



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

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

Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Salazar Otero
Aprobado Acta No. 419

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

ASUNTO:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscal Delegada que actuó en este proceso, contra la sentencia del 12 de marzo de 2010 por medio de la cual el Tribunal Superior de XXX revocó la condena proferida el 26 de agosto de 2009 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad y en su lugar absolvió a JADR de los cargos que le fueron imputados por los delitos de acceso carnal y actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS:



Según reseña el ad quem, *“la niña T. Ch. F., quien nació el 11 de diciembre de 1998, fue sometida a diversos comportamientos de contenido sexual por parte del señor JADR, a quien conocía suficientemente e inclusive llamaba ‘tío’, en virtud de la estrecha relación de amistad que unía a esta persona con sus padres, e igualmente porque es el progenitor de un amiguito a quien ella visitaba con frecuencia.*

“Estos hechos acaecieron en la residencia del procesado, ubicada en la ciudad de XXX, durante aproximadamente cuatro años, pues la niña señala que iniciaron cuando contaba con cinco o seis años de edad y se ejecutaron por última vez en el mes de enero de 2009 y habrían consistido en darle besos en la boca, introducir la mano por debajo de sus ropas para tocar sus senos y zona genital, besarle la vagina, obligarla a practicarle sexo oral e inclusive intentar accederla, lo cual ella no permitió.

“Fue la mamá de la infanta quien formuló la denuncia, luego que tuviera conocimiento de los hechos porque la niña los informó a la sicóloga y dos coordinadoras de su colegio, cuando la entrevistaron para inquirir por un rumor que había circulado entre las compañeritas, en el sentido que ella supuestamente estaba embarazada y decía mantener relaciones con un primo”.

ACTUACIÓN PROCESAL:



1. Por los anteriores sucesos la Fiscalía solicitó la captura de JADR, de modo que una vez hecha efectiva se celebró el 8 de abril de 2009 audiencia en la cual se legalizó la aprehensión, se formuló imputación contra el indiciado por los delitos de acceso carnal y actos sexuales con menor de 14 años y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. Seguidamente, el 27 de abril del mismo año se presentó escrito de acusación por los citados punibles, agravados de conformidad con los numerales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal, llevándose a cabo la respectiva audiencia el 12 de mayo de 2009, posteriormente la preparatoria y finalmente la de juicio oral en varias sesiones a cuyo término y luego de emitir el sentido del fallo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de XXX dictó el del 26 de agosto de 2009 para así condenar a JADR a la pena principal de 270 meses de prisión como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos agravados por las



circunstancias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal.

3. La anterior sentencia fue apelada por la defensa del enjuiciado; en tal virtud el Tribunal Superior de XXX profirió la suya el 12 de marzo de 2010 revocando la recurrida para en su lugar absolver al acusado de los cargos por los cuales fue sometido a juicio.

4. Contra la misma la Fiscalía Delegada presentó libelo de casación.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal tercera de casación, prevista en el artículo 181.3 de la Ley 906 de 2004, acusa la demandante la sentencia recurrida de infringir indirectamente la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por distorsión al valorarse el testimonio de la menor ofendida.



El fallo cuestionado, afirma, basa la absolución en la duda y ésta la extrae el Tribunal a partir de la declaración de la niña para afirmarse la imposibilidad de que los hechos hubieren ocurrido hallándose en la vivienda numerosos visitantes además de los moradores, lo cual no se compadece con el contenido objetivo de lo atestiguado por la víctima, toda vez que lo que ésta sostiene es que en algunos episodios sí se hallaba en el lugar el hijo del procesado, pero no siempre y que en otros, como el último registrado en enero de 2009, ella se encontraba sola con el acusado, luego no es cierta la afirmación del Tribunal según la cual los vejámenes ocurrieron mientras en la vivienda se hallaban más personas distintas a víctima y victimario.

Por demás, sostiene, en esas condiciones el relato de la menor resulta coherente con los demás elementos materiales probatorios, especialmente con la versión de su progenitora en tanto confirma que la niña quedó muchas veces a solas con el acusado.

Se patentiza aún más la tergiversación, indica la demandante, cuando el Tribunal sostiene que la menor prorrumpió en llanto al preguntársele sobre su concepción



de verdad y mentira como queriendo decir que aquella se sintió agobiada ante dicho cuestionamiento, cuando lo cierto es que sus sentimientos afloraron al indagársele por su relación con sus padres.

Distorsionó el ad quem en dichas circunstancias, concluye la libelista, el contenido literal del testimonio de la menor y su lenguaje gestual y así arribó a unas equívocas conclusiones con las cuales sustentó erradamente la absolución.

Segundo cargo:

Con fundamento en la misma causal, denuncia ahora la comisión de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, en la medida en que el Tribunal presume que siempre que el procesado cometía los abusos de carácter sexual había alguien en el apartamento, cuando lo cierto y probado en el juicio oral es que hubo ocasiones en que los tocamientos ocurrían estando solamente la ofendida y el agresor.

