relacionan a continuación:

Fue poco o nada lo que se estableció acerca de la naturaleza de los documentos que supuestamente consultaron los policiales instructores antes de comparecer al juicio oral, pues no se precisó: (i) quién o quiénes los elaboraron, (ii) qué datos se consignaban en los mismos, (iii) las medidas tomadas para garantizar su precisión y completitud; etcétera.

De hecho, ni siquiera se sabe si los testigos sacaron sus conclusiones a partir de información consagrada en esos registros, o si las mismas se basan en la ausencia de anotaciones sobre permisos otorgados al procesado para que se ausentara aquel 6 de abril. Este aspecto será abordado más profundamente en los siguientes apartados.

Ante esa realidad, no existen fundamentos para establecer si: (i) el contenido de dichos documentos es esencialmente declarativo, lo que obligaba a la Fiscalía a presentar en juicio oral las personas que conocieron “*directa y personalmente*” los hechos relatados –art. 402-, o a solicitar la incorporación de esas declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, según las reglas del debido proceso; (ii) se trata de escritos de pasada memoria, en los términos del

inciso final del artículo 438⁶, esto es, de información que estuvo en la mente del testigo cuando la vertió en el escrito pero, por sus características, el paso del tiempo, etcétera, no lo está al momento de la declaración, por lo que el declarante solo puede dar cuenta de la confiabilidad del documento que la contiene; o (iii) se trata de una prueba documental, en sentido estricto, lo que abriría la discusión acerca de si el contenido del documento podía ser demostrado con algo diferente al documento mismo, según las reglas de mejor evidencia.

Así, si bien es cierto se avizoran los problemas de legalidad que insinúa la impugnante (*aunque, nominalmente, no incluyó en los cargos una censura de esa naturaleza*), la Sala no abordará esa temática, en esencia porque: (i) implicaría caer en especulaciones, toda vez que la poca información acerca de los documentos mencionados por los testigos impide establecer si se presentó alguno de los eventos referidos en el párrafo anterior; y (ii) finalmente, lo que resulta relevante es la poca credibilidad que merecen estos testimonios, porque los declarantes no percibieron directamente los hechos relatados (*y/o no los recuerdan*) y porque se limitaron a expresar sus conclusiones, basados en una información que no fue aportada al proceso, sin perjuicio de otros aspectos que afectan la verosimilitud de sus relatos.

⁶ "También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos".

En el fallo absolutorio, simplemente se dijo que los policiales instructores, basados en los registros, aseguraron que el 6 de abril de 2013 el procesado estuvo en las instalaciones policiales entre las siete de la mañana y las siete de la noche. Para esos efectos, el Tribunal omitió múltiples apartes de las declaraciones, que dan cuenta de la poca fiabilidad de esa afirmación. Ello, encaja en un error de hecho, por falso juicio de identidad, en la modalidad de distorsión por cercenamiento de la prueba.

Para empezar, no considero que ambos policiales tenían claro que fueron llamados a declarar acerca de un delito cometido por uno de los auxiliares bachilleres a su cargo, dentro del horario de instrucción.

El subintendente Díaz Valencia expuso de forma expresa y reiterada que ellos eran responsables por lo que sucediera con ese personal de lunes a sábado, en las horas ya indicadas. De ello, se desprende que los testigos debían declarar sobre un aspecto que les podía perjudicar, porque podrían ser responsables por la ausencia del procesado, lo que, naturalmente, se agrava por el hecho que éste pudo participar en un delito de violación durante el tiempo de servicio, situación que se vio reflejada en sus testimonios, tal y como se explica a continuación.

Cuando al policial Díaz Valencia se le preguntó por el procesado, dijo que lo conocía porque prestó su servicio militar en la Policía Nacional, concretamente en la Estación

Lido. El defensor le preguntó en qué año sucedió eso y el testigo dijo que en el año 2011 y, luego, que en el año 2013.

El defensor lo instó a que aclarara el punto, lo que dio lugar a un silencio prolongado, que se interrumpió con lo expuesto por la delegada del Ministerio Público acerca de que el testigo ya había dicho que no recordaba. A continuación, el defensor preguntó: *“tiene posibilidad de recordar con certeza en qué año prestó servicio militar el señor ESTEBAN PATIÑO”*, a lo que el testigo respondió: *“eh, es que son tantos cursos que la fecha exacta no la recuerdo”*.

Fue necesario que el defensor le dijera al testigo que ESTEBAN PATIÑO estaba siendo investigado por un delito cometido el 6 de abril de 2013 (*lo que es claramente sugestivo*), para que el policial manifestara que pudo recordar que fue en ese año que el procesado estuvo en la Policía definiendo su situación militar.