También supone el ad quem, agrega la demandante, que los hechos incluyeron despojo de la ropa, lo cual no



corresponde a lo informado por la víctima porque ésta no habló de dicha circunstancia, que además no era necesaria en virtud a que la mayoría de actos consistieron en tocamientos y sexo oral.

Solicita en consecuencia se case el fallo impugnado y se dicte el sustitutivo de carácter condenatorio.

LA FISCALÍA:

Comparte la Fiscal Delegada designada ante la Corporación las pretensiones de la demandante por considerar que en efecto el testimonio de la víctima fue tergiversado en tanto se alteró la verdad de lo dicho por ella, así como su lenguaje no verbal.

Además, añade, no podía el Tribunal tomar como contradicción de la menor el número de veces en que ocurrieron los reprobables actos ni las posibles fechas de su ejecución a riesgo de desconocer los parámetros de la ciencia según los cuales los menores de la edad de la ofendida no se ubican exactamente en tiempo y espacio.



Tampoco, en consideración de la Fiscalía, el relato tardío de la ofendida incide en su credibilidad habida cuenta que es propio de estas situaciones su no revelación dado el síndrome de acomodación del abuso sexual infantil, porque ningún niño está preparado para la posibilidad de ser molestado por un adulto de su entera confianza en relación con el cual se le ha enseñado obediencia y respeto.

Supuso igualmente el Tribunal, con sustento en la sicóloga de la defensa, que la niña no dice la verdad debido a que usaba el internet y en éste se observa mucha información de contenido sexual, lo cual indica entonces no iba a hacer tareas sino a mirar pornografía, consideración que para la Fiscalía resulta inaudita e inadmisibile.

Solicita por ende que el fallo impugnado sea casado para que en su defecto se condene al procesado por los delitos objeto de acusación.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

A fin de que se haga efectivo el derecho material por el agravio inferido a la menor víctima de los hechos, sostiene



la Delegada de la Procuraduría que los cargos formulados tienen vocación de prosperidad, por tanto la sentencia recurrida debe ser casada de modo que así recobre vigencia la de primera instancia, no sin antes advertir la procedencia de una casación oficiosa respecto de la circunstancia de agravación contenida en el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 que se imputó al acusado, toda vez que se infringe el non bis in ídem en la medida en que la minoría de edad a 14 años ya está prevista como elemento del delito, lo cual conlleva un reajuste de la dosificación punitiva al eliminarse dicha agravante.

Frente a los cargos propuestos en la demanda considera que la sentencia recurrida se dedica a controvertir la de primer grado sobre la base de los testimonios de la menor ofendida y el de MPMC, sicóloga privada de la defensa, aunados a otros elementos de convicción como los testimonios de DC investigadora de la defensa y el de XC, empleada de la progenitora de la víctima, limitándose de otro lado simplemente a mencionar las pruebas aportadas en procura de acreditar la hipótesis de la acusación, pero



sin un examen conjunto de ellas y en relación con las que asumió como de descargo.

En esas condiciones, añade, el ad quem se limitó a desacreditar el testimonio de la víctima fundado en el tamaño del apartamento donde sucedieron los hechos y en la actividad que desarrollaba la madre de aquella, relacionada con la venta de películas de contenido sexual.

Mas en ese contexto, agrega, los planteamientos de la demandante son trascendentes en tanto se dirigen a derruir la columna vertebral de la decisión absolutoria en aspectos determinantes que la sustentaron.

Así, el análisis del testimonio de la menor estuvo encaminado por el Tribunal a demeritar su veracidad y credibilidad por el hecho de que estuviera o no sola en el apartamento del acusado frente a lo cual halló una contradicción de la niña, así como en relación con su progenitora, divergencias que en sentir del Ministerio Público carecen de aptitud suficiente para restar credibilidad al relato de la víctima, cuando un examen en conjunto de las pruebas allegadas permite reafirmar por el



contrario la jurisprudencia de la Sala en torno a la credibilidad de los menores abusados.

El yerro de distorsión del testimonio de la niña es tal que el fallo no se sostiene con la prueba en que se basa el ad quem para llegar a la conclusión de duda probatoria. Aquel fue rendido en diversas ocasiones, de modo que apreciado en ese contexto no puede quedar incertidumbre de que la ofendida fue sometida a conductas de índole sexual por parte del acusado, estando a solas o no.

Se equivoca el Tribunal cuando da a entender que todos los hechos acontecieron cuando en el apartamento había otras personas, pero sin lograr en manera alguna desvirtuar ese último evento de enero de 2009 donde la menor, ratificada por su progenitora, no deja hesitación alguna de que se hallaba a solas con el acusado. En esas circunstancias el tamaño del apartamento carece de relevancia por ser patente que en varias ocasiones los actos ilícitos se cometieron sin que en el inmueble estuviere alguna otra persona, como por igual resultan inanes circunstancias referidas a cuántas personas moraban allí, o a la asiduidad de las visitas, o que el



estudio permaneciera cerrado por gran espacio de tiempo y el procesado desaparecido o que a la menor no se le observara rastro alguno que indicara una vejación.