Durante el interrogatorio cruzado y en virtud a las preguntas formuladas por la delegada del Ministerio Público, el testigo aceptó que no recordaba los temas centrales del interrogatorio y que, finalmente, la información suministrada corresponde a lo plasmado en unos libros que debían ser diligenciados, aunque no precisó quién tenía a cargo esa función.

En ese contexto, no se obtuvo un solo dato sobre lo siguiente: (i) quién era el encargado de diligenciar los libros;

(ii) la información que debía consignarse en ellos, esto es, si solo se registraban las novedades o si se hacía un registro de la manera como transcurría la instrucción; (iii) aunque el testigo era encargado del grupo al que pertenecía el procesado *–integrado por 45 personas–*, quedó claro que debía rotar en los otros grupos, toda vez que el contingente estaba conformado por cerca de 700 bachilleres; y (iv) no se estableció si una eventual ausencia le era reportada por los otros policiales para que él hiciera la anotación, o si esta información estaba bajo la responsabilidad de quien estaba dictando la clase.

El testigo insinuó haber consultado los libros, pero no se refirió expresamente a las labores que realizó. No puede perderse de vista que no tenía claro el año en el cual el procesado definió su situación militar. De hecho, Díaz Valencia aseguró que el 6 de abril de 2013 no fue sábado, error del que salió gracias a que la delegada del Ministerio Público le advirtió de esa situación.

En consonancia con lo anterior, el instructor dejó en claro que los sábados eran días más propicios para la concesión de permisos, pues señaló que *“se dan los permisos de pronto un día sábado que casi no están, que no se las clases (sic), los días sábado y en semana tiene que ocurrir una calamidad”*.

Sobre ese mismo tema, más adelante dijo, *“lo que pasa es que los sábados no estamos todos los instructores, porque*

hay unos que salen a descansar, entonces quedamos la mitad, esos son los tiempos que tenemos de pronto para una cita odontológica, porque eso es lo que nosotros hacemos allá, no les damos permisos en semana, sino el día sábado, para que hagan esas labores”.

Algo semejante sucedió con el instructor Eduardo Javier Narváez Bravo. Aseguró no recordar la situación particular de ESTEBAN PATIÑO GAVIRIA, dado que “*son muchos bachilleres*”, pero aclaró que consultó los libros que se llevan en la institución, a raíz de una petición presentada por la defensa.

Dijo estar seguro que los referidos libros daban cuenta que el procesado, para el 6 de abril de 2013, estaba en instrucción, pero no explicó el fundamento de esa conclusión, pues, (i) no precisó si los libros que mencionó contenían información sobre las actividades realizadas por cada bachiller, o si allí solo se anotaban las novedades; (ii) no aclaró quién tenía a cargo el diligenciamiento de dichos reportes, ni los demás aspectos referidos en los párrafos anteriores; (iii) aceptó que los bachilleres en ocasiones se evadían, pero hizo énfasis en que ello debía ser registrado; y (iv) resaltó los límites establecidos para el otorgamiento de permisos.

Con este testigo, el defensor trajo a colación una constancia que él supuestamente elaboró, pero luego desistió de su incorporación, toda vez que su contenido coincidía

plenamente con lo declarado en el juicio. No incorporó los libros ya mencionados.

En síntesis: (i) ninguno de estos testigos tenía conocimiento directo y personal –art. 402- acerca de que el procesado estuvo en las instalaciones policiales para el momento en que se perpetró la violación; (ii) lo que expresaron en sus testimonios se basa en los datos consignados en los libros relacionados con las actividades de los bachilleres que recibían instrucción; (iii) la defensa, en lugar de aportar los libros en mención, con apego al debido proceso, se limitó a preguntarle a los policiales sobre lo que concluyeron a partir de la información plasmada en ellos; (iv) no se estableció qué tipo de información contenían esos libros, ni se identificó a los autores de esas presuntas anotaciones; (v) además de lo expresado frente al testigo Díaz Valencia, se advierte que el policial Narváez Bravo dijo que los libros en mención dan cuenta que el procesado estaba en instrucción para cuando ocurrieron los hechos, pero no aclara si ello lo deduce de los datos allí consignados sobre las actividades del aprendiz o de la ausencia de anotaciones sobre permisos o evasiones; y (vi) de esta forma, el defensor pretendió que la Judicatura tomara por ciertas las conclusiones de los declarantes, sin someter a escrutinio la verdadera fuente de información –*los libros*-, sin que pueda perderse de vista el notorio interés de los testigos en descartar alguna falla que hubiera permitido que el procesado cometiera un delito durante el tiempo de servicio.