Comparte por igual el Ministerio Público las consideraciones expuestas por la demandante y la Fiscalía, en torno a las inferencias del ad quem a partir del llanto en que prorrumpió la menor durante la audiencia de juicio oral cuando se le interrogaba, no ciertamente sobre su concepción de verdad y mentira sino acerca del estado de la relación con sus padres.

El Tribunal también supuso que la comisión de los reatos conllevaba con frecuencia el despojo de ropa, empero de la declaración de la menor se desprende que eso no era necesario.

La credibilidad de la agredida fue además certificada por prueba testimonial y pericial a la cual el ad quem le dedicó dos pequeños párrafos para reseñar simplemente algunas de ellas, pero sin detenerse en su valoración de conformidad con las reglas de la sana crítica.



De acuerdo con estos medios de convicción, la personalidad de la menor y su relato ofrecen suficientes condiciones para darle credibilidad, sin embargo ante esos medios de prueba el Tribunal simplemente opuso la declaración de la sicóloga privada de la defensa no obstante que ella no valoró a la menor y simplemente sus conclusiones fueron ofrecidas como crítica a las que estructuró la sicóloga oficial, con lo cual no se trata de un testigo perito que pudiera ser incorporado al juicio, sino eventualmente de un testigo de refutación que en verdad no es tal frente a la regulación legal, donde no existe dicha categoría y sí la técnica del conainterrogatorio que tiene por finalidad refutar lo que el testigo ha declarado a través de respuestas o declaraciones que el mismo haya hecho en entrevista, declaración jurada o en el propio juicio oral.

El conainterrogatorio es por tanto esencial en ese respecto, pero en este asunto la sicóloga privada nunca tuvo como materia de su opinión pericial o de su informe o testimonio a la niña frente a frente, por eso no podía conainterrogarla y no podía ser testigo de refutación; sin embargo, el Tribunal se fundó en dicha prueba que carece de toda eficacia jurídica, más allá de similares falencias en



materia científica y psicológica, sobre todo porque su objeto es la opinión personal sobre lo que entiende cómo sucedieron los hechos y cuáles fueron las fallas de la testigo y del funcionario que interrogó a la menor.

EL NO RECURRENTE:

El defensor del procesado además de relievare algunas falencias técnicas de la demanda, asegura que los errores de hecho denunciados no existieron o resultan intrascendentes en la medida en que la censora no cuestionó las pruebas que acertadamente valoró el ad quem para absolver.

Cuando el Tribunal puso en duda la ocurrencia de los hechos sobre la base de que éstos sucedieron cuando en el lugar de los mismos se hallaban presentes otras personas, sostiene, lo hizo no por que hubiere distorsionado el testimonio de la presunta víctima, sino porque precisamente eso fue lo que ella indicó al informar que en las ocasiones en que fue agredida sexualmente por el acusado, su mamá se hallaba en la sala viendo televisión, mientras el hijo de don JADR estaba en su cuarto.



La demandante, dice el defensor no recurrente, para efectos de sustentar su reparo no tuvo en cuenta los registros donde la niña informa dichas situaciones y a cambio utiliza aquellos en los cuales se relaciona el último episodio de enero de 2009, no obstante que la menor visitó casi todos los días ese apartamento durante aproximadamente 4 años.

El juzgador, en forma opuesta a las aseveraciones de la libelista, nunca dijo que siempre había personas en el apartamento cuando la menor manifestó haber sido abusada; por el contrario, se apoyó repetidamente en su dicho en el sentido de que algunas veces estaban allí familiares o visitantes.

Por tanto, concluye, el ad quem no faltó a la verdad cuando reiteró que la menor dijo que algunas veces otras personas estaban en el inmueble en momentos en que según ella el acusado la abusaba sexualmente, luego el reproche no puede salir avante.

Ahora, en cuanto al momento en que la menor entró en llanto durante su declaración en el juicio oral, no advierte el defensor cómo su reacción ante una u otra pregunta



pueda de algún modo haber influido en la determinación o sentido del fallo impugnado, mucho menos cuando es más lógico que llorara o se angustiara ante el cuestionamiento de si mentía o no que luego de calificar como bonitas sus relaciones con sus padres, o sencillamente por la duración, intensidad y naturaleza del interrogatorio, sin que fuere motivada entonces por alguna pregunta en concreto.

Como sea, sostiene, esa supuesta equivocación del Tribunal de dos minutos transcurridos entre el momento en que se le preguntó sobre verdad y mentira y aquél en que irrumpió en llanto deviene enteramente inane de cara a la determinación adoptada por éste, lo que significa que la censora no precisó la trascendencia de ese leve yerro y que en consecuencia tampoco por este motivo es dable casar la sentencia recurrida.

En lo que hace al segundo reparo considera la defensa que la recurrente se sale de todo contexto al pretender demostrar que la menor no dijo que había despojo de ropa y presencia de otras personas en el apartamento escenario de los supuestos hechos, especialmente porque se hace referencia solo al último episodio.



El Tribunal no supuso nada, porque si se examina la entrevista de la víctima con la psicóloga, fácil se advierte que aquella indica que en algunas ocasiones el procesado la despojo de su pantalón y ropa íntima, haciendo lo propio el agresor con sus prendas, luego el falso juicio de existencia no se configuró.

De otro lado, asevera el no recurrente, para absolver el Tribunal se valió de pruebas esenciales que en manera alguna fueron controvertidas por la casacionista.

Así, la posibilidad de que el relato de la menor estuviera influenciado por su dedicación al internet y porque su madre comerciaba películas pornográficas no admite discusión, cuando la psicóloga PM puso de presente la invasión de información sexual en el ciberespacio o cuando XC, doméstica, refirió haber ayudado a la madre de la presunta víctima a copiar algunos filmes de esa índole.

No es cierto, agrega, que el dicho de la supuesta ofendida se torne creíble desde todo punto de vista, porque aparte de las inconsistencias que exhibe su declaración, sí inquieta profundamente que una niña ultrajada tan



agresivamente durante más de cuatro años por quien quería como a un papá no hubiese demostrado un mínimo signo emocional o físico perceptible para sus padres o maestros, o que nadie se hubiere dado cuenta de hechos acontecidos en un pequeño apartamento, o que a pesar de las vejaciones continuara visitando la casa de su agresor, a quien le seguía prodigando afecto, no solo para consultar internet sino también para asistir a las pijamadas que efectuaba con el hijo de JADR.

De la lectura de esas consideraciones del ad quem, que no fueron impugnadas por la censora, se desprende que aquél tuvo sobradas razones para dudar de la responsabilidad del acusado, incertidumbre que constitucional y legalmente lo obligaba a absolver.

Solicita por tanto no casar el fallo impugnado, no sin antes proponer que por la índole de la controversia planteada se superen los límites de la demanda a fin de que al aprobar la sentencia recurrida no quede en nadie la sensación de injusticia, para lo cual, dice, se hace necesario examinar en detalle el fallo combatido y el recurso de apelación que suscitó su proferimiento.



Así, agrega, debe entonces precisarse el origen del testimonio acusador de la menor, que no puede ser otro que la fantasía libidinosa, erótico-sexual de una niña con desarrollo precoz según la vio en primera instancia el médico legista, no producto de vivencias objetivas sino como una realidad psíquica con carácter edípico catalizada por el permanente, confesado y probado juego en internet y por las películas pornográficas que vendía su madre.

De haberse dado objetivamente semejantes ataques habría surgido un proporcional temor; pero no, por el contrario la niña seguía acudiendo a JADR seguidamente y durante unos cuatro años.

CONSIDERACIONES:

1. Ciertamente, tras contextualizar la entrañable relación de amistad que existía entre las familias de víctima y victimario, así como el escenario de los hechos, que lo fue el apartamento del acusado y la forma en que se tuvo conocimiento de aquellos a los que supuestamente era sometida la infante, el juzgador de segundo grado decidió absolver al procesado por los cargos de delitos sexuales en



menor de 14 años que le habían sido formulados, efectos para los cuales y luego de un minucioso examen del testimonio de la ofendida, consideró:

a. Los hechos vienen sucediendo desde cuando la menor tenía 5 o 6 años de edad; ella iba a casa del acusado casi todos los días, cada 2 o 3 días, oportunidades en las que él la manoseó; en algunas ocasiones JADR la golpeó en sus rodillas, en la espalda o en la cara; también en algunos episodios lloró y le rogó a JADR que no la sometiera a esos vejámenes.

b. En tales circunstancias le resultó relevante al ad quem establecer las condiciones en que la niña acudía a la casa del procesado, esto es si iba sola o no y si en el apartamento visitado había o no más personas.

c. En ese propósito encontró que el relato de la menor no era consistente porque aunque en principio afirmó que en algunas ocasiones fue sola y en otras con su mamá, a renglón seguido expresó en contradicción con su progenitora, que lo hizo sin compañía en el episodio del mes de enero de 2009 sin recordar otras oportunidades, pero más adelante en el contrainterrogatorio aseguró que



fueron unas 20 o 25 ocasiones en las que nadie la acompañó.

d. De otro lado, para incurrir repetitivamente en esas conductas, que incluían frecuente despojo de las prendas de vestir, en la habitación contigua a la sala, consideró el Tribunal probable que el apartamento estuviera permanente o frecuentemente vacío y a disposición del agresor, pero no fue eso lo acontecido porque en él vivían su hijo y su esposa quien además de ama de casa se dedicaba en las tardes a cuidar a otra menor, sumándose a ello las frecuentes visitas de doña B, madre de la ofendida y de su empleada doméstica.

e. La niña irrumpió en llanto durante el juicio oral cuando se le interrogó sobre su concepción sobre la verdad y la mentira y sobre cómo se sentía antes y después de tal declaración.