6.5. Trascendencia de los yerros cometidos por el Tribunal

Los errores cometidos en el análisis de la prueba de cargo llevaron al Tribunal a predicar una duda razonable inexistente, bien porque las conclusiones sobre la inverosimilitud del testimonio de la víctima resultan infundadas, o porque se le restó credibilidad al testimonio de su hermano menor, a partir de la tergiversación de su contenido. Ello, sin perjuicio del respaldo que las otras pruebas le brindan a la principal testigo de cargo, como se explicó en los apartados anteriores.

De no haber incurrido el ad quem en la referida tergiversación del testimonio del hermano menor de la víctima, ni en la trasgresión del principio lógico de no contradicción en el estudio de la credibilidad de las afirmaciones realizados por la agredida, necesariamente hubiera concluido que la hipótesis de la acusación tenía respaldo suficiente, a la luz de lo establecido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, el error más trascendente del Tribunal radicó en darle a la hipótesis factual propuesta por la defensa el carácter de plausible, a partir de un análisis fragmentario de los testimonios de los policiales instructores, de quienes se dijo tenían la virtualidad de poner en entredicho la presencia del procesado en el lugar de la agresión, a los que acudió ante la manifiesta inverosimilitud de las versiones de

los compañeros de formación del procesado, traídos a juicio con el mismo propósito.

De haber valorado en su integridad los testimonios de descargo, se hubiera percatado que los instructores no tenían base suficiente (según su conocimiento “personal y directo”) para afirmar que el procesado estaba en las instalaciones policiales para cuando se cometió la violación.

También hubiera advertido que la defensa, en lugar de someter a escrutinio la fuente de información (*los libros*), optó por preguntarle a los policiales instructores por sus conclusiones sobre lo que presumiblemente leyeron, sin establecer el contenido real de esos documentos, ni la identidad de las personas que los habrían diligenciado. Esto, sin perjuicio del claro interés de los testigos en demostrar que no fue una falla suya, o de la institución para la que trabajaban, lo que dio lugar a que uno de los bachilleres a su cargo se viera involucrado en un grave delito dentro del horario asignado para la instrucción.

En suma, una correcta valoración de las pruebas lleva a concluir que la información presentada por la defensa no tiene la entidad requerida para desvirtuar lo expresado por la víctima sobre la ocurrencia de la violación, ni la intervención del procesado, a quien conocía suficientemente. En otras palabras, la defensa no logró demostrar la plausibilidad de la hipótesis factual que propuso a lo largo del juicio oral.

Por tanto, con fundamento en las razones expuestas en la demanda y las aclaraciones y precisiones referidas a lo largo de este proveído, se casará el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia la condena emitida por el juzgado de primera instancia.

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

RESUELVE

Primero: CASAR el fallo dictado el 11 de abril de 2018 por el Tribunal Superior de Cali, en orden a que recobre vigencia la sentencia condenatoria emitida el 3 de noviembre de 2017 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, en contra de ESTEBAN PATIÑO GAVIRIA, a quien se le impuso la pena principal de 17 años de prisión como coautor del delito de acceso carnal violento agravado (artículo 205 y 211-1 del Código Penal).

Segundo: El juez de primera instancia tomará las medidas pertinentes para el cumplimiento del fallo.

Contra esta providencia no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al
Despacho de origen.



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente

Sala Casación Penal 22



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

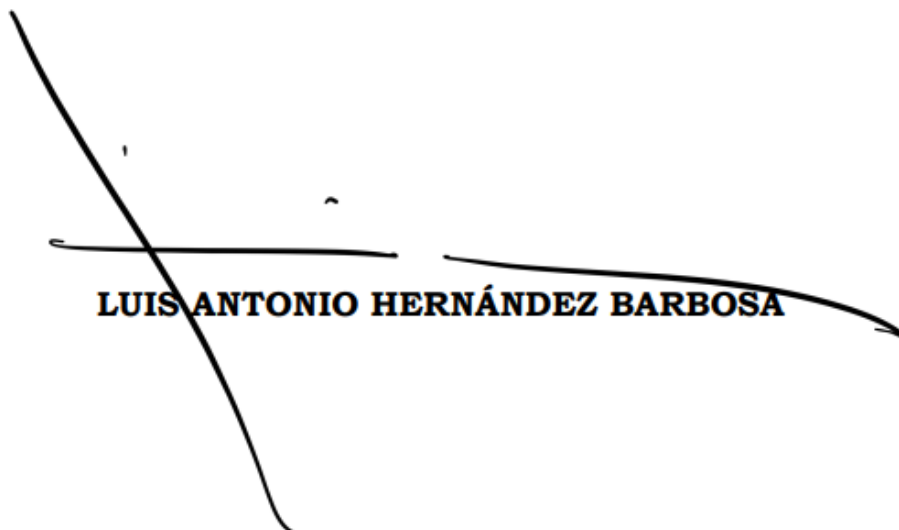


GERSON CHAVERRA CASTRO

Sal



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal @ 2022