2. El Tribunal, por tanto, estimó carente de credibilidad el testimonio de la supuesta víctima por encontrar dudosa la ejecución de los hechos en un apartamento de las condiciones que ostentaba el habitado por el acusado y en presencia de otras personas: *“genera incertidumbre que las*



afrentas sexuales ocurrieran en un pequeño apartamento, en la habitación contigua a la sala, donde su mamá, la esposa del presunto agresor, el hijo de éste y otra niña se encontraban; pero sin embargo nunca y a pesar de la asiduidad en la agresión, éstos se percataron de un ruido, un sollozo, una queja o las súplicas que refiere hacía al señor Durán para que no procediera de tal manera”.

Se preguntó entonces el juzgador por qué si el acusado se despojaba de sus vestimentas y hacía lo propio con las de la menor, tales actividades pasaron inadvertidas por tantos años ante quienes se encontraban en el salón contiguo; por qué no sospecharon lo siguiente: que la puerta del estudio estuviera cerrada por largos lapsos; si en ocasiones la ofendida fue golpeada en las rodillas, la espalda o la cara, nunca se apreciaron huellas o señales de algún tipo; cuando era liberada de tales afrentas y regresaba a donde su mamá estaba viendo televisión con otras personas no se percibía que hubiera llorado, o que estuviera agitada o nerviosa; por qué continuaba visitando la casa de su agresor, no solo para consultar la internet, sino también para asistir a las pijamadas que efectuaba el hijo del encausado; si durante cuatro años padeció los desmanes del acusado, siguió prodigándole afecto; acaso



el acusado no trabajaba, como para permanecer todos los días en casa realizando tan infames actos.

Pero además, persistió en no creer el relato de la niña porque, sustentado en la sicóloga de la defensa consideró: (i) el lenguaje utilizado por aquella no era espontáneo ni adecuado para su edad, no porque conociera las partes íntimas por su nombre, sino por expresiones tales como que le contaba todo a su mamá, menos *“este pequeño detalle”*, o que ha tomado el nacimiento de su hermana como un regalo de Dios y una bendición para su familia o que decidió contar lo que le estaba pasando porque *“mi instinto explotó”*; (ii) supuestamente el acusado le hacía regurgitar el semen durante el sexo oral, no obstante que es un instinto natural en los menores expulsar de esa manera lo que les es molesto; (iii) la infante se abrazaba y jugaba con su padre a pesar de que en los casos de abuso sexual la víctima rechaza inconscientemente a las personas del mismo sexo del agresor; (iv) si bien los menores no expresan situaciones sexuales de no haber sido padecidas, eso no es absoluto cuando aquellos están hoy expuestos a recibir información de esa índole a través de los medios de comunicación y los recursos virtuales e informáticos; (v)



por qué si durante cuatro años padeció tales hechos, sólo en el último mostró bajo rendimiento escolar y (vi)por qué nunca evidenció una alteración respiratoria o un susto perceptibles cuando regresaba al lado de su madre, luego de ser victimizada.

3. Reforzó tal conclusión el ad quem pues en este asunto le resulta probable que la menor no haya vivido realmente los hechos que dice haber sufrido por cuenta del acusado y a cambio la información de contenido sexual la hubiese adquirido por su eventual exposición a ella no solo porque asiduamente consultara la internet, sino por la posibilidad de ver las películas pornográficas que comercializaba su mamá.

Igualmente, porque aun miradas con laxitud las inconsistencias del relato de la ofendida acerca de que estuvo una o 25 veces a solas con el acusado, o que en enero de 2009 fue con su mamá o sin ella a casa del procesado, inquieta que una niña ultrajada tan agresiva y obscenamente durante más de cuatro años no hubiese mostrado un mínimo signo emocional o físico perceptible para sus padres o maestros que les hubiera permitido percatarse de la situación.



4. Confrontadas sin embargo, las anteriores consideraciones elaboradas por el sentenciador, con aquellas que sustentan los cargos planteados por la casacionista ha de concluirse en su indemostración, toda vez que, si se trata del falso juicio de identidad postulado en el primero, es patente que el juzgador no alteró el contenido objetivo de las afirmaciones hechas por la supuesta víctima.

En efecto, la menor asegura que en ocasiones fue manoseada por el acusado cuando O y B (aquella, esposa de JADR y ésta madre de la afectada), salían a comprar el almuerzo o la comida, pero también sostiene que en otras fue mancillada cuando en el inmueble se hallaban aquellas, el hijo del procesado o la menor que era cuidada por O.

Por tanto lo que aseveró T.Ch. es que durante más de cuatro años, casi todos los días, fue objeto de manipulaciones sexuales ejecutadas por JADR, estando a solas con éste o aun cuando en el apartamento se hallaren otras personas; tal fue el supuesto del cual partió el ad quem y en ese sentido transcribió apartes de las



declaraciones rendidas en juicio oral y ante la psicóloga donde la niña en efecto da cuenta de esos hechos, estando a solas con el procesado, o en presencia de otras personas.

No basó su inferencia de credibilidad el Tribunal, por tanto, en considerar, como parece entenderlo equivocadamente la demandante, la Fiscalía y el Ministerio Público intervinientes en la audiencia de sustentación, que los hechos se ejecutaron siempre en momentos en que se hallaban otras personas en el pequeño apartamento; por el contrario, sus argumentos que siguieron a esa premisa se elaboraron sobre la base de que en tan innumerables ocasiones en que ocurrieron los mismos hechos, unas fueron estando a solas víctima y victimario y otras no, así aquellas hubieren sido una o 25.

Diferente es que el ad quem a partir del análisis de los presuntos hechos que habrían sucedido hallándose otros moradores o visitantes en el inmueble, hubiere inferido su imposibilidad de ocurrencia, o por lo menos su increíble indetección por parte de alguien y desde allí optara por restar credibilidad a todo el testimonio de la ofendida, aun para aquellos posibles episodios en que estuvo a solas con



su agresor, lo cual ciertamente no configura falso juicio de identidad alguno.

En conclusión el juzgador de segunda instancia le negó mérito suasorio al testimonio de la víctima no sobre el supuesto de que todos los hechos reprochables se hubieran ejecutado en presencia de terceros moradores o visitantes del apartamento escenario de aquellos, sino porque no le resultaba creíble que en algunas ocasiones se hubieran cometido en tales circunstancias, consideración que extendió a los episodios en que supuestamente no había nadie más en la vivienda.

5. En esas condiciones la valoración que plantean Fiscalía y Ministerio Público frente al testimonio de T. Ch. resulta sesgada en tanto hacen énfasis apenas en el último episodio que según la ofendida ocurrió a principios de enero de 2009, cuando asegura que estuvo a solas con JADR en su apartamento, sin detenerse en el presunto cúmulo de hechos acontecidos durante los 4 años anteriores en relación con muchos de los cuales la niña aseguró haberlos padecido cuando en el apartamento se



hallaban su progenitora, o la esposa del acusado, o el hijo de ésta o la también menor V.

6. De otro lado, ciertamente el juzgador correlacionó el llanto en que irrumpió la supuesta víctima durante la audiencia de juicio oral con las preguntas acerca de su concepción de verdad y mentira y sobre cómo se sentía antes y después de su relato, conexidad que, en eso tienen razón la censora, la Fiscalía y la Delegada de la Procuraduría, resulta errada porque examinados los registros aquello sucedió no tras esos cuestionamientos sino un poco más tarde cuando se le indagó a la niña sobre su relación con sus padres.

Pero más que reseñar tal hecho, no se aprecia qué efecto pudo darle el juzgador toda vez que nada se expuso al respecto, a no ser que se especule, como lo hace la demandante y entonces se sostenga que acaso quiso evidenciar la angustia o el agobio que sintió la menor por esas preguntas sobre verdad y mentira.

En esas condiciones la aducida incorrección se presenta intrascendente frente a las demás consideraciones que el juzgador expuso en aras de sustentar su aserto de negarle



crédito al testimonio de la presunta víctima, a las cuales por demás la libelista ninguna referencia hizo.

7. Ahora, en cuanto se refiere al falso juicio de existencia invocado en la segunda inconformidad, su planteamiento guarda mucha similitud con el falso juicio de identidad postulado al inicio de la primera censura, toda vez que se hace consistir en que el Tribunal supuso que siempre que JADR cometía los abusos contra T. Ch. había alguien en el apartamento cuando lo cierto es, dice la demandante, hubo ocasiones en que los tocamientos ocurrieron hallándose a solas víctima y victimario.

El cotejo efectuado al examinar antes el falso juicio de identidad planteado permite de entrada concluir que no existió en ese respecto ninguna suposición por parte del juzgador, porque incuestionablemente éste partió de considerar que durante los cuatro años o más a que se refirió la ofendida unos episodios sucedieron en presencia de terceros dentro del apartamento y otros cuando estaban a solas, así por demás lo transcribió el Tribunal con sustento en la declaración que rindió la niña en el juicio oral o en la entrevista que le hizo la psicóloga forense.



Diferente es, se reitera, que con base en ese relato el ad quem terminara por dudar de la integridad del testimonio por considerar de imposible ocurrencia tales hechos en un lugar relativamente pequeño, cuando había otros moradores o visitantes.

No supuso por tanto el Tribunal que los hechos siempre ocurrieron estando más gente en el inmueble, ni menos que en algunas ocasiones, muchas, dijo la menor, hubiera despojo de prendas de vestir, inclusive la ropa interior, toda vez que tal aserto lo extrajo el sentenciador de la aludida entrevista con la psicóloga donde ciertamente T. Ch. aseguró que en muchas ocasiones el acusado le quitó la ropa íntima y que lo propio hizo aquél bajándose el pantalón y los pantaloncillos.

8. En ese contexto es patente que la demanda se presenta defectuosa en sus fundamentos relativos a la demostración de cada una de las falencias denunciadas en tanto la negación de credibilidad al relato de la menor no emergió por la comisión de los errores de hecho aludidos e igualmente porque en torno a la trascendencia de los mismos omitió la libelista el examen de las demás circunstancias analizadas e inferencias elaboradas por el



juzgador, con lo cual las censuras invocadas se presentan carentes de aquella en tanto, aun cuando tuvieren sustento, no se desestructuran los demás argumentos con que el Tribunal apuntaló su decisión absolutoria.

9. Empero, tales falencias no inhiben la emisión de una decisión de fondo, de modo que al admitir la demanda deben entenderse superadas por así preverlo el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, según el cual, *“En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes a las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo”*.

Así, dada la índole de la controversia planteada, como lo señala el propio defensor no recurrente, las finalidades de la casación, especialmente el reparo de los agravios inferidos a la víctima que expone el Ministerio Público y la posición de la impugnante en la medida en que no sólo defiende los intereses del Estado, sino muy principalmente los de la menor presuntamente abusada, encuentra plausible la Sala ir más allá de las censuras



expuestas para de ese modo establecer si el Tribunal incurrió o no en algún otro tipo de error de juicio cuando le negó mérito suasorio al testimonio de la ofendida.

10. En ese propósito, sin desconocer la prolongación de los sucesos en el tiempo sin que nadie se percatara de ellos y la menor no los informare o mostrare señal alguna de que estuvieran sucediendo, o que supuestamente algunos episodios ocurrieron aun en momentos en que en el apartamento escenario de los mismos se hallaba alguien más, es lo incuestionable que en este asunto se sentó un parámetro de credibilidad de acuerdo con el cual la niña declaró hechos que de no haber sido parte de su experiencia no los habría manifestado por su desarrollo evolutivo, valga decir que T. Ch. manifestó ser víctima de los comportamientos de índole sexual porque los vivió realmente, regla que fue desconocida o descontextualizada por el ad quem, quien por tanto en esas circunstancias incurrió en un falso raciocinio al negarle crédito al relato de la ofendida.

No de otra manera podría entenderse que la menor involucrara en acontecimientos de tal naturaleza a una persona a la que consideraba y trataba como a un padre y



a quien le prodigaba entrañable afecto, máxime cuando de otro lado no existe circunstancia alguna que revele un motivo distinto para acusar de semejantes hechos a quien no los haya cometido.

Esa misma relación, tan cercana no sólo entre víctima y victimario, sino entre éste y los padres de aquella, explica no solo que la menor nunca reaccionó elocuentemente ante las vejaciones, sino especialmente por qué nunca le comentó nada a su progenitora, ya que siempre temió que ante el afecto que le tenían al acusado, no le fueran a creer, lo cual en efecto sucedió en principio cuando al ser enterada doña B de lo acontecido su primera reacción fue de incredulidad.

11. Ahora, ese parámetro psicológico no se desvirtúa en este asunto porque la psicóloga privada haya dicho que aquél no es tan cierto frente al bombardeo de información de contenido sexual a que hoy en día los menores están expuestos en los medios de comunicación e informáticos o porque XC, quien vivía en casa de la menor y por igual frecuentaba el apartamento del acusado, haya afirmado que doña B comercializaba películas pornográficas que



copiaba en su residencia, toda vez que aunque la genérica afirmación pueda tener alguna validez, en este caso resulta especulativa por cuanto no se demostró en modo alguno que la menor haya consultado páginas de ese contenido o visto los referidos filmes, luego la tesis de la defensa acerca de la experiencia o vivencia virtual no tiene en este proceso sustento probatorio de ninguna clase.

Tampoco se desvirtúa esa regla por las expresiones utilizadas por la menor; su escolaridad y desarrollo y hasta su traumática experiencia derivada de los hechos objeto de juicio que la llevaron a relatarlos en diversos escenarios, tal como se aprecia en los registros, la muestran como una niña cercana a la adolescencia con un lenguaje estructurado y fluido que denotan cierta madurez.

Ni porque T. Ch. hubiere informado que el acusado le hacía expulsar el semen de su boca no obstante que el acto de repulsión hacia algo que les molesta es natural en los niños, porque esto no consulta precisamente lo aseverado por la menor en su testimonio rendido en el juicio oral



acerca del asco que eso le producía y de sus ansias de vomitar.

12. En las anteriores condiciones erró el Tribunal al tachar de increíble el testimonio de la víctima y a partir de allí asumir dudosa la existencia de los hechos y la responsabilidad del procesado.

Por el contrario, la regla psicológica mencionada, así como las condiciones personales de la menor y su entrañable afecto por quien entonces consideraba como un padre, no generan hesitación alguna acerca de que aquella relató la verdad de unos hechos que padeció, más aun cuando de otro lado, no existe en el proceso elemento de juicio alguno que sustente una razón diferente para haber involucrado al acusado.

13. Por tanto, como la absolución proferida en segunda instancia resulta equivocada, la Corte casará el fallo impugnado de acuerdo con la solicitud de Fiscalía y Ministerio Público, para en su lugar condenar al procesado en calidad de autor responsable de los punibles materia de acusación y de esa manera recobre vigencia la sentencia de primer grado, aunque, según lo advierte la



Delegada de la Procuraduría, no en su integridad toda vez que en efecto se advierte erróneamente imputada la causal de agravación derivada de la minoría a 14 años de edad que tenía la víctima.

14. Es que, en cuanto a la agravante prevista en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, es evidente que la imputación de dicha circunstancia resulta incompatible, por infracción al non bis in ídem, con la descripción típica del delito de actos sexuales o acceso carnal en menor de 14 años en tanto de ella hace parte precisamente la minoría que de esa edad tenga la víctima.

En ese contexto y por avenirse a dicha situación resulta relevante hacer alusión a jurisprudencia de la Sala en el siguiente sentido¹:

“Los jueces de instancia hicieron concurrir el tipo penal del artículo 209, actos sexuales con menor de 14 años, con la causal de agravación del artículo 211.4 del Código Penal, prevista para cuando la víctima es menor de 14 años de edad.

“Con tal procedimiento, aplicaron en forma indebida el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 del 2000 y dejaron

¹ fallo del 25 de mayo de 2011, Rad. No. 34133



de admitir el artículo 7° de la Ley 1236 del 2008. Esto es, desconocieron el postulado del non bis in ídem, en tanto una persona no puede ser sancionada más de una vez por una misma circunstancia fáctica.

“Los jueces partieron del artículo 209, en concordancia con el 211-4, del Código Penal, de donde surge que, al parecer ... aplicaron el artículo 211 original, sin la modificación que le introdujera el artículo 7° de la Ley 1238 de 2008.

“Conforme lo que tuvieron por probado los jueces, los hechos ocurrieron desde que la víctima contaba con 5 años de edad (mayo del 2004) hasta el 15 de abril de 2009. En ese lapso, en un comienzo rigió el original artículo 209 de la Ley 599 del 2000, que señalaba una pena de 3 a 5 años de prisión, y desde el 1° de enero de 2005 se encuentra vigente la misma disposición, con la modificación del artículo 14 de la Ley 890 del 2004, que dejó los topes entre 48 y 90 meses.”

“Ahora bien, el artículo 211.4 de la misma Ley 599 del 2000 establecía que el castigo previo se incrementaba de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho fuese realizado sobre un menor de 12 años.

“Pero el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008 subrogó la anterior preceptiva, disponiendo la imposición del aumento de pena solamente cuando la víctima fuese menor de 14 años.



“En estas condiciones, se debe acoger el principio y derecho constitucional fundamental de la favorabilidad, en tanto resulta de buen recibo, retroactivamente, el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008, que impone agravar la pena cuando la víctima tenga menos de 14 años (no 12 como la derogada).

“Aplicado ese artículo 7° de la Ley 1236 del 2008 y enfrentado al tipo penal por el que se procede (artículo 209 del Código Penal), se concluye, de necesidad, que no es de recibo la agravante, en cuanto la conducta porque se condena parte de la base de una edad de la víctima de menos de 14 años, luego tal circunstancia mal puede ser considerada doblemente: para adecuar la conducta en el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años y como causal para aumentar la pena por la misma situación fáctica: que el ofendido cuente con menos de 14 años.

“La Corte Constitucional, en fallo C-521 del 4 de agosto de 2009,... declaró la exequibilidad condicionada del numeral 4° del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 7° de la ley 1236 de 2008, en el entendido de que el mismo no era aplicable tratándose de los tipos penales de los artículos 208 y 209 del Código Penal.

“La Sala de Casación Penal se ha pronunciado en los mismos términos, como por ejemplo en fallo del 28 de abril de 2010 (radicado 32.782).



“La declaración de inconstitucionalidad de la causal de agravación no comporta que la norma derogada (el original artículo 211.4 de la Ley 599 del 2000) recobrase vigencia, pues ésta fue expresamente subrogada por aquella, esto es, que desde la promulgación de la Ley 1236 del 2008, y específicamente de su artículo 7º, desapareció del orden jurídico el original artículo 211.4 de la Ley 599, en tanto fue subrogado por aquel...”

“En casos como el analizado debe imponerse el tipo penal sin el agravante, toda vez que, para hechos cometidos desde ese momento hacia el futuro, la norma vigente (artículo 7º de la Ley 1236) fue declarada (exequible condicionadamente) y para eventos anteriores igual debe preferirse la misma disposición con sus consecuencias, en este caso, por resultar benéfica al acusado, en aplicación de la favorabilidad.”

15. Consecuentemente y atendida la gravedad de los hechos de la cual también se valió el juzgador de primera instancia, además de la modalidad de la conducta, para irrogar el máximo punitivo del primer cuarto de movilidad, a partir de las circunstancias concurrentes, estima la Corte que, al excluirse la derivada de la edad de la menor, ya no resulta posible situarse en ese límite fijado



por el a quo, de modo que vistos los factores por él considerados y sus componentes, la sanción impuesta al acusado en primera instancia se reducirá en once meses, para así hacerlo sujeto a una pena privativa de libertad de 259 meses.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Casar el fallo impugnado.
2. En su lugar:
 - a. Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a JADR como autor responsable de los delitos concurrentes de acceso carnal y actos sexuales con menor de 14 años.
 - b. Modificar dicho fallo para excluir la circunstancia agravante prevista en el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal, modificado por el 7° de la Ley 1236 de 2008.



c. Por lo anterior, imponer a JADR una pena de prisión de doscientos cincuenta y nueve (259) meses.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria