

**LÍNEA JURISPRUDENCIAL
EL ALCANCE DEL TESTIMONIO DEL PSICÓLOGO DENTRO DE LOS
PROCESOS POR DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN MENORES DE EDAD**

DIANA LUCIA MONSALVE HERNÁNDEZ
JHON HARVEY GÓMEZ PATIÑO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
MEDELLÍN
2011

**LÍNEA JURISPRUDENCIAL
EL ALCANCE DEL TESTIMONIO DEL PSICÓLOGO DENTRO DE LOS
PROCESOS POR DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN MENORES DE EDAD**

DIANA LUCIA MONSALVE HERNÁNDEZ - 42.692.006
JHON HARVEY GÓMEZ PATIÑO - 9.528.949

Línea jurisprudencial como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo

Asesor
MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
MEDELLÍN
2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. PROBLEMA JURÍDICO	10
2. METODOLOGÍA Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	11
2.1 BÚSQUEDA DE ÍNDICES	11
2.2 SENTENCIA ARQUIMÉDICA	11
2.3 INGENIERÍA DE REVERSA	12
3. PUNTOS NODALES	73
3.1 ENTORNO A LA RESPUESTA DEL POLO POSITIVO	73
3.2 ENTORNO A LA RESPUESTA DEL POLO NEGATIVO	74
4. TELARAÑA DE LAS SENTENCIAS	79
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89
ANEXOS DE FICHAS	92

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda uno de los obstáculos más representativos y difíciles de manejar dentro de nuestra sistemática penal, es la valoración que el operador judicial debe hacer del testimonio que rinden los menores de edad al interior del juicio oral, principalmente cuando son víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Esta situación se vuelve aún más compleja cuando el menor afectado no puede comparecer en forma personal a declarar al juicio, en muchos casos debido a su corta edad, pues su memoria a largo plazo no está totalmente desarrollada o por que se pretende evitar que continúe recordando hechos que pueden generar trauma, entonces su relato debe ser introducido a través de entrevistas y registros anteriores, utilizando para ello la figura de la prueba de referencia.

Aquí entonces entran a jugar un papel básico los distintos funcionarios, peritos e investigadores adscritos tanto al ente acusador como a la defensoría pública, cuyo deber no solo apunta a introducir o desvirtuar –según el caso- el testimonio rendido con anterioridad por el menor, sino también a exponer su percepción personal sobre lo que han escuchado del testigo directo, bien sea en casos de flagrancia, o en desarrollo de sus actividades de investigación, una vez se conoce la noticia criminal.

Sin embargo, es preciso recordar que el régimen de procedimiento penal adoptado en nuestro país con la ley 906 de 2004, por regla general considera -dentro de la prueba testimonial- como testigo directo, únicamente aquel que hubiese tenido ocasión de observar o percibir en forma directa y personal un hecho. En el caso de los menores víctimas de delitos sexuales, este aspecto se vuelve más espinoso pues pocas veces se logra sorprender en flagrancia al responsable, dado que la conducta normalmente se comete dentro de un ambiente de intimidad, donde los

únicos partícipes –y por ende testigos directos- son el victimario y la víctima. El primero de estos goza del derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, en tanto que la segunda en muchos casos, no posee la suficiente capacidad para recordar o asimilar la naturaleza ilícita del hecho, por lo que generalmente se mantiene en silencio.

De ahí entonces que para lograr demostrar la responsabilidad del acusado, se requiere de otros medios de prueba, algunos de carácter documental, otros de contenido pericial y también las declaraciones de quienes –sin ser testigos directos- pueden dar fe de hechos o circunstancias que pueden hacer –más o menos probable- la comisión del ilícito. Estos últimos son considerados legalmente como testigos de referencia.

Si bien la legislación vigente le otorga cierto grado de validez a la prueba de referencia, lo cierto es que su poder suasorio se encuentra restringido mediante una tarifa legal negativa consagrada expresamente en el Código de Procedimiento Penal en el artículo 381 inciso 2 que estipula lo siguiente: *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”¹*.

Lo anterior significa que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por si solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia y por ende para fundamentar un fallo condenatorio, pues para tal efecto, es indispensable la presencia de otras pruebas de corte directo que permitan verificar o confirmar el contenido del relato indirecto, incluso a través de la construcción de inferencias indiciarias.

Teniendo claro las normas generales sobre lo que se considera legalmente como prueba y analizando la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal-, se puede observar una variación en punto a la

¹ ARBOLEDA VALLEJO, Mario (2011). Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Leyer.

interpretación que hace el Máximo Tribunal, sobre lo que se entiende por prueba testimonial directa o indirecta, en los delitos sexuales donde la víctima es un menor de edad, ya que en estos eventos, se efectúa una interpretación diferente del Artículo 437² del Código Penal, otorgándole la condición de testigo directo a la versión que rinde el psicólogo o psiquiatra que recibió la declaración del menor víctima durante la etapa de investigación y que ingresa al juicio directamente ya sea para reafirmar el dicho del menor en la audiencia o –ante su ausencia- para introducir su relato directamente.

El funcionario o perito que declara en juicio, ostenta en este caso dos calidades: la de testigo directo de las condiciones físicas y psíquicas de la víctima, de la posible ocurrencia o no del hecho investigado, o del grado de credibilidad y confiabilidad de la versión; y a su vez, funge como testigo de referencia de las manifestaciones hechas a éste con anterioridad a la audiencia.

Frente al primero de los supuestos, ninguna discusión se presenta, habida consideración que su testimonio conforme lo dispuesto en el artículo 405³ de la ley 906 de 2004 se toma como una prueba pericial, en la medida en que el psicólogo o psiquiatra –según sea la especialización del entrevistador- elabora una valoración del dicho del menor, aplicando para ello sus conocimientos científicos, técnicos o especializados, por ende su versión ingresa de manera directa, cuando comparece a declarar en la audiencia de juicio oral, así como el dictamen que haya elaborado.

² ARTÍCULO 437. NOCIÓN. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio. Tomado de www.secretariasenado.gov.co/senado/.../ley_0906_2004.html.

³ ARTÍCULO 405. PROCEDENCIA. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio. Ibid.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando es el menor quien no comparece al juicio oral. Ante la ausencia del testimonio de la víctima y testigo directo del suceso, con el fin de no dejar desprovisto al juez de material probatorio con el cual soportar una sentencia condenatoria, se ha permitido el ingreso de las entrevistas y manifestaciones recepcionadas con anterioridad al juicio por parte de psicólogos o funcionarios de Medicina legal adscritos al ente acusador, para que a través de su declaración se obtenga la versión de la víctima, pese a que estos no son testigos directos del hecho.

Así cuando la versión del menor es ingresada al juicio oral a través del psicólogo o funcionario de la fiscalía, no solo se le atribuye una especial credibilidad, sino que se encuentra soportado con las apreciaciones que el mismo testigo ha apreciado – de manera personal como perito- resultando suficiente su dicho para extraer la responsabilidad del procesado.

A partir de lo expuesto es que surge un enfrentamiento entre dos principios fundamentales: la presunción de inocencia que cobija al procesado –versus- la protección especial de que gozan los menores de edad. Empero dicho conflicto viene resolviéndose por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en favor de los menores, de una parte, debido la magnificación que los medios de comunicación han efectuado de ciertos hechos de violencia sexual donde han resultado víctimas menores de edad, dado que la sociedad exige una respuesta punitiva que consulte el daño causado, y de otro lado, porque la naturaleza del delito y la falta de herramientas con que cuenta el Estado para la labor investigativa, impide en muchos de los casos, la recopilación de pruebas que permitan establecer la responsabilidad penal del acusado.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia en los procesos por delitos sexuales cometidos en menores de edad, ante el riesgo de perder los testigos de referencia, cuando es bien conocido que en casos de abuso sexual estos son los únicos que,

junto a un eventual indicio, acompañan los dichos del menor, ha hecho un giro dentro del esquema probatorio, atribuyendo al testigo de referencia un valor mucho más elevado del que ordinariamente tiene, equiparándolo a un testigo directo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede advertir que en los delitos sexuales donde la víctima es un menor de edad, la jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba, no solo robusteciendo la presunción de veracidad del dicho del menor, sino protegiéndola mediante la utilización de la prueba de referencia. Entonces, ¿qué pasa, cuando el menor no comparece a declarar al juicio? ¿Debe soportarse una condena con prueba de referencia exclusivamente, desconociendo la tarifa legal negativa contenida en el inciso 2 del artículo 381 o en su lugar debe darse aplicación al principio constitucional de presunción de inocencia y absolver al acusado?

La respuesta a estos cuestionamientos no es pacífica. De una parte, porque la presión que ejerce la sociedad demanda que el sentenciador aplique justicia respetando todas las garantías procesales, y de otro lado, porque toda decisión judicial es libre e independiente, por ende los jueces solo están sometidos al imperio de la ley.

Es entonces en este contexto donde nos preguntamos, ¿Cuál es el alcance de las entrevistas recepcionadas por un psicólogo de la fiscalía a un menor de edad víctima de un delito sexual, cuando éste último no comparece a declarar en la audiencia de juicio oral? Deberá tomarse como una prueba de referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 437 del Código de procedimiento penal, o efectuar una interpretación diferente, y en su lugar otorgarle un alcance mayor –valga decir tenerlo como prueba directa- para sostener una sentencia de condena?

Es este problema jurídico el que hoy ocupa nuestra atención, máxime porque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sufrido un cambio incremental que amerita un estudio de fondo, debido a las implicaciones que conllevan los polos de respuesta, tanto positivo como negativo.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Como se mencionó con anterioridad, el problema jurídico a tratar consiste en determinar ¿Cuál es el alcance de las entrevistas recepcionadas por un psicólogo de la fiscalía a un menor de edad víctima de un delito sexual, cuando éste último no comparece a declarar en la audiencia de juicio oral?

El problema planteado tiene dos posibles respuestas. Una que se ubica en el Polo Positivo y otra en el Polo Negativo.

En el Polo Positivo se encuentra como respuesta que la entrevista recibida al menor e ingresada a través del testimonio del psicólogo, se toma como una prueba de referencia. Por el contrario, en el Polo Negativo tenemos como respuesta que la entrevista recibida al menor e ingresada a través del testimonio del psicólogo, se le otorga el alcance de prueba directa.

2. METODOLOGÍA Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Para la construcción de una línea jurisprudencial hemos desarrollado el método, utilizado en el libro: “El Derecho de los Jueces” de Diego Eduardo López Medina. Ahora bien, pese a que en muchos casos la Corte Suprema de Justicia no utiliza el sistema de citación que sí usa la Corte Constitucional, debe advertirse que para el caso objeto de análisis, la Sala Penal del máximo tribunal ha hecho esfuerzo en citar fallos anteriores, y si bien lo hace de manera indiscriminada atendiendo varios tópicos, ello permite aplicar en forma parcial el método de ingeniería de reversa.

2.1 BÚSQUEDA DE ÍNDICES

Como quiera que el problema jurídico objeto de estudio toca directamente con el manejo que probatoriamente se le viene otorgando al testimonio del psicólogo dentro de la sistemática del Proceso Penal Acusatorio y que el mismo se viene implementando en el país recientemente, tenemos que las providencias a examinar datan desde el año 2006 hasta junio del 2011.

2.2 SENTENCIA ARQUIMÉDICA

Como sentencia Arquimédica que ayudará a identificar el punto de apoyo y las diferentes sentencias Hito de la línea jurisprudencial, tomaremos la Sentencia del 1 de junio de 2011 de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, radicado 31.846 con ponencia del Dr. **JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**. La anterior providencia no solo es la más reciente; sino que tiene relación directa con el patrón fáctico establecido en el problema jurídico.

2.3 INGENIERÍA DE REVERSA

Elegida la sentencia Arquimédica, lo consecuente es comenzar el estudio de la estructura de las citas que contiene la misma, a fin de encontrar el nicho citacional y dentro de este, las diferentes sentencias hito que tienen relación directa con el problema, aclarando que para el desarrollo de la línea jurisprudencial hay que clasificar las sentencias en importantes y no importantes, ya que no todas tienen relación directa con el objetivo.

También es preciso señalar que dada la forma de citación que emplea la Corte Suprema de Justicia, es necesario para graficar el nicho, decantar las sentencias partiendo de la fecha más antigua a la más reciente. Ello, por cuanto la sentencia que se usa como punto de apoyo, remite directamente a la sentencia fundadora, dejando por fuera, otras sentencias hito de gran importancia. De esta manera tenemos un primer nicho citacional graficado así:

Tabla 1. Nicho Citacional graficado

2006	2007	2008	2009	2010	2011
23706 del 26 de enero	21490 del 28 de febrero	28257 del 29 de febrero	31950 del 19 de agosto	30612 del 3 de febrero	34568 del 23 de febrero
24468 del 30 de marzo	26128 del 11 de abril	27413 del 13 de marzo	32972 del 3 de diciembre	32868 del 10 de marzo	35080 del 11 de mayo
		29117 del 2 de julio		33010 del 23 de junio	35668 del 18 de mayo
		21105 del 29 de julio		32769 del 6 de octubre	31846 del 1 de junio
		29609 del 17 de septiembre		33022 del 20 de octubre	
		29678 del 5 de noviembre		34434 del 9 de diciembre	

Ahora bien, tomando como punto de partida la sentencia 31.846 del 1 de junio de 2011⁴, encontramos que dentro de sus argumentos estructurales hace relación a tres sentencias principales como referentes para la decisión así: Sentencia del 23 de junio de 2010, radicado 33010; Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23706 y la Sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

La sentencia 33.010 del 23 de junio de 2010, con Ponencia de la Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS a su vez hace alusión expresa a las siguientes sentencias: Sentencia del 19 de noviembre de 2003, radicación 18787; Sentencia del 21 de noviembre de 2002, radicación 16472; Sentencia del 2 de julio de 2008, radicación 27964; Sentencia del 13 de septiembre de 2006, radicado 21393; y a las sentencias del 26 de enero de 2006 radicación 23706 y 30 de marzo del mismo año, radicación 24468.

La sentencia 24.468 del 30 de marzo de 2006, con ponencia del Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO, por ser una de las más recientes sobre el tema solo cita únicamente la sentencia 23706 del 26 de enero de 2006.

Por último, la sentencia 23.706 del 26 de enero de 2006, con ponencia de la Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN, carece de citas, habida consideración que es la sentencia fundadora, a partir de la cual se elabora una teoría argumentativa, que da respuesta al problema jurídico planteado.

A continuación se procede a abordar los diferentes fallos de la Corte Suprema de justicia -se itera- partiendo desde la sentencia fundadora de línea, hasta la más reciente, a fin de encontrar las sentencias hito que resuelven nuestro problema jurídico.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 31.846 del 1 de junio de 2011. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Sentencia 23.706 del 26 de enero de 2006

Ponente: MARINA PULIDO DE BARÓN

Los hechos que dieron fundamento a la decisión son los siguientes: *“La menor Y.T.E.A., de nueve años de edad para el 13 de noviembre de 2003, asistida por la Personera Municipal de Santuario (Risaralda), formuló denuncia penal contra su abuelo paterno NOEL ARCÁNGEL ECHEVERRI HERRERA ante la Fiscalía 33 Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, del mismo departamento. Señaló la menor que en varias oportunidades en que fue a visitarlo al hotel en donde residía, éste la acariciaba diferentes partes de su cuerpo, le introducía los dedos en la vagina y le daba besos, a cambio de lo cual recibía dinero o distintas dádivas”*

En este caso en particular, la decisión de condena de primera instancia fue revocada por el Tribunal Superior de Pereira, quien consideró que para la apreciación del testimonio de la menor era necesario que se allegara como soporte un examen psiquiátrico.

Frente a dicha decisión, la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta el contexto social del momento y en vista de las falencias que venía presentando la implementación del Sistema Penal Acusatorio, optó por elaborar un argumento que le diera herramientas al juez para emitir un fallo de condena, en aquellos casos donde la víctima es un menor de edad.

Es así como la Sala de Casación Penal, recogiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T 554 de 2003, retoma el discurso del derecho penal de las víctimas, para implementar por vía jurisprudencial una presunción legal según la cual *“cuando un menor es víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad”*.

De esta forma, al aplicar la anterior “regla de la experiencia”, la Corte descompone la decisión del A quem -que descalificó el testimonio de la víctima en razón a su minoría de edad-, para señalar que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona que sea discapacitado mental o de la tercera edad, para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.

Asimismo establece varias premisas para otorgar credibilidad al testimonio del menor así: 1) señala que la ley penal no impone restricciones para el recibo del testimonio del menor, en consecuencia su valoración está sujeta a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, 2) que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se busca que emita un juicio frente al hecho, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza y 3) porque la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, lo cual contraviene las reglas de la sana crítica.

Para reforzar aún más la decisión que casa la sentencia, la Corte Suprema acude a la prueba indiciaria, como una herramienta más para reforzar la credibilidad del testimonio del menor. Así expuso la corporación: *“la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para*

evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente”⁵.

Por si fuera poco, la sentencia enaltece los derechos de los menores hasta el punto de que les da prevalencia sobre los derechos de los demás (esto incluye obviamente la presunción de inocencia y el debido proceso que cobijan a los ciudadanos). Así reza la Corte: ***“desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica”***

También refiere la sala que no tiene ninguna incidencia ahondar en la conducta de la víctima para efectos de establecer responsabilidad penal.

En cuanto a las posibles contradicciones en que incurrió la testigo de oídas y la víctima, la sala establece una nueva regla de interpretación según la cual *“es altamente improbable que frente al dicho de una misma persona y con más razón frente a lo expuesto por otra, no haya contradicciones, pues lo que en verdad se debe sopesar, como atrás se señaló, es la entidad de tales inconsistencias con relación al aspecto medular que en ellas se relata”*. Esto para señalar al A quem que incurrió en una violación a la sana crítica, al magnificar las contradicciones de ambas testigos para restar credibilidad a la menor, máxime cuando ambas declaraciones son concordantes en lo esencial, entonces, *“si por lógica lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el ámbito probatorio ello se traduce en*

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 31.846 del 1 de junio de 2011. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. p. 28.

que de hallarse contradicciones en lo esencial poco importa el hecho de que exista uniformidad en tópicos secundarios”

Entrando al tema que nos ocupa, consideró la Sala que el Tribunal no solo desconoció el dicho de la menor, sino que además no hizo una correcta valoración de los demás medios de prueba. En este caso, trae a colación la sentencia T 554 de 2003, para resaltar la importancia de la prueba indiciaria en materia de delitos sexuales así; *“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima.”*

Igualmente, expresa la Corte en relación con los testigos de referencia o de oídas: *“Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguínea. Además, la credibilidad del dicho de la impúber se refuerza con la declaración de su compañera Ángela María Zapata Duque, a quien le comunicó los abusos cometidos por su abuelo, pero el Tribunal, como ya se señaló, optó por desconocer el mérito contundente de esta probanza exagerando contradicciones irrelevantes”.*

Análisis:

Cabe señalar que esta sentencia es la primera dentro del Sistema Penal Acusatorio que aborda directamente el tema de la credibilidad del menor y la valoración de los demás medios de prueba. Si bien no tiene una relación directa con el alcance que se debe dar a la entrevista recibida por los psicólogos, cuando la víctima no comparece al juicio oral, si permite responder el problema jurídico en la medida en que los otros testigos, refuerzan la versión de la menor, otorgándoles el alcance de prueba de referencia, lo que permite –al momento de graficar la línea- ubicar la decisión en el extremo del polo positivo de la sombra decisional.

En cuanto a la clasificación, según el concepto del Dr. López Medina, esta sentencia es considerada fundadora de línea, no solo por su gran contenido doctrinario, sino porque es a partir de este fallo que surge la subregla de derecho que dispone: ***“el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales”***

No sobra mencionar que esta providencia, tuvo tres salvamentos de voto, donde se dejó claro que los derechos de las víctimas –dentro del derecho penal- no prevalecen sobre los de los demás⁶; tampoco la versión del menor puede tener mayor credibilidad pues se ha demostrado que hay ocasiones en que los niños por su gran capacidad de imaginación pueden mentir⁷ y finalmente exponen que el

⁶ “Desde luego que la víctima tiene que ser atendida y respetada. Pero no dejada de lado al punto de imposibilitar el examen de sus versiones y aislar, cual residuo de la humanidad, al actor. Bastaría decir que el derecho penal se hizo y se mantiene para quien delinque, para quien sufre una imputación, o para quien puede delinquir; no para la víctima” MP. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON.

⁷ “De la misma manera, debe tenerse en cuenta que el testimonio de un menor debe ser tan claro que no admita el más mínimo asomo de duda, pues “Ciertos niños afectados de mitomanía, vanidosa o perversa, inventan historias escandalosas para hacerse interesantes, o ante el temor de un castigo por un pecadillo. Presionados por preguntas malintencionadas que los orientan sobre las respuestas a dar, precisan la acusación, que es a menudo el punto de partida de pesquisas

hecho de absolver a una persona, no significa que se estén desconociendo los derechos fundamentales de los menores⁸.

Sentencia 24.468 del 30 de marzo de 2006

Ponente: EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Los hechos que fundan la presente sentencia son los siguientes: *“Franci Elena E. Mercado V. denunció al aquí procesado; fue enterada de tocamientos sexuales que ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA ejecutó sobre su menor hija K.J.M.M.; se dio cuenta que ESLEY tocaba a su hija y que además enviaba boletas a otra menor, invitándola a desarrollar actos de carácter erótico sexual; dice la denunciante que la menor le informó que ESLEY le tocaba los genitales y le introducía los dedos en la vagina”*

En esta sentencia, la sala penal abordó básicamente tres problemas jurídicos: 1) la validez del testimonio del menor víctima de abuso sexual; 2) la naturaleza de los indicios en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio; y 3) el concepto del llamado testigo de referencia.

En relación con el primer tema a tratar, el casacionista cuestionó la credibilidad de la menor víctima, habida consideración que contaba con escasos 5 años de edad. Frente a esta pretensión, la Corte, luego de hacer varias disquisiciones en punto al funcionamiento del sistema penal acusatorio, la etapa probatoria y particularmente aludir a la negativa del juez para decretar pruebas de oficio, consideró que el tema de la apreciación probatoria, en lo que tiene que ver con la credibilidad del testigo,

judiciales injustificadas”, ya que la mitomanía se carga de credulidad, pues los niños ignoran lo que es verdad’. MP. SIGIFREDO ESPINOZA PEREZ

⁸ *“El hecho de que se haya absuelto al procesado del delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, del que presuntamente la afectada fue una menor de edad, no significa en absoluto el desconocimiento de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, según lo establece la Constitución Política de 1991. Lo que ocurre es que esa prelación no puede convertirse en base para desconocer los derechos y garantías fundamentales de los demás”.* MP. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.

no alcanza una postulación adecuada sólo con las opiniones del censor, por muy elaboradas que sean. Además, remite la decisión a la sentencia del 26 de enero de 2006 (*radicación 23706*), que complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar *ex ante* el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez; y sobre todo si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual.

Respecto a la naturaleza de los indicios dentro del Sistema Penal Acusatorio, la Corte -tras hacer una referencia conceptual- considera que el censor no desarrolló plenamente los hechos indicadores que llevaron al Tribunal a efectuar una deducción equívoca, por ende desestimó el cargo.

En lo que tiene que ver con el concepto de testigo de referencia, el casacionista considera que los testimonios de la madre de la víctima y su niñera ocasional no son suficientes para fundamentar una sentencia de condena, ya que su dicho no tiene relación con los hechos, sino que está referido a los comportamientos del procesado, y porque se enteraron de lo demás porque lo refirió directamente la menor.

Al respecto, la Corte en punto al testigo de referencia considero: *“el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto.*

Sin embargo, esta sentencia ingresa un nuevo criterio para valorar la prueba de referencia, permitiendo que se utilice -no solo como un relato indirecto- sino para *“corroborar la credibilidad de otros medios”,* o *“para impugnar esa credibilidad”* incluso permite utilizarla como *“elemento de partida de inferencias indiciarias”.*

Aun así, la sentencia continúa con la línea, afirmando que los testigos de referencia en últimas “*son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido*” por lo que su valor suasorio está restringido a complementar otro género de pruebas y lo condiciona además a la imposibilidad de comparecencia del testigo directo.

Con base en lo anterior, la Corte admitiendo que ni la madre, ni la niñera, ni tampoco la Psicóloga que entrevistó a la menor son testigos presenciales de los actos de abuso sexual, reconoce que sí lo son -de otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron-, para el caso de la psicóloga el relato que la menor, desde su punto de vista resultó creíble, por ende se cumple la exigencia de *conocimiento personal* que demanda el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal.

Análisis:

Esta providencia aborda directamente el tema para exponer que la declaración de la madre y la psicóloga constituye prueba de referencia. Así, ambas declaraciones corroboran el dicho de la menor que se encuentra amparado con la presunción de credibilidad, lo que permite fundar la sentencia condenatoria.

Curiosamente, en lo que tiene que ver con el alcance de la prueba de referencia, adicionalmente hay una variación hacia el polo negativo, en la medida en que se dice que la psicóloga es prueba de referencia del hecho delictivo en sí, pero es prueba directa del dicho de la menor, lo que a nuestro parecer, invierte la carga de la prueba, pues impone a la defensa el deber de desvirtuar ya no el dicho de la menor, sino el testimonio directo con otro psicólogo. En consecuencia, esta providencia, muestra una postura mucho más cercana al polo negativo de la sombra decisional que la decisión anterior.

En cuanto a su clasificación, la sentencia es RECONCEPTUALIZADORA de línea, en la medida en que es evidente el esfuerzo de la Corte por ampliar la ratio decidendi de la anterior decisión, hasta el punto de que amplía el alcance de la prueba de referencia, permitiendo que corrobore los dichos de la menor. Esto sumado a las inferencias lógicamente fundadas, reduce la presunción de inocencia, con lo el cual el estándar probatorio de la defensa se incrementa, pues debe desvirtuar la presunción que cobija a los menores e impugnar credibilidad a los dichos de los testigos de cargo.

En cuanto a las aclaraciones de voto, las mismas no tienen relación directa con el tema, pues tocan el aspecto de la prueba de oficio, razón por la cual no serán tenidos en cuenta.

Sentencia 21.490 del 28 de febrero de 2007

Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Los hechos que dieron origen a la investigación fueron relatados así: *“El señor Luís Mauricio Torres Rincón, residente en el barrio ‘Los Zipas’ del municipio de Chía, cerca al colegio ‘Celestino Fredney’ donde estudiaba su sobrina M... de escasos siete años de edad, por encargo de su hermana Nubia Inés recogía a su sobrina en el centro educativo y la llevaba hasta su vivienda. Aprovechando tal circunstancia, hacia finales del mes de octubre y mediados de noviembre de 2001, el mencionado luego de ordenar a sus dos hijos que se retiraran a jugar a otro lugar, realizó con ella actos sexuales y en una oportunidad la accedió carnalmente.*

Ante las constantes amenazas ejercidas por el agresor de castigarla con su correa, la menor nunca relató lo sucedido a su familia, pero cuando su progenitora se enteró de que aquél ejecutaba actos sexuales con algunas de sus sobrinas la

interrogó sobre el particular relatando la niña en forma detallada los maltratos sexuales de los que había sido víctima por parte de su tío”

En esta sentencia, se ratifica el principio antes señalado en punto a que se le da total crédito al dicho de la menor. Este sumado al testimonio de la madre y al dictamen médico legal sexológico que concluyó que la menor presentaba una desfloración reciente, en sentir de la sala es suficiente para no casar el fallo condenatorio.

Desde ya se dirá que esta sentencia se clasifica como confirmadora de principios, en primer lugar porque no profundiza en el problema jurídico planteado y no es ambiciosa en materia doctrinal y en segundo lugar, porque a pesar de no tener remisión expresa a otros fallos, es evidente que acude al criterio de las anteriores sentencias en punto al tema de la credibilidad del menor.

Sentencia 26.128 del 11 de abril de 2007

Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

El acontecer fáctico es el siguiente: “Ocurrieron el once (11) de agosto de dos mil cinco (2005). En horas del medio día de esa fecha, la joven P..., quien tenía, para esa época, quince años de edad, llegó hasta el gimnasio donde laboraba JUAN CARLOS ARISTIZÁBAL OSPINA, ubicado en la calle 21 número 26-17 de Armenia, con el fin de entregarle un dinero que le enviaba la madre de la menor. El hombre tomó por la fuerza a la adolescente y la accedió carnalmente”.

Este es otro ejemplo clásico de sentencia confirmadora de principios, sin embargo, cabe rescatar que la Corte, frente al argumento del casacionista referido a la valoración del testimonio de la Psicóloga era un testigo de referencia, luego de esbozar una diferenciación entre lo que es un testigo perito y un testigo técnico, clasifica a los psicólogos dentro de estos últimos. Lo anterior implica que ya no se

valora el testimonio del psicólogo como prueba de referencia, sino que debe hacerse conforme el artículo 402, en la medida en que tiene un conocimiento especial sobre un hecho; lo cual implica un desplazamiento un poco más hacia el polo negativo del nicho citacional.

Adicionalmente a la ratificación del principio de credibilidad del testimonio del menor, se señalan tres pautas para que el juzgador llegue al conocimiento sobre el hecho y la responsabilidad del acusado así: *“a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”*.

No obstante, a pesar de que este fallo ahonda un poco más en la jurisprudencia, no tiene una respuesta al problema jurídico planteado, en la medida en que no clarifica si las entrevistas previas que realizan los psicólogos son prueba de referencia o prueba directa.

Sentencia 28.257 del 29 de febrero de 2008

Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Los hechos que dieron fundamento a la sentencia fueron expuestos de la siguiente manera: *“El día cinco de marzo de 2006, la señora CLARA ANGÉLICA GONZÁLEZ MARTIN, formula denuncia contra PEDRO HUERTAS, en la que relata que ese mismo día su hija V.G.M. de 7 años de edad tuvo una pataleta y no quería hacerle caso, por lo que discutieron y su padrastro PEDRO HUERTAS le dio una palmada en la cola, por lo cual la niña entró en cólera y le dijo “no me pegue...ahora sí le voy a contar a mi mamá lo que usted me hace”, la señora*

inmediatamente se dirigió hacia la niña y le dijo "...qué pasa V..." y le vio en su rostro rabia cuando miraba al denunciado y gritaba ahora si voy a contar todo todo, él mientras tanto decía no V..., no V..., como con cara de asombro, entonces ella se fue con V... a hablar y la niña dijo que PEDRO le había tapado los ojos para jugar a la gallinita ciega, luego le hacía abrir la boca, le metía y le sacaba algo por la boca, que era una cosa blandita al principio y luego dura, que ella le preguntó que qué era y él le dijo que era un bombom bum pero que a ella le sabía y le olía a feo y le daban ganas de vomitar porque se lo metía hasta la garganta y que luego con la mano le tocaba el estómago y la vagina y que le metía y le sacaba algo por acá, señalando la vagina, que eso pasó muchas veces y que le había dicho que no le contara nada a la mamá porque la regañaba, agrega la denunciante que una vez que la niña le contó la mandó a la tienda y le hizo el reclamo a PEDRO quien negó todo, pero que cuando la niña llegó los colocó frente a frente y le dijo a la niña que si eso era verdad, que por Jesusito le dijera y ella dijo que era verdad"

En el presente caso, la decisión de condena de primera instancia fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, quien al momento de valorar la prueba recopilada en el juicio, dio total credibilidad a la retractación de los hechos por parte de la menor y su progenitora, desconociendo el resto de los medios de prueba recaudados, entre ellos la denuncia y las entrevistas recibidas con antelación a la víctima, así como a otros testigos que dieron cuenta de la dependencia emocional de la madre de la menor para con el procesado.

Revisada la actuación, la Corte Suprema de Justicia, CASA el fallo de segunda instancia y en su lugar condena al procesado, con los siguientes argumentos:

En primer lugar, respecto a la ocurrencia del hecho, expone que el A quem frente a la duda probatoria sobre el relato que la menor hizo a su progenitora, debió tener en cuenta otros elementos de gran utilidad, como los testimonios de la psicóloga

del colegio donde estudiaba la menor y la médico forense que la evaluó, además de la denuncia que formuló la madre, donde da cuenta en forma pormenorizada del abuso sexual a que fue sometida su hija.

Tampoco examinó el Tribunal el contenido de los dictámenes elaborados por los profesionales de medicina legal, donde se demuestra que la menor tuvo una clara retractación, en tanto señaló que lo que su padrastro le introducía en la boca era un bom bom bum; y que todos los profesionales que valoraron a V.G.M. rindieron su testimonio en calidad de peritos.

Es aquí, donde la Corte rompe el paradigma que venía trazando en punto al testimonio de los psicólogos y demás funcionarios, para otorgarles una nueva calidad, -ya no como testigos de referencia-, sino como peritos. Veamos: “*Tanto la psicóloga del colegio, como la médico legista, dieron cuenta de las entrevistas realizadas a V.G.M. y a su progenitora, suministraron detalles de la inicial información que éstas proporcionaron sobre los hechos, así como la percepción que tuvieron acerca de las expresiones, actitudes y sentimientos de la menor, en esos momentos. Se trata entonces de **testimonios de peritos** que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes*”.

Expone además la Corte: “*En consecuencia, no es cierto como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de V.G.M. negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, **el cual no se puede calificar como prueba de referencia**, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de*

los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso”.

Aunado a lo anterior, la sala resta total credibilidad a la retractación de la menor y la denunciante, pues considera que *“no alcanza a generar dudas sobre la ocurrencia del hecho delictivo imputado a PEDRO EMILIO HUERTAS CONTRERAS, dada la capacidad persuasiva del restante material probatorio”.*

Lo expuesto en precedencia permite colegir una variación en la línea jurisprudencial, en punto al testimonio de los psicólogos o peritos que declaran en el juicio oral, pues ya no son testigos de referencia, sino que su relato por haberse presentado dentro de la audiencia del juicio oral se le otorga la calidad de prueba técnica. Así lo indicó la sala: *“La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial-, a la que hace relación el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha de valorar. Si bien es cierto, que tales profesionales no presenciaron los hechos, la menor, como su progenitora fueron valoradas por ellos; eventos, circunstancias y, conclusiones que, fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportan su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 ibidem”*

Lo citado en precedencia permite la extracción de una nueva sub-regla de derecho, donde la Corte considera que ***“toda persona que declara en el juicio oral –aunque no sea testigo presencial del hecho- por haber percibido una situación relativa al caso cumple la exigencia de conocimiento personal”.***

Análisis:

Podemos decir que esta decisión no solo es importante porque responde el problema jurídico planteado, sino porque dentro de su ratio decidendi desarrolla

directamente el alcance de las entrevistas realizadas por psicólogos u otros funcionarios, otorgándole la calidad de prueba técnica, con lo cual libera aún más a la fiscalía de su deber de probar la responsabilidad del procesado y en su lugar, eleva el estándar probatorio de la defensa, quien no solo debe enfrentar la presunción de credibilidad que ampara el dicho del menor, sino desvirtuar o impugnar la credibilidad de un sinnúmero de testigos –ya no de referencia- sino de carácter técnico.

Como consecuencia de lo anterior, este fallo se considera como una sentencia hito MODIFICADORA de línea, en la medida en que cambia de manera drástica el valor suasorio del testimonio del psicólogo, quien ya deja de ser un testigo de referencia, y lo convierte en un testigo técnico, lo que implica un amplio margen de movimiento dentro de la línea jurisprudencial que se venía presentando del polo positivo al negativo.

Sentencia 27.413 del 13 de marzo de 2008

Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Los hechos fueron plasmados así: *“En el mes de octubre de 1999, la niña LMCM, nacida el 13 de febrero de 1988, conoció a Guillermo Arbeláez Zuluaga, de 56 años de edad, quien desde entonces comenzó a halagarla y a darle regalos y sumas importantes de dinero. Ganada la confianza de la menor, le hizo invitaciones, la llevó en su vehículo a diversos sitios, en varias ocasiones la besó en la boca, le tocó los senos y la vagina y le pidió que le diera un ósculo en su órgano genital”*

En este caso la Corte Suprema de Justicia, pese a que se trata de un hecho cometido en vigencia de la ley 600 del 2000, donde el juez tenía facultades oficiosas, reitera la postura asumida en la sentencia fundadora de línea, para no casar el fallo, pues en suma, a pesar de que la menor víctima no compareció al

juicio a declarar y tampoco asistió al examen que debía realizársele en medicina legal, considera que con las pruebas arrimadas por la fiscalía, esto es, el informe psicológico rendido por la psicóloga que atendió a la menor seguidamente a la ocurrencia de los hechos, la declaración previa de la menor ofendida y los testimonios de sus padres existe prueba suficiente para sostener el fallo de condena, además recuerda al libelista que *“no existe tarifa legal alguna que disponga su verificación por el único medio indicado por él”*.

En cuanto al problema jurídico, retorna la Corte a su posición anterior sobre los testigos de referencia cuando señala *“No debe olvidarse que en conductas como la investigada por lo general el testigo por excelencia y único, es la propia víctima, de donde surge que los restantes son de simple referencia o técnico, que, así se limitan a narrar lo contado por aquella a lo observado por el examen”*. Lo que convierte esta providencia en una sentencia meramente confirmadora del principio trazado en la fundadora de línea, por ende su ubicación en la gráfica de la línea jurisprudencial será en el polo positivo.

Sentencia 29.117 del 2 de julio de 2008

Ponente: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Los hechos objeto de examen son los siguientes: *“Según denuncia penal presentada por la señora Dilma Rosa Riaño Panqueva, el día 28 de marzo de 2006, a las cuatro de la tarde y en el establecimiento público “Supermercado la Viña”, ubicado en la carrera 36bis núm. 186 C 07 barrio Verbenal II sector de esta ciudad, su hija de nueve años de edad xx, fue sometida a tocamientos libidinosos por el tendero CIRO ANTONIO MORA RIVERA, consistentes en cogerla de las muñecas, conducirla al lavamanos que se encuentra detrás del congelador y en el fondo de la parte interna del mostrador del supermercado y besarla en la boca con introducción de su lengua. Días anteriores, le había cogido los glúteos e igualmente (la había) besado”*.

Desde ya diremos que esta sentencia en su momento fue una de las que más polémica generó. Aquí, la Corte en un argumento amañado, desconoció totalmente el precedente hasta ahora trazado, para dismantelar la conducta jurídica imputada y adecuarla dentro de un tipo penal que en nada se compagina con el acontecer fáctico.

En efecto, si se miran los hechos, se advierte que una menor de 9 años fue sometida a tocamientos libidinosos, ello porque un adulto la cogió por la fuerza, la beso en la boca y le agarró los glúteos. No obstante, la Corte –luego de un extenso análisis del panorama normativo que rige para los delitos sexuales y de los recientes sucesos que se venían presentando, cuyas secuelas aún perduran en la psique social⁹- señala el deber de otorgarle credibilidad al dicho del menor, pero al mismo tiempo, se las arregla para dejar sin castigo al actor, aduciendo que en este caso, no existió un acto sexual abusivo, sino una injuria por vía de hecho (ello remitiéndose por analogía al caso de un joven que abusivamente tocó los glúteos a una dama y siguió su camino)

Es así, como la sala en forma oficiosa casa la sentencia, bajo el argumento de que el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de la menor ofendida no alcanzó a ser vulnerado, pues la zona donde se produjo el tocamiento y la escasa edad de la menor, permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”.

⁹ A pesar de no ser el primer delito ocurrido en Colombia de esa naturaleza, el caso de Luis Alfredo Garavito Cubillos es el más recordado en nuestro país, no sólo por el hecho de que fueron asesinados 140 niños, según confesión del mismo autor, sino por la forma en que eran violados, degollados y torturados. Tomado de Fiscalía General de la Nación, Oficina de Divulgación y Prensa (2002). 17 niños víctimas de Luis Alfredo Garavito. Disponible en: www.Fiscalía.gov.co/pag/divulga/InfEsp/Garavito.htm

Resulta un despropósito de la Corte Suprema, y así se dejó ver en los tres salvamentos de voto¹⁰, que se equipare una menor de edad a una adulta, y que se diga al mismo tiempo que una menor no tiene raciocinio para entender que se está vulnerando su formación sexual, pero sí la tiene para entender que esa misma conducta afecta su integridad moral, más absurdo resulta pensar que lo que buscaba en realidad el procesado con esa conducta no era satisfacer su libido sexual, sino injuriar a la menor.

En conclusión, esta sentencia carece de relación directa con el problema jurídico, sus argumentos son poco concluyentes e ilógicos, y resulta inadecuada para el tema a tratar, por lo que se clasificará como sentencia CONFUSA y no tendrá un polo determinado dentro del nicho citacional.

Sentencia 21.105 del 29 de julio de 2008

Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

La sentencia expuso los siguientes hechos: *“La presente actuación tuvo origen en la denuncia instaurada el 30 de octubre de 2001 por la joven M. M. C., de catorce*

¹⁰ Bajo esta perspectiva, solo porque nos parezca que la pena resulta exagerada frente a lo que el delito comporta en punto de afectación del bien jurídico tutelado, no es posible hacer esguinces dogmáticos para ubicar los hechos en una más benigna adecuación típica, que de ninguna manera, lo digo con respeto, registra adecuada y suficientemente lo materialmente realizado, el querer del agresor y el efecto dañoso que pudo producir en la víctima. M.P. SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ

- La decisión mayoritaria de la que me aparto desconoce la realidad probatoria de la actuación, toda vez que no se comprende que, por una parte, afirme que una correcta apreciación de los hechos, así como del testimonio de la psicóloga especializada en abuso sexual infantil que valoró a la menor, permita inferir que ésta no sufrió alteraciones sustantivas en su formación sexual, sino que apenas fue víctima de un trato agresivo, mientras que, por la otra, de manera nítida surge lo contrario del dicho de la aludida profesional de la salud.MP. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

- En el mismo orden de ideas debo expresar mi total desacuerdo con la mayoría al señalar que dada la edad de la menor carecía de capacidad suficiente para que el comportamiento del cual fue víctima afectara su formación sexual, pues por el contrario, insisto, una tal interpretación contraría seriamente la presunción de derecho establecida por el legislador sobre el particular, y más grave aún, considero que con unas tales razones podría también excluirse el daño de víctimas absolutamente incapaces de entender la conducta, como ocurriría con los débiles mentales o infantes de pocos años de edad, argumento *ad absurdum* que permite evidenciar la inconsistencia de la tesis mayoritaria en este asunto.MP. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

años de edad, debido a hechos acontecidos el jueves 25 de octubre de 2001, en la vivienda situada en la carrera 9 número 33-62 del barrio Tomás Pérez de Quibdó (Chocó), lugar en el que trabajaba como empleada doméstica de LICENIA PALACIOS PALACIOS.

Según el relato de la menor, esa noche recibieron la visita de DEMÓSTENES MORENO PALACIOS, compañero sentimental de LICENIA PALACIOS PALACIOS y para ese entonces aspirante a la alcaldía de Quibdó, quien le propuso a M. M. C. que sostuviera relaciones sexuales con él y con su pareja.

En la medida en que DEMÓSTENES MORENO PALACIOS también le pedía que mirara el revólver que había dejado en la mesita de noche, la menor se vio obligada a participar en los actos de índole sexual solicitados, que entre otros consistieron en penetración oral, vaginal y anal por parte del varón, así como penetración vaginal por parte de la mujer, realizada con los dedos de la mano”

El contexto de la sentencia a analizar no refleja un gran cambio en la línea, todo lo contrario, nuevamente se confirma el principio de credibilidad del dicho de la víctima, y en todo caso a pesar de la retractación de varios testigos, señala la sala que el dictamen pericial practicado por la psicóloga de medicina legal, tendiente a determinar el estado mental de la ofendida, lejos de desvirtuar la credibilidad de su dicho, lo que hizo fue desestimar la veracidad de la retractación de la denunciante, quien por obvias razones no tenía fundamento alguno para cuestionar el estado de sanidad mental de su hija, ni para sostener razonablemente que lo denunciado por ella en un inicio no se correspondía con la realidad.

Se itera, es una sentencia confirmadora de principio, que poco aporta a la solución del problema jurídico, excepto que reitera la postura de la Corte sobre los dictámenes periciales de los psicólogos que nuevamente se toman como prueba

de referencia del dicho del menor, ubicando el fallo dentro del polo positivo del nicho citacional.

Sentencia 29.609 del 17 de septiembre de 2008

Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

El acontecer fáctico es el siguiente: *“Según los registros procesales el 18 de mayo de 2006, P. A. E. S., de 12 años de edad, rindió declaración jurada ante un agente investigador adscrito a la Fiscalía Seccional de Cali (Valle), en la cual narró que desde cuando tenía 6 años, MIGUEL ANTONIO PARRA CASTAÑO, esposo de su tía Soraya Jiménez, la sometía a prácticas libidinosas, y que el sábado santo de ese año (15 de abril), fecha en la que fue a dormir con sus hermanos a la casa de ésta, aquél aprovechando que su cónyuge había salido a una reunión, puso a los niños a jugar con el computador, mientras que a ella la llevó a una habitación del primer piso del inmueble, le quitó el pantalón de la pijama, hizo él lo mismo, la acarició y besó sus partes íntimas, le introdujo el pene en la boca y luego lo frotó contra la zona genital de ella hasta eyacular”*

El fallo de condena proferido por la primera instancia fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito de Cali, quien consideró que la prueba que fundaba presentada por la fiscalía y que sostenía la condena tenía el carácter exclusivo de prueba de referencia.

El argumento principal del A quem se concreta a lo siguiente: *“Es “obvio” que la “versión” del perito psiquiatra recibida en el juicio “no puede tomarse como prueba testimonial”, ya que se limitó a explicar la ciencia de la valoración psicológica de la ofendida, merced a la cual concluyó que “existe coherencia en el relato de la menor”, pero tal dictamen “en sí mismo”, dado que la persona en relación con quien se practicó no declaró en juicio, “es insuficiente para suministrarle al juez el conocimiento que la ley exige sobre la ocurrencia del hecho”.*

Como la menor no compareció a declarar a la audiencia de juicio oral, su testimonio se ingresó a través de un investigador de la fiscalía, al cual se refirió el A quem en los siguientes términos: *“Es “indiscutible” que el testimonio del agente investigador Jorge Alberto Aluma Moreno “constituye prueba de referencia”, porque no presenció los hechos, sino que narró la versión que acerca de lo acaecido le suministró la ofendida, la cual por no haber sido controvertida en el debate oral, “legalmente no constituye medio de prueba suficiente para condenar al procesado”.*

De entrada diremos que esta sentencia en cuanto al patrón factico toca directamente con el problema jurídico planteado en la línea, por manera que es pertinente analizar los argumentos de la Corte, que valga la pena mencionar casa esta sentencia y condena al procesado. Ahora, el motivo de esta decisión se expuso así:

Comienza la sala partiendo de una aclaración en punto al tema de la prueba de referencia de la siguiente forma: *“se hace necesario ante todo aclarar que una cosa es la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia (artículo 379 y 438 ídem), lo cual está ligado con el debido proceso probatorio, y otra su capacidad para servir como medio de conocimiento en grado de certeza de los elementos de la conducta punible (artículo 9, Ley 599 de 2000), ya que ese aspecto, es decir, su poder suasorio, el ordenamiento procesal adjetivo expresamente lo tarifó de manera negativa en todos aquellos eventos en que no se disponga de otros medios de prueba distintos que la robustezcan (artículo 381)”.*

Teniendo en cuenta lo anterior la Corte comienza el análisis con el testimonio del investigador que ingresó la versión de la menor como prueba de referencia, señalando que dentro de este existen contenidos que deben apreciarse como prueba directa y otra como prueba de referencia. Así, el testigo tiene relación directa con los hechos percibidos por él en su labor de policía judicial, dentro de

los cuales se demostró que la imposibilidad de la menor de comparecer al juicio se dio por la negativa de su progenitora (quien no permitió que declarara debido a las presiones ejercidas por los miembros de su familia, pues el procesado era esposo de una hermana de ella y su captura había ocasionado graves desavenencias entre los miembros de ese clan) y fue en razón a esa explicación que se permitió el ingreso del relato de la víctima como prueba de referencia.

Pero también su declaración constituye prueba directa pues ostenta la calidad de testigo de reconstrucción de las circunstancias posteriores al acaecer criminoso, que fueron determinantes para que se admitiera a través de aquél el contenido de la declaración que rindió la menor en la etapa de investigación.

Cosa muy diferente es el testimonio de la psicóloga o psiquiatra, pues la Corte asume este medio probatorio como una prueba pericial, la cual goza de una reglamentación especial dentro del Código de Procedimiento Penal. Sobre el particular señaló: *“Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia.*

Tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analizan la información suministrada por los mismos.

Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra- interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras”.

Con base en lo expuesto, la Corte señala –contrario a lo expuesto por el A quem-, que la sentencia objeto de examen no solo está fundada en prueba de referencia, sino que además se soporta en la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra, lo cual constituye una prueba técnica pericial, al tenor del artículo 405 de la Ley 906 de 2004 en consecuencia se debe apreciar conforme las reglas del testimonio.

Sumado a lo expuesto refirió: *“Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal”*

En consecuencia, para la Corte el conocimiento indirecto que se obtuvo por medio de la prueba de referencia ingresada con el investigador y el que por vía directa se consiguió con el dictamen del perito psiquiatra, es suficiente para deducir la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Análisis:

Podemos decir que esta decisión constituye otra sentencia hito MODIFICADORA de línea, no solo porque responde directamente el problema jurídico planteado, sino porque es a partir de esta que se establece una sub regla en punto a la

valoración del perito psicólogo, quien desde ya es considerado como un testigo técnico pericial, por ende su versión ingresa al juicio como prueba directa.

Ahora, las implicaciones de este cambio de precedente, resultan nefastas para el procesado, pues la presunción de inocencia carece de soporte alguno frente a la presunción de credibilidad que ampara al menor, eso sin contar que prácticamente se invierte la carga de la prueba, al punto de que el procesado se ve abocado a demostrar toda costa su inocencia, mientras que al Estado, es decir la Fiscalía, le basta con allegar el testimonio de un perito psicólogo y una que otra prueba de referencia. En cuanto a la ubicación, es claro que este fallo pasa a ubicarse en el extremo del polo negativo del nicho citacional.

Sentencia 29.678 del 5 de noviembre de 2008

Ponente: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Circunstancias relevantes del caso: “El jueves 1 de abril de 2004, al interior de las instalaciones del Hogar Comunitario “Los quince traviosos” de la ciudad de Bogotá, JOSÉ EMELÍAS ESTUPIÑAN AMAYA realizó tocamientos al área genital de la niña J.P.S., quien para ese momento contaba con dos años y ocho meses de edad, y quien dio cuenta de ello a su abuela (Blanca Inés) y a su mamá (Marisol Salazar Ardila).

Con ocasión de la información de la niña, su progenitora la revisó y encontró que no estaba quemada pero la zona genital presentaba una fuerte coloración roja, y la niña le contó que “...el papá de Viviana le había cogido su cuquita y se había acostado con ella en la colchoneta”.

En el transcurso de la noche, según la denunciante, la niña lloró cuando miccionó, se tornó agresiva, no quería ir a dormir, no quería que le apagara la luz ni el televisor, no le permitió acariciarla y dormida pedía que no la tocaran; a la

mañana siguiente reiteró que “...el papá de Viviana” le había manipulado los genitales.

Al otro día la llevó al Instituto Nacional de Medicina Legal donde la niña relató al médico legista que “el papá de Viviana” le había tocado los genitales, se le practicó un dictamen sexológico que no encontró signos de desfloración, tono anal normal, no obstante, presentó “...edema y eritema del área vulvar, dos laceraciones leves al lado y lado de la cara interna de los labios menores, hallazgo compatible con el relato ofrecido por la menor, quien aseguró que el papá de Viviana le había manipulado sus genitales”

En esta sentencia, nuevamente se revoca el fallo condenatorio de primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, quien absolvió al procesado por considerar que existía duda sobre su responsabilidad. Dentro de los argumentos esbozados, señaló que no estaba acreditado que el acusado hubiese estado ese día en el lugar de los hechos, pues su horario de trabajo no coincidía con el funcionamiento del hogar comunitario, que tampoco hubo una identificación plena por parte de la menor respecto a su agresor y que la progenitora se encontraba sugestionada por informaciones noticiosas sobre abusos de menores de edad. En consecuencia no existía prueba directa que incriminara al imputado, pues la versión que la niña dio al médico legista es meramente referencial.

Análisis:

En igual sentido que la sentencia 29.609 analizada en precedencia, La Corte -no solo- reitera su posición frente a la presunción de credibilidad del dicho del menor cuando expone “*A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales*”, sino la postura asumida en pleno por la sala, donde señala que “*Tratándose de*

*menores víctimas de agresiones, el sistema judicial penal requiere del apoyo de personal auxiliar, psicólogos, médicos, técnicos, peritos, funcionarios que fungen como **fuentes directas** del conocimiento de los hechos, cuyo aporte se constituye en medio de convicción apreciable”*

Adicionalmente introduce por vía jurisprudencial una regla de la experiencia según la cual *“un niño en condiciones psíquicas normales es plenamente capaz de identificar a plenitud a las personas con quienes mantiene relación directa”*; con lo cual consolida aún más la línea respecto al alcance del testimonio de los peritos psicólogos en los procesos de delitos sexuales donde la víctima es un menor de edad. De lo anterior podemos concluir que, independientemente de si el menor asiste o no al juicio oral, las entrevistas recopiladas dentro del juicio oral a los funcionarios de fiscalía o medicina legal son prueba directa y como tal se deben valorar.

Como se explicó, esta sentencia se puede clasificar como una sentencia hito CONSOLIDADORA de línea en la medida en que reitera principios ya decantados en otros fallos. Su contenido resuelve directamente el problema jurídico y ubica la decisión dentro del polo negativo del nicho citacional.

Sentencia 31.950 del 19 de agosto de 2009

Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Los hechos son los siguientes: *“Entre los meses de agosto y noviembre de 2007, la profesora Mercedes Rojas Melo, quien para la época laboraba en un jardín infantil del municipio de Sylvania (Cundinamarca), advirtió que uno de sus alumnos, el niño D.S.P.R., observaba comportamientos irregulares, no acordes con sus 4 años de edad, pues, se tocaba el pene con mucha frecuencia, se escondía debajo de las mesas para besar y acariciar a sus compañeras, presentaba continuas erecciones y con ella, particularmente, se mostraba bastante*

cariñoso, pero no en la forma en que lo hace un niño, ya que en algunas ocasiones se excitaba.

Como el menor hizo caso omiso a los reiterados llamados de atención de la profesora, esta optó por confrontarlo, persuadiéndolo con golosinas, convencida de que dicho comportamiento “había sido infundido por alguien”. Fue así como el infante le narró que “don Nilson”, el papá de su compañera Nicoll y dueño de un almacén de bicicletas ubicado en su vecindad, lo encerraba en el baño del local, en donde le tocaba “el pipí y la colita”, a cambio de dulces.

La anterior conversación fue escuchada por el niño N.V.C., de la misma edad del anterior, quien se acercó a la educadora Rojas Melo para comunicarle, si le daba golosinas, que a él también el señor de la “bicicletería” lo entraba al baño, y allí le cogía el “pene y la colita”, en presencia del infante A.S.S.R., de 3 años de edad.

Luego de lo anterior, la profesora Rojas Melo enteró de lo sucedido a los padres de los menores, uno de los cuales, Juan Carlos Valbuena Palomino, presentó denuncia penal el 1 de diciembre de 2007, en contra del señor NILSON RUBIO FUENTES, propietario del almacén de bicicletas referido y padre de la niña Charuth Nicoll, compañera de estudio de los menores abusados”.

La sentencia objeto de estudio presenta similares circunstancias fácticas a lo ocurrido en la sentencia 29.609 antes analizada. Para empezar, los menores afectados no asistieron a la audiencia de juicio oral, por lo que sus dichos fueron ingresados a través de un investigador de la Fiscalía y la defensora de familia, con ausencia total de técnica de interrogatorio. Sumado a ello, se cuestiona el poder suasorio que las instancias otorgaron a las manifestaciones de la maestra de los menores, quien fue testigo directo del comportamiento sexualizado de uno de los niños, pero testigo de referencia en cuanto a la ocurrencia del hecho, por ende su testimonio debió ser examinado con mayor restricción.

El libelista también refirió que se le dio un gran peso al experticio psicológico que se practicó a los menores, pese a que se cercenaron varios de sus apartes al momento de su valoración, que de haberse tenido en cuenta habrían desestimado la idoneidad técnico científica de la perito y el grado de aceptación de los instrumentos utilizados para la elaboración del dictamen.

Para finalizar, el casacionista cuestionó el hecho de que no se haya dado un mayor peso al dictamen pericial que se presentó por la defensa, donde se demostró que su defendido no tiene tendencias sexuales que lo lleven a ese tipo de acciones libidinosas, por lo que había una duda razonable respecto a su responsabilidad.

En respuesta a las controversias planteadas, la Corte respondió de la siguiente manera:

Respecto al cuestionamiento de que el testimonio de la maestra de los menores constituye prueba de referencia en cuanto a la ocurrencia del hecho, señala la sala que dicho testimonio no fue el único que sirvió de fundamento a la sentencia. Ello por cuanto también se recibieron las declaraciones de los padres de los infantes, e incluso la versión de estos que -valga recordar- ingresó a través de un investigador judicial a quien describieron con detalle cómo fueron objeto de tocamientos sexuales, a cambio de dulces y golosinas, por parte del procesado.

Ahora, los menores no comparecieron a declarar, por cuanto el juez consideró que llevar al juicio a los niños, quienes contaban con solo 4 años de edad, sería traumático para ellos y conduciría a revictimizarlos. Aunado a lo anterior, se recibió el testimonio de la funcionaria que valoró psicológicamente a los menores y a quien estos relataron nuevamente lo ocurrido

Es así como la sala no encuentra ningún reparo en que se introduzca por la vía indicada la entrevistas de los niños, pues considera que *“ello se aviene a lo establecido en los artículos 150 y 194 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), reguladores, en su orden, de la práctica de testimonios por parte de los niños, niñas y adolescentes, y las audiencias en los procesos penales en que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea un menor de 18 años”*.

En cuanto a que la psicóloga no utilizó un mecanismo idóneo en sus informes, la Corte señala que ello es simplemente una concepción personal de la defensa, en punto a la valoración que hicieron las instancias, además a diferencia de la perito psicóloga que trajo para refutar la idoneidad de la entrevistadora, esta última si tuvo contacto directo con los menores, de quienes escuchó en forma personal, coincidiendo su versión con lo obtenido por otras vías testimoniales.

Sobre el último de los cargos, referido a que no se dio credibilidad al dictamen del psiquiatra que examinó al procesado y que concluyó que no tenía tendencias sexuales, la Corte se limitó a señalar que este si fue valorado, solo que no tenía suficiente poder suasorio para desvirtuar el resto del caudal probatorio que se allegó en contra del acusado. Para ello se apoya en una cita que reza *“lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es”* A renglón seguido expone: *“no sobra recordar que esta suerte de exámenes tipológicos son por esencia aleatorios en sus efectos sobre el caso concreto, pues, se trata de establecer un perfil más o menos cercano a lo que la persona es, o mejor, a lo que sus antecedentes y tendencias enseñan, sin que, precisamente por su naturaleza meramente aproximativa, tenga la fuerza suficiente para concluir de allí que la persona no pudo realizar el acto que se le atribuye”*.

Análisis:

Esta sentencia en particular, si bien CONSOLIDA la línea que viene trazando la Corte respecto al tema de las entrevistas que realizan los psicólogos a los menores de edad y su ingreso al juicio oral, extiende aún más el ámbito de protección de las víctimas, pues no solo crea una nueva sub regla de derecho según la cual “la experiencia y las estadísticas demuestran que este tipo de comportamientos suelen ser cometidos por personas cercanas a sus víctimas, unas veces por razones familiares, otras por vecindad”, sino que además desecha los indicios que puedan existir como medio probatorio a favor del acusado, desequilibrando aún más la balanza de lo que se conoce como “igualdad de armas” pues mientras la Fiscalía -en este tipo de delitos- se encuentra armada con una serie de presunciones, reglas de la experiencia y testigos técnicos, la defensa solo cuenta con la presunción de inocencia, que según la Sentencia 24.468 del 30 de Marzo de 2006 no tiene peso alguno, frente a los derechos prevalentes de los menores de edad.

Tal y como se expuso en acápites anteriores, este fallo se clasifica como una sentencia hito CONSOLIDADORA de línea. Su contenido resuelve directamente el problema jurídico y ubica la decisión dentro del polo negativo del nicho citacional.

Auto 32.972 del 3 de diciembre de 2009

Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ

Los hechos que dieron inicio a la investigación se resumen así: *“A finales de junio de 2007, en la ciudad de Bogotá, la señora JINETH SAAVEDRA SÁNCHEZ leyó el diario de su hija menor G.P.R.S. de 11 años de edad, el cual daba cuenta de las prácticas sexuales a las que había sido sometida por parte de su padrastro FRANCISCO JAVIER ALDANA.*

Confrontada la menor por su madre, admitió haber sido víctima de múltiples tocamientos y besos en la cara, los senos, los glúteos, la vagina, frotamientos del pene en el área vaginal y anal e introducción del miembro viril en su cavidad bucal, desde que tenía escasos 5 años”.

Análisis:

La providencia que antecede si bien no es -en sí- una sentencia, constituye un importante aporte que da respuesta de fondo al problema jurídico planteado en la línea jurisprudencia. Aquí nuevamente el censor expone que la prueba que sirvió de fundamento para la sentencia condenatoria en ambas instancias, se concreta en el testimonio de la progenitora de la menor y la psicóloga que la entrevistó y que dichos elementos constituyen prueba de referencia.

La Corte, sin más preámbulos desestima las causales invocadas, afirmando que *“En la sistemática acusatoria en virtud del principio de inmediación previsto en el artículo 379 de la Ley 906 de 2004, las pruebas objeto de apreciación deben ser las practicadas y controvertidas en el juicio oral, es decir, las percibidas directamente por el juzgador. Sólo excepcionalmente puede admitirse la prueba de referencia en los casos del artículo 438 ibídem”.*

En ese orden de ideas, *“... ni la declaración de la psicóloga forense en el juicio oral ni la de la madre del menor en el mismo escenario, constituyen pruebas de referencia, pues ciertamente no se practicaron fuera del debate oral y mucho menos fueron las únicas que sirvieron como fundamento de la sentencia condenatoria, pues los juzgadores también se apoyaron en el testimonio de G.P.R.S. y en las hojas del diario encontradas por su progenitora. También es bueno precisar que los testimonios de madre de la menor y la perito psicóloga tampoco constituyen pruebas de oídas, pues así como lo consideraron los juzgadores, la percepción de ciertos hechos por ellas fue directa y personal...”*

Aunado a lo anterior, la Corte refuerza aún más la tesis referente a que el testimonio de la psicóloga dentro del juicio oral es prueba directa, pero con una leve modificación: ya no toma ese elemento como una prueba pericial, sino que le da el carácter directo solo por hecho de haber sido practicado en el juicio oral y haberse percibido directamente por el juez, de manera que para la sala resulta irrelevante si quien declara estuvo o no al momento de los hechos, pues presume que tiene un conocimiento directo sobre el caso. Así las cosas, este es otro claro ejemplo de una sentencia RECONCEPTUALIZADORA de línea.

Sentencia 30.612 del 3 de febrero de 2010

Ponente: JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS

Los hechos son los siguientes: *“Refiere Liliana Gómez Montoya que el 4 de octubre de 2005, en horas de la noche, su hijo A.H.G. de tres años de edad le comentó que cuando iba a la casa de su padre LEOPOLDO ANDRADE, ubicada en la Calle 81 No. 7-36, éste jugaba con su colita colocándole un palito negro. Por ello, acudió ante una siquiatra que la remitió a la Fundación Creemos en Ti, donde evaluado por la sicóloga Mónica Patricia Vejarano el 7 de octubre de 2005, conceptuó que el caso debía ser puesto en conocimiento de las autoridades, porque evidenciaba la existencia del abuso sexual”*

Este es otro caso, donde el libelista ataca el fallo, aduciendo que el sentenciador fundó la sentencia condenatoria exclusivamente en prueba de referencia, en particular en el dicho de la madre del menor y en la prueba pericial. No obstante como en providencias anteriores la Corte, reitera su postura en punto al testimonio del perito psicólogo de quien predica interviene en el juicio como experto y en ese contexto, su declaración es un medio de naturaleza científica que involucra conceptos técnicos en sus conclusiones.

En cuanto al dictamen elaborado por este expresó: *“aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de este último, ello no permite calificarlo como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense”*.

“Así, en tratándose del denominado testigo técnico, se dirá que éste puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se trata de introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del perito, pues éste interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su propio estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad”

Insiste nuevamente la Corte en que el psicólogo es un testigo perito y por ende lo equipara al testigo directo, en esa medida la sentencia condenatoria no está fundada en prueba de referencia.

Análisis:

Como viene observándose el máximo tribunal de la justicia ordinaria, es concluyente en la calidad del testimonio del psicólogo que en su actividad ha entrevistado o examinado al menor víctima de un delito sexual, pues insiste en que este es prueba directa, ya sea en razón al experticio que elabora como perito, o al conocimiento personal de lo que ha percibido directamente.

En consecuencia, esta sentencia se puede considerar confirmadora de principios, pues es claro que la Corte acude al criterio que viene desarrollando desde el 2008 en punto al tema del alcance del testimonio del psicólogo para sostener el fallo condenatorio, lo que nos permite su ubicación en el polo negativo del nicho citacional.

Sentencia 32.868 del 10 de marzo de 2010

Ponente: SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ

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

De esta providencia, se pueden extraer algunas ratio decidendi, que valga mencionar conllevan a reiterar la tendencia de la línea que viene trazando la Corte, veamos:

*“En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las sicólogas y la médico forense, **ingresa directamente como elemento de juicio** menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior”*

...

“Hecha la precisión, debe la Sala significar que lo expresado por los padres de la menor, de ninguna manera puede entenderse prueba de referencia, pues, no se

trata de reemplazar con sus dichos lo que no pudo conseguirse ante la imposibilidad de que el testigo directo, diríase la víctima, concurriese a la audiencia de juicio oral, o no fuese factible recibir su atestación”

...

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

“En suma, para la Sala las entrevistas realizadas por las sicólogas y las conclusiones vertidas por ellas en sus correspondientes experticias, se advierten adecuadas y concordantes con lo que su profesión exige, razón por la cual habrán de ser acogidas en toda su extensión. También se tiene determinado que lo dicho por el menor a los peritos, se introduce directamente por éstos con su dictamen, sin que pueda estimarse prueba de referencia”.

Análisis:

Conforme lo anunciado, la decisión que antecede desarrolla el problema jurídico, ubicándose de manera automática en el polo negativo del nicho citacional; pues se puede notar que la Corte, mantiene su postura de que los testimonios practicados en juicio son prueba directa, por ende no modifica la línea, ni emite un concepto nuevo, todo lo opuesto, se vale de la sentencia fundadora y las modificadoras de línea para construir el argumento de casación, por ende resulta ser una sentencia confirmadora de principio.

Sentencia 33.010 del 23 de junio de 2010

Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

El acontecer fáctico es el siguiente: *“El suceso que fue sometido a conocimiento de la judicatura como núcleo de la acusación consiste en que durante el lapso comprendido entre los meses de noviembre de 2001 y junio de 2002, el acusado JUAN SEBASTIÁN VALENCIA ANDRADE realizó actos sexuales abusivos con su prima NCV, quien contaba con escasos 11 años de edad, en ese entonces.*

“En efecto, la niña visitaba a su muy apreciado consanguíneo en el apartamento que éste y sus padres habitaban en esta ciudad, a fin de utilizar un computador del que ella adolecía en su casa, e igualmente procurar su ayuda para la realización de los deberes escolares. En aquellas ocasiones éste le dio a conocer material pornográfico y luego, cuando se quedaba a dormir donde sus tíos, se pasaba a la cama donde reposaba y le tocaba sus partes íntimas”.

Análisis:

Es similares condiciones, la Corte reitera su posición respecto al testimonio de los peritos, con la salvedad de que en este caso, lo usa para demostrar la indebida forma en que el censor refiere la vulneración de las reglas de la experiencia. Además insiste nuevamente en la presunción de credibilidad del menor para decir que *“los relatos de los niños frente a acontecimientos que tienen importancia para sus vidas, por haberlos presenciado o experimentado, suelen ser bastante precisos y bien estructurados”* en ese sentido, *“esas investigaciones científicas han concluido que los testimonios de los menores revisten una especial confiabilidad cuando se trata de conductas que atentan contra su libertad y formación sexuales”.*

En conclusión, la sentencia no aporta elementos novedosos que no hayan sido utilizados en sentencias anteriores para resolver el problema jurídico, valga resaltar vuelve hacer uso del punto de vista de la sentencia fundadora, para reiterar el principio de total credibilidad del dicho del menor señalado en pretéritas decisiones, tampoco ausculta de fondo el asunto, convirtiéndose en confirmadora de principios.

Sentencia 32.769 del 6 de octubre de 2010

Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Refiere la Corte como hechos los siguientes: *“De acuerdo con lo que se declaró probado en el fallo impugnado, la menor J.A.S. de 5 años de edad, habría sido objeto de acceso carnal entre el 19 de enero y el 9 de marzo de 2004, época para la cual fue dejada por su progenitora Rocío del Pilar Sanabria en casa de la familia de su patrón PEDRO FRANCISCO APONTE CANDELA para que viviera y estudiara.*

Los hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades por la madre de la menor el 10 de octubre de 2005, fecha en la cual la niña fue sometida a examen sexológico en el Instituto de Medicina Legal, en el cual se halló “...himen semilunar, con desgarramiento antiguo completo cicatrizado y ubicado en el meridiano de las seis, lo cual indica desfloración antigua. Ano de forma ovalado, con hipotonía grado dos (bordes de separación del esfinge de 4 mm.) sin lesiones externas traumáticas recientes, hallazgo compatible con maniobras antiguas penetrativas a nivel anal”. En el curso del examen la niña señaló a APONTE CANDELA como autor del abuso”

Aquí el libelista atacó la sentencia condenatoria señalando que hubo una errada valoración del peritaje sexológico forense, en cuanto determinó que la niña presentaba desfloración antigua, y que a partir de ahí se concluyó que la agresión

ocurrió cuando la menor vivió en la casa del procesado, sin tener en cuenta que entre el tiempo que la ofendida estuvo en casa del procesado y el tiempo de la denuncia, transcurrieron un año y siete meses dentro de los cuales no hubo contacto alguno entre ellos.

No obstante, la Sala refuta el argumento indicando al censor que ese peritaje sexológico fue solo una de las pruebas que se utilizó para fundamentar el fallo, mas no la única, de hecho, la prueba relevante que condujo a la responsabilidad del procesado fue el señalamiento directo de la menor, quien expuso con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el hecho.

Así lo plasmó la Corte: *“Nunca se concluyó de esa prueba, de manera directa, que los abusos contra la niña ocurrieron en una época determinada, pues, ciertamente, a partir de la misma no podía establecerse con exactitud la fecha de ocurrencia de los hechos, sino que los juzgadores se valieron del relato de la menor, no sólo ante las distintas dependencias judiciales, sino ante los médicos, sicólogos y psiquiatras que la trataron, para concluir que los hechos ocurrieron mientras aquella vivió en la casa de APONTE CANDELA y que fue éste el perpetrador de los accesos abusivos, como claramente lo narró en tales oportunidades.*

De esa manera, lo que se constituyó en prueba fundamental para la declaratoria de responsabilidad del procesado APONTE CANDELA fue el testimonio de la menor víctima, mientras que el dictamen médico legal fue la prueba determinante para dar por acreditado el acceso carnal a que fue sometida”.

Igualmente la Corte hace hincapié en que el testimonio de una niña –máxime de 5 años- no puede ser analizado bajo la misma óptica que el testimonio de un adulto. En cuanto al argumento del censor referido a que la menor fue objeto de una posible manipulación, se tiene que ello fue descartado con el dictamen psicológico

forense que realizó la psicóloga del caso, quien de paso se encargó de despejar cualquier duda sobre el relato de la infante. Aparte de esto, se recibió el testimonio de los padres de la menor, los cuales contextualizaron de una manera mas amplia el sufrimiento de la menor, al especificar como del relato de la menor se enteraron del abuso al que fue sometida por el procesado.

En suma, la Corte continúa bajo la línea de pensamiento referida a la credibilidad del testimonio del menor y sobre el alcance de prueba directa que poseen otros medios de prueba, principalmente los dichos de los padres – a quienes clasifica como testigos complementarios- y el carácter de prueba pericial que realizan los psicólogos –en especial la entrevista- la cual ingresa como fuente directa del hecho. Esto para resaltar que la decisión frente al problema jurídico, continúa manteniéndose en el polo negativo del nicho citacional resultando la sentencia confirmadora de principios.

Sentencia 33.022 del 20 de octubre de 2010

Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Los hechos que dieron pie a la investigación fueron relatados así: *“FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA nació en el municipio de Saldaña (Tolima) el 10 de enero de 1986. Se graduó como bachiller y desempeñaba labores de vidriería, marquetería y agricultura en dicha población cuando, a los diecinueve años de edad, se enteró de que para mediados de agosto de 2005 debía prestar el servicio obligatorio como auxiliar de la Policía Nacional.*

En aquel entonces, sostenía una relación de ocho meses de noviazgo con su vecina Y. B. M. D. (nacida el 15 de febrero de 1992), a quien conocía de tiempo atrás, desde que ella tenía nueve años.

El viernes 5 de agosto de 2005 (es decir, cuando la menor contaba con trece años y casi seis meses), FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA convenció a Y. B. M. D. para no asistir al colegio Roberto Leiva de Saldaña (en donde cursaba noveno grado de bachillerato) y dirigirse en un taxi al balneario Punta Gallina, situado en la vereda La Esperanza, acompañados de sus amigos en común WILSON FERNANDO SÁNCHEZ (de veintidós años) y M. L. M. P. (de dieciséis).

En dicho lugar, mientras la otra pareja sostenía relaciones sexuales, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. decidieron hacer otro tanto, dada la inminente separación que el ingreso a la Policía les representaba.

A su regreso del balneario, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. fueron abordados por los familiares de esta última, quienes se habían enterado de la inasistencia al colegio de la menor y de ninguna manera aprobaban esa relación sentimental, por lo que después de sostener un altercado con el joven decidieron denunciar lo ocurrido ante las autoridades”.

Esta sentencia, si bien no tiene relación directa con el problema jurídico planteado en la línea, resulta relevante en su análisis en la medida en que la Corte consolida dos reglas de derecho importantes: En primer lugar, toca el tema de la tipicidad objetiva del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pues debe dar respuesta a los argumentos de libelista, quien arguye que la presunción de comprensión y de determinación para sostener relaciones sexuales en la mujer se encuentra en el límite de los 12 años, conforme lo señalado en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil; y en segundo lugar, trata el tema de error de tipo, en la medida en que el recurrente refirió que su defendido jamás supo que tener sexo con menores de catorce años era un delito.

En respuesta a la primera de las inquietudes del Censor referido a que la edad que se debe tener en cuenta para efectos de comprensión y determinación sexual

en la mujer es de 12 años, la Sala explica que en materia punitiva, lo que busca el bien jurídico no es proteger la libertad que tiene todo individuo de ejercer su sexualidad libremente, sino salvaguardar esa libertad, de quienes no tienen autonomía para determinar ese comportamiento.

Es en razón a ello que el legislador instituyó una presunción en favor de las personas que carecen de esa determinación y por ende son sujetos pasivos de esa conducta. Ahora, como no existe un método científico que permita deducir cuando un menor tiene plena autonomía sobre su comportamiento sexual y cuando no, corresponde al funcionario judicial hacer ese examen partiendo de una postura eminentemente normativa, al verificar el elemento del tipo “menor de 14 años”

De no estar consagrada esta presunción de derecho concerniente a la edad, la protección del bien jurídico resultaría inane, en la medida en que en cada asunto concreto, se debatiría la capacidad para consentir libremente una relación sexual, y como ese debate conlleva al análisis de factores psicológicos, sociales y culturales se correría el riesgo de que se desconocieran los derechos de los niños por entrar a juzgar su aporte voluntario dentro de la conducta y se le convirtiera una vez más en víctima, esta vez con la anuencia del Estado.

Con base en lo anterior, la Corte concluye en punto al tema de la presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) lo siguiente:

“(i) tiene que ser de pleno derecho, no sólo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor); (ii) modificarla es competencia exclusiva del poder

legislativo (bien sea para aumentar o para reducir el límite legal, conforme a los criterios culturales, sociológicos, psicológicos y de similar índole que se impongan en la comunidad), con la única condición de que no sea fijada a una edad muy temprana; y (iii) el límite de catorce años en materia penal no es desproporcionado ni incongruente, pues está por debajo del promedio de las naciones de tradición occidental y no riñe con la consagrada en el sistema de responsabilidad para jóvenes y adolescentes, ni con la jurisdicción civil en relación con la capacidad para contraer matrimonio”.

En cuanto a que el procesado desconocía que estaba prohibido tener relaciones sexuales con menores de edad, es decir, La corte en punto al tema de la conciencia de la ilicitud, fue clara en señalar que la misma esta fundada en la posibilidad y no en la realidad de conocer por vías directas e indirectas la existencia de esa norma jurídica y las consecuencias de su ejecución.

Expone la Sala que si bien la tradición jurídica colombiana concebía el dolo como una rebelión consciente contra la prohibición contenida en la norma, lo cierto es que esa opinión ya no es acogida por la legislación, no solo porque el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 consagra al dolo directo únicamente como querer y saber la realización del tipo objetivo, sino porque la punición del delito ya no se funda en la desobediencia consciente de la norma, sino en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más caros a la comunidad.

Para concluir expuso la Corte: *“De lo contrario, bastaría con que el agente mostrase indiferencia absoluta hacia el precepto punitivo para quedar exonerado de responsabilidad. Pero lo peor sería que la vigencia de la norma dejaría de depender de factores objetivos (esto es, de su promulgación, derogación y otros efectos) para pasar a ser un problema de índole subjetiva, atado a lo que cada uno considerara contrario a derecho”*

“Es así como la calidad de vencible o invencible en el error de prohibición está directamente asociada a la posibilidad de conocer el carácter ilícito del comportamiento

(i) Si el juez concluye, dadas las condiciones y características del autor o partícipe del injusto, que jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición normativa, el error será invencible.

(ii) Si está demostrada la existencia de un error (es decir, de una concreta falta de conocimiento por parte del agente), pero desde una perspectiva normativa esta situación carece de la solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma (en otras palabras, la persona no sabía, pero debía saber), el yerro será vencible, caso en el cual la pena será reducida en la mitad.

Y (iii) si el error alegado es burdo o craso, en el entendido de que de ninguna manera podría ser excusable, no habría lugar a rebaja de la pena, así el yerro tuviese sustento probatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior y ya en el análisis del caso concreto, la Corte señala al censor que una cosa es que el procesado no tuviera conciencia de la edad de la víctima, -por cuanto aparentaba ser mayor de la edad que en realidad tenía- y otra cosa muy distinta era que este no supiera que acceder carnalmente a una menor de trece años era contrario al ordenamiento jurídico. Además el acusado sabía cual era la edad de la menor, ya que la conocía desde que tenía 9 años de edad, y en cuanto al error de prohibición fue un hecho que jamás planteó la defensa material dentro de las respectivas instancias, además cuando de delitos sexuales se trata no es dable elevar desconocimiento de esta norma, máxime cuando las consecuencias de esta conducta son de elevada trascendencia socio-cultural y amplia difusión mediática.

Aquí la Corte, si bien no hace alusión expresa al tema de la credibilidad de los menores, si reduce aún más las posibilidades de defensa de una persona acusada

de un delito sexual. Ya no es suficiente con darle plena credibilidad al menor, con que los padres y psicólogos sean catalogados como testigos directos y que los indicios que le son favorables al acusado no sean tenidos en cuenta. También se presume su conocimiento sobre las prohibiciones del Código Penal, pues en sentir de la sala, su elevada trascendencia social y su alta difusión en los medios de comunicación son suficientes para generar conocimiento en el sujeto.

Sin embargo, no se detiene la Corte a mirar que en muchos casos la información de los medios de comunicación es errada o acomodada para generar un mayor impacto en la sociedad del que realmente tiene, mientras que la mismo tiempo existen culturas donde realmente muchas de las conductas punibles consagradas, son permitidas y vistas como algo normal dentro de la sociedad. Ej. En la cultura Wayuú se permite el matrimonio con niñas desde los 12 años.

Aún así, es claro que en asuntos de delitos sexuales con menores de edad, La Corte ha olvidado el principio de presunción de inocencia y ha optado por llenar de garantías a las víctimas, olvidando al acusado, quien en últimas es el destinatario de la ley penal, para implementar una serie de reglas donde es claro no existe ningún beneficio para el sujeto activo de la conducta. Una postura que podría clasificarse como peligrosista, pues realmente frente a una acusación de este tipo, pocos elementos de defensa puede tener una persona, máxime cuando de entrada se está presumiendo que es culpable con el solo dicho del menor.

Dentro de la línea, esta sentencia puede catalogarse como no importante, toda vez que resulta en exceso abstracta respecto al problema jurídico, y a pesar de los numerosos obiter, realmente no tiene incidencia en el tema tratado.

Sentencia 34.434 del 9 de diciembre de 2010

Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

Se tiene como hechos dentro de la actuación los siguientes: “ *El 28 de junio de 2003 contrajo matrimonio la pareja conformada por JESÚS HERNEY OROZCO MUÑOZ y Martha Gisela Giraldo Franco, quienes procrearon a la menor M.O.G., nacida en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) el 12 de agosto de 2004.*

El fuerte carácter de Giraldo Franco y los celos exagerados de OROZCO MUÑOZ, entre otras causas, tornaron tormentosa y conflictiva su convivencia matrimonial, incluso desde el mismo día en que contrajeron nupcias. Ello condujo a que la pareja, radicada luego en la ciudad de Medellín, a comienzos de 2007 optara por separarse y cesar judicialmente los efectos civiles de su matrimonio, habiendo sido fuerte objeto de discordia lo relativo a la regulación de visitas del padre a su hija.

En esa época, precisamente, como la señora Martha Lucía Franco de Giraldo, abuela de M.O.G., advirtió que la niña presentaba enrojecimiento en su vagina, alertó de ello a Giraldo Franco, quien al preguntarle a su hija acerca de posibles tocamientos por parte del progenitor, le contestó que en efecto, “le hacía cosquillas y le tocaba la vagina”.

Giraldo Franco denunció el hecho tiempo después, cuando sometida la menor a tratamiento psicológico, ratificó ante las profesionales de esa ciencia que era manoseada en la zona vaginal por parte de su padre, de quien cierta vez dijo que era “muy cochino porque se había orinado”, para lo cual explicó que se había hecho duro y realizó ademanes que, a juicio de las sicólogas, eran indicativos de “movimientos masturbatorios”

De los sucesos antes relatados, el juzgado de primera instancia condeno al procesado, sin embargo, el mismo fue absuelto en la segunda instancia por lo que la fiscalía interpuso recurso de Casación. La Corte, al entrar al estudio del asunto, advirtió que la decisión de A quem de absolver tuvo como soporte que la menor víctima –quien contaba con poco mas de 2 años de edad- no dijo nada relevante en el juicio oral.

Frente a lo expuesto, la Corte reiteró su postura plasmada en otros fallos donde señala que los dichos de los menores no pueden examinarse bajo el mismo tamiz que el testimonio de un adulto, además el A quem le restó valor probatorio a las declaraciones que hicieron las psicólogas que la entrevistaron y sus parientes, para llegar a la equivocada conclusión de que la causa de la acusación fue el conflicto que vivían los dos padres.

Aunado a lo anterior, el Tribunal para la valoración del testimonio de la menor aplicó la técnica del CBCA, pese a que la misma no tiene aceptación dentro de la comunidad científica, desconociendo de esa manera los postulados de la sana crítica. Finalmente ataca el argumento del A quem, respecto a que solo existe prueba de referencia, considerando en primer lugar que no puede descalificarse un elemento probatorio ni restarle poder suasorio solo por hecho de que se trata de una prueba de referencia, y en segundo lugar, que la limitación probatoria para efectos de condena, solo se aplica cuando se funda en esta “exclusivamente”.

Empero, afirma la Corte que lo referido por la víctima a las psicólogas durante las diferentes entrevistas “ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar”, pues el fundamento de esas entrevistas y experticios hace parte integral de los testimonios rendidos por estas en juicio oral.

En conclusión, reiterando la posición asumida desde los últimos dos años, la sala considera que las entrevistas realizadas por las sicólogas y las conclusiones

vertidas por ellas son adecuadas y concordantes, por ello les otorga plena credibilidad.

Análisis:

Esta sentencia en sí no cambia decisiones anteriores de la Corte, pero sí da una interpretación y un alcance más amplio a los testimonios de los parientes de la menor, quienes en sentir de la sala aportan elementos de juicio valiosos, pues gracias a su dicho se contextualiza la versión de la menor, lo que permite conocer aspectos imposibles de relatar por la víctima. En este sentido se les retira la calidad de testigos de referencia, y pasan a ser testigos complementarios.

En cuanto al problema jurídico, la postura de la sala no solo le da el alcance de prueba directa a las entrevistas de los menores, sino que además consolida el polo negativo reconociendo a los padres como complementos de la versión del menor, que de por sí ya es creíble, atendiendo la presunción de veracidad que jurisprudencialmente se maneja en el alto tribunal.

Sentencia 34.568 del 23 de febrero de 2011

Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ

Hechos: “El 14 de octubre de 2006, Libia Marlén Rojas Cely y LUIS ERNESTO CORTÉS ÁLVAREZ convivían en el inmueble de su propiedad, ubicado en la calle 56 sur #24E 10, interior 5, casa 22, de Bogotá. Lo hacían en compañía de sus hijos A.V.C. y D.A.C., de 10 y 4 años de edad, respectivamente.

Ese día, según la mujer, llegó a su vivienda a las 7:35 de la mañana, tras laborar durante la noche como enfermera en el Hospital Meissen. Halló a su hija A.V.C. en la cama de su padre y como la vio algo extraña, se calzó guantes de cirugía y buscó en la caneca de la basura de la habitación. El papel higiénico que allí observó, lo embolsó en un guante e igual hizo con el calzón interior de la niña.

Estos elementos, después de conseguir que su hija le contara que su papá le había tocado con un dedo de la mano “la colita y la vagina”, los entregó horas después a la Fiscalía y según pruebas de laboratorio practicadas a los mismos, en ambos había presencia de espermatozoides.

LUIS ALBERTO CORTÉS ÁLVAREZ, quien siempre sostuvo su inocencia, se había sometido en Profamilia a la vasectomía el 12 de septiembre de 2003 y arrojado negativo para presencia de espermatozoides en tres controles de laboratorio realizados por la misma entidad los días 19 de diciembre de 2003, 14 de marzo y 29 de agosto de 2007”

Las decisiones de condena de primera y segunda instancia fueron revocadas por la Corte Suprema de Justicia, quien casa la sentencia para absolver al procesado, otorgándole total credibilidad a una prueba científica, ya que a su parecer la misma enerva toda fuerza de la prueba testimonial recopilada.

Análisis:

Según el máximo tribunal, el error de juicio de las instancias radicó en que vulnerando las reglas científicas, afirmaron la posibilidad de normalización de la función reproductiva de la, persona sometida a una vasectomía, pese a que existía prueba documental donde antes y después de los hechos el procesado se había realizado el examen de control de la vasectomía -denominado espermograma- y el resultado del mismo había registrado azoospermia. Así lo describe la Corte: “*si se tiene en cuenta que CORTÉS ÁLVAREZ se practicó otros controles de vasectomía en Profamilia los días 14 de marzo y 29 de agosto de 2007 y que los mismos dieron resultado negativo, riñe con la lógica sostener que el semen con presencia de espermatozoides hallado en las evidencias físicas aportadas el 14 de octubre de 2006 por su ex compañera permanente Libia Marlén Rojas, haya sido eyaculado por él. En otras palabras: si antes y después de los hechos los biólogos*

de Profamilia certificaron esos resultados negativos, no se entiende que en el intervalo su función reproductiva se haya restablecido temporalmente”.

Asimismo indica que Medicina legal no logró extraer de los espermatozoides presentes en los interiores de la menor, un perfil genético que permitiera demostrar técnicamente si en verdad el semen correspondía o no al procesado, lo cual implica que decae el indicio grave de responsabilidad en su contra.

Finalmente y en un cambio total de jurisprudencia, la Corte desconoce la teoría que venía sosteniendo acerca de que el dicho de los menores deben ser valorados bajo una óptica diferente, para afirmar que ese testimonio debe analizarse conforme los parámetros del artículo 404 del CPP. Al respecto se dijo lo siguiente: *“la Corte, de la misma forma que ha rechazado la tesis de considerar falsos los testimonios de los menores de edad por ser fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, en ningún momento ha expresado que deba creérseles en todos los casos, sólo por su condición de posibles víctimas de un abuso sexual. Como testigos que son, deben examinarse sus dichos de conformidad con los criterios de apreciación del testimonio, previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda”.*

Teniendo en cuenta el resultado de la prueba científica, la Corte termina por absolver al procesado manifestando que: *“Si en el presente caso, como ya se concluyó, es muy posible que el semen presente en el pantalón interior de la menor no le perteneciera al acusado por las razones en esta providencia dadas, eso automáticamente enerva la fuerza probatoria de la prueba testimonial, cuya credibilidad fundamentalmente derivaba de encontrarse afianzada en el hallazgo material. Esa la razón para no fiarse del relato de la niña A.V.C., quizás sugestionada por su mamá”*

A nuestro juicio, esta sentencia resulta confusa en sus argumentos, pues señala que existía el testimonio directo de la menor, del hermano de esta que observó a su padre cuando se la llevaba para la habitación y el dicho de la madre, a mas de otras pruebas, para terminar afirmando que la prueba científica, era suficiente para diezmar el valor suasorio de estos testimonios, y en consecuencia termina absolviendo al procesado. Curiosamente en este caso no hizo alusión alguna a la prueba pericial que se practicó a la menor ni a los demás elementos de prueba, simplemente supuso que la menor había sido sugestionada pro la madre en su relato, aún cuando ello no se demostró, quedando perpleja ante quien fue el verdadero responsable del suceso.

Se puede clasificar esta sentencia como confusa, en la medida en que no resuelve el problema jurídico, no modifica la posición, salvo crear una nueva alternativa para la defensa de los procesados, en punto a que se puede restar credibilidad a los testimonios mediante la utilización de elementos de prueba de carácter científico.

Sentencia 35.080 del 11 de mayo de 2011

Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

El origen de la investigación se basó en lo siguiente: “A eso de la una y treinta de la tarde del 20 de agosto de 2008, cuando se hallaba en el parque Canta Rana de la localidad de Usme, comprensión territorial de Bogotá, el menor M.A.C.C., quien a la sazón descontaba diez años de edad, fue conducido mediante engaños por uno de los vigilantes del lugar, ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, hasta la zona boscosa donde, a más de instarlo a observar vídeos de corte pornográfico guardados en su celular, lo accedió carnalmente, por vía anal, en dos ocasiones, para finalmente recompensarlo con la suma de quinientos pesos y una cometa. Como la víctima diera a conocer a su madre lo sucedido, ésta instauró la correspondiente denuncia penal el 11 de octubre de 2008”

Luego de adelantada la etapa de juicio oral, el juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria, la cual fue revocada por el Tribunal, quien consideró que a pesar de la credibilidad que tenía el dicho del menor, no se había aportado una prueba pericial que demostrara el acceso carnal.

La Corte, al revisar el caso, señala en primer lugar que en nuestro sistema probatorio penal impera el principio de libertad probatoria, lo que significa que para llegar al conocimiento del objeto central del proceso penal cualquier medio probatorio es suficiente. En consecuencia resulta contrario a la sana crítica, el instituir una tarifa legal de un medio probatorio, cuando se ha dicho que para determinar responsabilidad basta con tener una sola prueba, pero de tal entidad, que irradie credibilidad suficiente para la condena.

Análisis:

En tratándose de conductas de connotación sexual, la sala ha sido enfática en señalar que no puede exigirse una prueba única o privilegiada de carácter pericial pues en muchos casos no queda huella perceptible del hecho verbigracia un acto de felación, o es borrada por el paso del tiempo. En esa medida si la denuncia se dio días después de lo ocurrido, muy posiblemente las huellas de penetración anal ya hayan desaparecido, entonces ningún valor tendrá un dictamen pericial.

Nuevamente vuelve la Corte a su postura respecto a la credibilidad del dicho del menor, cuando expresa: *“Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribúan al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia”*.

“En otras palabras, si se tiene claro que la víctima refirió haber sido accedida carnalmente por el ano en dos ocasiones, describiendo las circunstancias puntuales en que ello se sucedió, sin que se ponga en tela de juicio la credibilidad intrínseca de lo expresado y presentándose prueba de respaldo que sin ambages corrobora esa expresa manifestación testimonial, la única decisión pasible de tomar es la de condenar, al advertirse plenamente demostrada la tipicidad del delito y consecuente responsabilidad del procesado, debidamente señalado e identificado, y sin que en su favor opere alguna circunstancia de ausencia de responsabilidad o siquiera inimputabilidad”

Esta sentencia retorna a la línea que venía manejando la Corte, no solo en lo que tiene que ver con la veracidad de la versión del menor, sino que además reitera el principio de libertad probatoria, en ese entendido cualquier elemento probatorio es plausible para fundar un fallo de condena, eso sí siempre y cuando se respete el principio de tarifa legal negativa, según la cual una sentencia no puede basarse exclusivamente en prueba de referencia.

Ahora bien, aún cuando no resuelve el problema jurídico planteado en la línea, podría considerarse una sentencia reconceptualizadora, no solo reitera principios dados en providencias anteriores, sino que amplía el marco probatorio tanto para la fiscalía como la defensa, al recordar que no existen tarifas legales en materia penal salvo lo dispuesto en el artículo 381 del Código Penal. En últimas reitera que todo medio de prueba es directo, desde que su poder suasorio sea suficiente para condenar, lo que permite ubicarla en el polo negativo.

Sentencia 35.668 del 18 de mayo de 2011

Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Hechos: *“El 26 de julio de 2008, el señor Mauricio Joya formuló denuncia en la cual señala que su hija... de 12 años de edad, se encuentra en el Hospital San*

José y según valoración médica se tiene conocimiento que fue drogada y violada. En entrevista practicada a Yuri Marcela Rodríguez de 16 años de edad y hermana de..., manifestó que el día 25 de julio de 2008 llegó el señor Diego Mauricio Alvis Candia, solicitando que fuera a recoger a su hermana a su casa porque se encontraba ebria y como intoxicada. Acudió y en el segundo piso de la edificación, en una habitación, encontró a su hermana desmayada, sobre un colchón con la ropa interior por debajo de las rodillas, la falda y la camisa subida, con un olor fétido, manchas de sangre en la ropa interior y las piernas, por lo que avisó a la Policía, y fue trasladada al Hospital San José. Cuando reaccionó, por comentario de la menor víctima, se enteró de que la tarde de los hechos se había ido a tomar ron con Diego, como a la tres se tomó una pastilla que éste le dio para el dolor de cabeza, se sintió mareada y únicamente recuerda que le decía a Diego que no la penetrara más”

En similares circunstancias a la sentencia 35.080 del 11 de mayo de este año, El A quem, absolvió al procesado, por cuanto insiste en exigir un dictamen pericial que demuestre la cantidad de alcohol que ingirió la menor y que de contera la puso en ese estado de incapacidad de resistir.

Sobre este punto, la Corte, retomando los mismos argumentos antes analizados, señala que se incurre en un falso juicio de convicción, cuando se exige demostrar con prueba técnico científica el elemento integrante del tipo. Adicionalmente reitera el valor imperante que debe darse al principio de libertad probatoria, señalando que este debe estudiarse bajo una doble perspectiva a saber:

- “a) Que ley no impone la demostración de un hecho con un determinado elemento de juicio, y*
- b) Que el funcionario judicial goza de liberalidad de arribar a un conocimiento con cualquier elemento de convicción, sin que le sea dable exigir uno determinado*

para cumplir con la obligación de apreciar los medios de prueba, con respeto a los principios que rigen la sana crítica”.

Análisis:

Considera que el A quem incurre en error al restarle valor suasorio a los demás elementos de prueba, e imponer una tarifa legal, como es que se allegue una prueba pericial que demuestre cuanta cantidad de alcohol ingirió la menor, cuando ello se haya acreditado fehacientemente con la prueba testimonial. Así lo plasmó la sala: *“Con relación al estado de inconsciencia de la adolescente, lo cual se traduce en una incapacidad de resistir, el juzgador de primera instancia fue claro y atinado en inferir que ese hecho se hallaba acreditado en el proceso con base en los testimonios de la víctima y de su hermana, estado que provino de la ingesta de bebidas alcohólicas y del consumo de una pastilla, situación que, por demás, no fue objetada por la defensa, llevando a la joven a esa condición, lo que permitió al procesado accederla carnalmente, pues no tenía la voluntad de entender lo que sucedía”*

Conforme a la evidencia allegada se cuenta con las versiones de la adolescente y la sicóloga, las cuales confirmaron que los hechos ocurrieron en la forma anteriormente narrada”.

“De tal manera, si bien es cierto que al diligenciamiento no se incorporaron dictámenes periciales que informaran el estado de alicoramiento y la pérdida de voluntad de la víctima, de todas formas la prueba testimonial allegada al juicio oral, público y concentrado, es evidente en demostrar que la menor contaba con 12 años, fue hallada inconsciente en la cama que pertenecía al acusado, estaba semidesnuda y vertida en sangre, puesto que había sido accedida carnalmente por Alvis Candía, como así se demostró con el examen de genética que concluyó que el perfil genético correspondía a éste”.

De otro lado, llama la atención de la Corte el hecho de que el A quem haya desconocido que la menor para el momento del suceso contaba con 12 años de edad, y que en ese entendido se desconocía si la víctima había llegado voluntariamente al lugar a tomar alcohol y tener relaciones sexuales, pues itera, en este caso existe una **presunción de derecho** respecto a que la menor no tiene libertad de discernimiento para acceder a una relación sexual, en tanto que el procesado, era un adulto de 20 años.

Finalmente en respuesta al problema jurídico, la Corte considera que tanto el testimonio de la psicóloga como de la hermana de la víctima, son prueba directa, por lo que la sentencia debe ubicarse nuevamente en el polo negativo, sin decir que por ello pueda clasificarse como hito, en la medida en que no adiciona ni modifica concepto alguno diferente a los que ya han sido tratados. En consecuencia este fallo resulta solo una providencia confirmadora de principios.

Sentencia 31.846 del 1 de junio de 2011

Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Los hechos fueron relatados así: *“El 9 de diciembre de 2006, el menor JJRR, por entonces de 12 años de edad (nació el 10 de septiembre de 1993), despertó en su casa de la calle 101 número 50 A-11, del barrio Santa Cruz de Medellín, y su progenitora Sandra Cristina Rodríguez Restrepo lo notó enfermo, quejándose de un dolor en el pene, razón por la cual lo llevó al médico y allí se verificó que padecía blenorragia.*

Interrogado al respecto, el niño informó que aproximadamente entre 9 y 11 de la mañana del sábado 25 de noviembre de ese año se dirigió, en compañía de su hermano de 6 años de edad, a la peluquería del señor Ómar Darío Velásquez Beltrán, ubicada en la calle 100 número 51 A-12 del mismo barrio, con el fin de que les cortaran el cabello. Cumplido el acto con el pequeño de 6 años, este se

fue a jugar al patio y Velásquez Beltrán repitió la tarea con JJRR.

Terminado el corte de cabello, Velásquez Beltrán procedió a manosear al menor en sus partes íntimas, le pidió lo besara en las tetillas, le mostró el miembro viril, lo obligó a pararse, le bajó la pantaloneta y, ante el rechazo del niño, lo tomó por la fuerza de la cintura, se puso detrás suyo y le introdujo el pene en el ano. Velásquez Beltrán eyaculó sobre el ano del niño y cogió el pene de éste, sacudiéndoselo fuertemente, tras lo cual lo dejó ir, pero lo amenazó con que no contara nada porque él y su hermano sufrirían las consecuencias.

JJRR agrega que llegó a su casa, por miedo no dijo nada y lavó sus interiores, pero que pasados unos 15 días no resistió el dolor en el pene y le contó a su mamá”.

Esta providencia, que de entrada es la sentencia dominante de la línea, la Corte consolida su postura frente a cuatro temas que han sido abordados indistintamente a lo largo de la línea: un primer punto es la regla o presunción según la cual cuando un menor es víctima de abuso sexual, su dicho tiene especial credibilidad; el segundo tema, se refiere al alcance probatorio que tienen los testimonios de psicólogos o funcionarios de investigación dentro del juicio oral; la tercera, tiene que ver con la entidad suasoria de la prueba científica, como generadora de certeza y responsabilidad penal y un cuarto punto que toca el tema de los indicios favorables del procesado y su relevancia dentro del proceso penal.

Análisis:

En relación con el primero de los temas, la Corte habiéndose de la sentencia fundadora y otras, retorna al discurso elaborado con antelación sobre la credibilidad del menor, incluso lo extiende, al referir que las inconsistencias en el dicho, lo que hacen es ratificar la fijación puntual que posee el menor.

En efecto la sala explicó: *“Aspectos como inconsistencias menores sobre la hora de llegada al lugar del suceso, el momento del retorno al hogar y el tiempo que duró el acto, antes que apuntar a la mendacidad el menor, lo que permiten es ratificar que se narra la verdad, en tanto ello obedece a que un niño no tiene fijación puntual sobre aspectos no trascendentes, mientras que en relación con el asunto central, que marcó su vida, sí existe tal fijación y por ello la reiteración al respecto es total”*

Asimismo, en lo que tiene que ver con el alcance de los testimonios de peritos o parientes de los menores, consolida la línea sobre que estos son prueba directa, y además expone que en el caso de los padres del menor, la ausencia de deseos vindicativos, contribuye a ratificar la veracidad del dicho del menor. En efecto, dijo la sala: *“El argumento defensivo de que los padres del menor y éste mismo se refieran en buenos términos al comportamiento pasado del acusado, a quien tenían en buena estima, en contra de las pretensiones de la demanda, lo que hace es acudir en apoyo de la tesis de que el infante relata la verdad, como que, precisamente, estando ausente su ánimo y el de sus parientes de deseos vindicativos, se infiere que solamente se relata lo realmente percibido”*.

En cuanto a la entidad suasoria de la prueba científica, si bien se escuchó el argumento de la bacterióloga experta, la Sala restó valor probatorio a este medio, pues optó por acudir a la literatura científica, para mermar validez a los dichos de la perito, sobre la presencia de la enfermedad venérea y su periodo de incubación en el organismo. Así lo consignó: *“Por el contrario, la literatura científica especializada, si bien apunta a que la sintomatología se presenta en un lapso que puede oscilar entre 2 y 10 días, también es unánime en describir que en muchos casos ese periodo se extiende hasta unos 20 ó 30 días*

La testigo experta no es la única que acude a referir la fácil y pronta cura de la blenorragia, pues la literatura científica especializada refiere otro tanto e, incluso,

pone de presente que potentes medicamentos permiten que en una sola aplicación se erradique la enfermedad”.

Finalmente, en cuanto a los indicios favorables del condenado, se pronunció sin darle valor probatorio alguno así: *“La buena conducta anterior del sindicado no puede pretenderse como indicador de ausencia de responsabilidad, por cuanto admitir tal tesis descartaría el comportamiento del delincuente único, ocasional o primario, toda vez que en tales supuestos es evidente que existe “una primera vez”*

En conclusión, en materia de delitos sexuales, y respecto al problema jurídico es clara la postura de la Corte, sobre el alcance de las entrevistas hechas a los menores e ingresadas al juicio por los psicólogos, pues debido a la entidad del bien jurídico protegido, el contexto social y el reclamo de la ciudadanía, este medio probatorio es catalogado como prueba directa, ello con el fin de reforzar el dicho del menor, pues como se dejó visto, es poca la prueba que se puede recopilar en una conducta punible que se realiza generalmente en ambientes de intimidad.

Es claro que la decisión se ubica al momento de graficar la línea en el polo negativo, pues a pesar de algunos descensos, la posición de proteger a los menores sobre el procesado, prevalece en las decisiones de la Corte. Asimismo se considera una sentencia dominante, porque no solo es la última que ha proferido el máximo tribunal, sino que contiene los criterios vigentes en la jurisprudencia para este tipo de eventos, y cita las sentencias de las cuales se agarra para sostener la línea.

Tabla 2. Sentencias importantes

Sentencia fundadora de línea	Sentencia consolidadora de línea	Sentencia modificadora de línea	Sentencia reconceptualizadora de línea	Sentencia dominante
23706 (26/01/2006)	29678 (05/11/2008)	28257 (29/02/2008)	24468 (30/03/2006)	31846 (01/06/2011)
	31950 (19/08/2009)	29609 (17/09/2008)	32972 (03/12/2009)	
	34434 (9/12/2010)		35080 (1/05/2011)	

Tabla 3. Sentencias no importantes

Sentencias confirmadoras de principio	Sentencias confusas o inconcluyentes	Sentencias en exceso abstractas
21490 (28/02/2007)	29117 (02/07/2008)	33022 (20/10/2010)
26128 (11/04/2007)	34568 (23/02/2011)	
27413 (13/03/2008)		
21105 (29/07/2008)		
30612 (03/02/2010)		
32868 (10/03/2010)		
33010 (23/06/2010)		
32769 (06/10/2010)		
35668 (18/05/2011)		

3. PUNTOS NODALES

Son ciertos puntos que han sido citados por un alto número de sentencias que se pueden hallar fácilmente por medio del nicho citacional, que conlleva a una “telaraña” citacional. A continuación expondremos los puntos nodales de las sentencias importantes:

3.1 ENTORNO A LA RESPUESTA DEL POLO POSITIVO

* **23706 (26/01/2006)**

“la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos”

“La ley penal no impone restricción en ese sentido no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición”

*“De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, **se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad...**”.*

*“A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que **el dicho del menor**, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, **adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales**”*

* 24468 (30/03/2006)

“el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias”.

“Si bien el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio no incluyó “la prueba de indicios”, esta operación intelectual del juzgador persiste, puesto que no es factible construir una teoría de la prueba sólo sobre elementos materiales o evidencias físicas”

“la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias...”

“las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa”

3.2 ENTORNO A LA RESPUESTA DEL POLO NEGATIVO

* 28257 (29/02/2008)

“Los peritos **no son testigos de referencia a menos que lo sean en relación con los hechos,** pero sus declaraciones relativas a la valoración de la personalidad, comportamiento, actitud y manifestaciones de la menor, se deben entender como testigos directos y también como prueba pericial...”

“No tuvo en cuenta la Colegiatura, como se observa en el video donde se registra la audiencia de debate oral, que todos los profesionales que valoraron a V.G.M. rindieron su testimonio en calidad de peritos”

*“Lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, **el cual no se puede calificar como prueba de referencia**, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.*

“Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de conocimiento personal...”

*** 29609 (17/09/2008)**

*“la afirmación del ad-quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden carece de fundamento legal, pues en el caso concreto **la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial**”*

“Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia. Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras”.

“la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar”

*** 29678 (5/11/2008)**

“Tratándose de menores víctimas de agresiones, el sistema judicial penal requiere del apoyo de personal auxiliar, psicólogos, médicos, técnicos, peritos, funcionarios que fungen como fuente directa del conocimiento de los hechos, cuyo aporte se constituye en medio de convicción apreciable;

*** 31950 (19/08/2009)**

“En cuanto a la declaración de la profesora Mercedes Rojas Melo puede decirse que esta deponente es testigo directo frente al comportamiento sexualizado de uno de los infantes, pero testigo de referencia en cuanto a la efectiva ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del imputado”.

En sentir de la Sala, no existe reparo alguno que en casos donde los menores son de corta edad, se introduzca por la vía indicada, las entrevistas de los niños, pues en su sentir ello se aviene a lo establecido en los artículos 150 y 194 de la ley 1098 de 2006...”

*** 32972 (3/12/2009)**

“En el caso objeto de estudio, ni la declaración de la psicóloga forense en el juicio oral ni la de la madre del menor en el mismo escenario, constituyen pruebas de referencia, pues ciertamente no se practicaron fuera del debate

oral y mucho menos fueron las únicas que sirvieron como fundamento de la sentencia condenatoria...”

*“También es bueno precisar que **los testimonios de la madre de la menor y de la perito psicóloga tampoco constituyen pruebas de oídas**, como pareciera entenderlo el demandante pues así como lo consideraron los juzgadores la percepción de ciertos hechos por ellas fue directa y personal...”*

*** 34434 (9/12/2010)**

*En particular, impera señalar que **lo referido por la víctima ante dichas profesionales de la psicología y la medicina, ingresa directamente como elemento de juicio** menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de las experticias por ella rendidas, hacen parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior”*

*** 35080 (11/05/2011)**

*“Para la Corte es claro, e incluso no ha sido objeto de debate o controversia, que respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, **la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios** instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos”.*

*** 31846 (01/06/2011)**

“La credibilidad que merece el señalamiento del menor aparece corroborada por la demostración plena de que fue infectado con blenorragia, circunstancia objetiva

que descarta la mendacidad, en tanto, no existiendo prueba en contrario, se tiene como inobjetable que la víctima fue contagiada y que ello solamente pudo ser producto de una relación sexual”.

Concluida la extracción de los puntos nodales que corresponden a las diferentes reglas o ratio decidendi establecidas por la Corte Suprema de Justicia en punto al problema jurídico planteado, lo consecuente es desarrollar la denominada “telaraña citacional”, a fin de determinar los puntos concordantes entre las diferentes providencias, para luego entrar a graficar el nicho citacional, teniendo en cuenta los polos de respuesta del problema jurídico. Lo anterior, con el fin de mostrar la tendencia de las decisiones de la Corte y así poder llegar a una conclusión.

4. TELARAÑA DE LAS SENTENCIAS

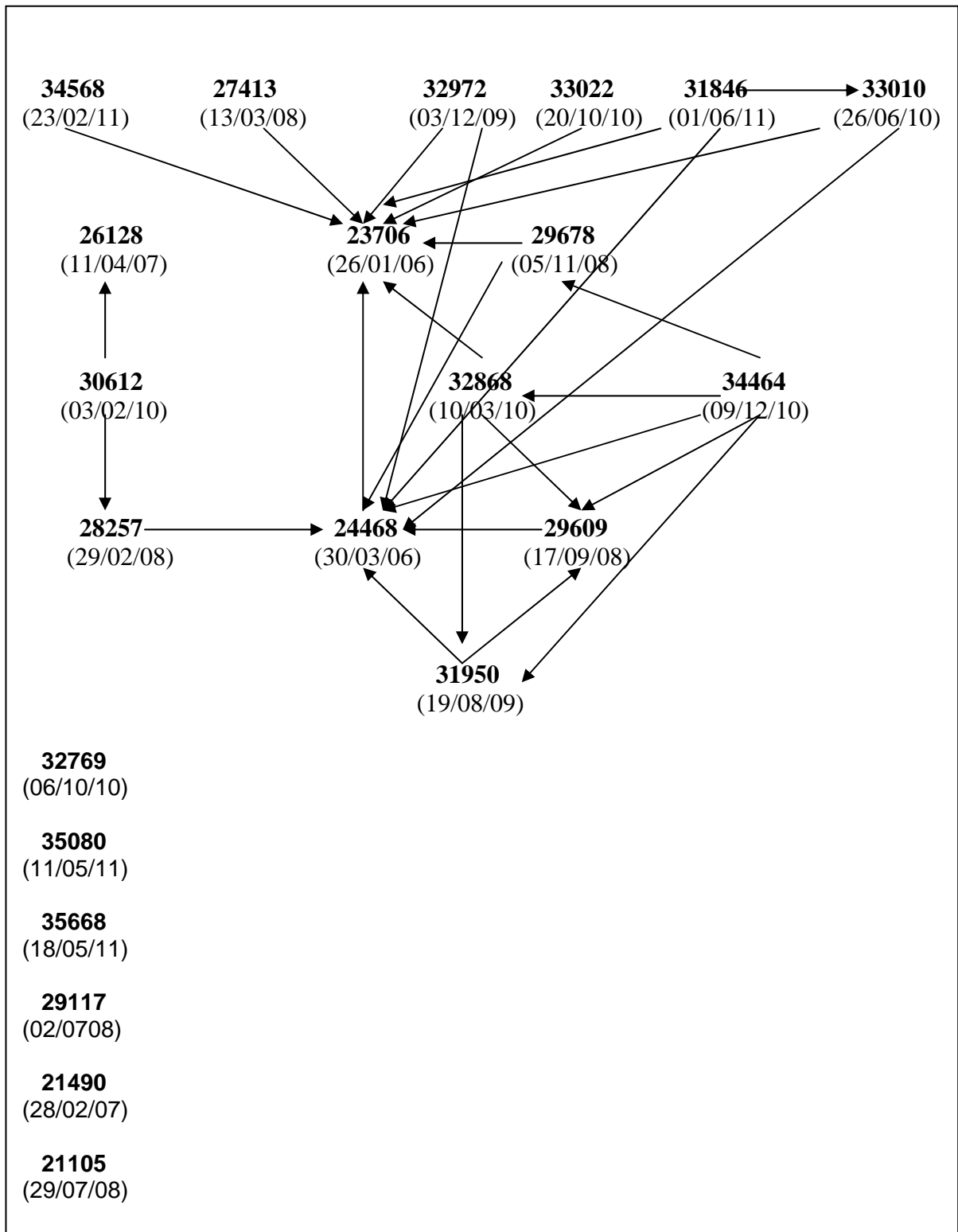


Tabla 4. Grafico Resolutivo del Problema Jurídico

¿Cuál es el alcance de las entrevistas recepcionadas por un psicólogo de la fiscalía a un menor de edad víctima de un delito sexual, cuando éste último no comparece a declarar en la audiencia de juicio oral?		
<p>Polo positivo</p> <p>La entrevista recibida al menor e ingresada a través del testimonio del psicólogo, es prueba de referencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● 23.706 (23/01/2006) M.P. PULIDO DE BARÓN ● 24.468 (30/03/2006) M.P. LOMBANA TRUJILLO ○ 21.490 (28/02/2007) M.P. QUINTERO MILANÉS ○ 26.128 (11/04/2007) M.P. QUINTERO MILANÉS ● 28257 (29/02/2008) M.P. IBÁÑEZ GUZMÁN ○ 27413 (13/03/2008) M.P. IBÁÑEZ GUZMÁN ❖ 29117 (2/07/2008) M.P. GÓMEZ QUINTERO ○ 21.105 (29/07/2008) M.P. SOCHA SALAMANCA ● 29.609 (17/09/2008) MP. SOCHA SALAMANCA ● 29.678 (5/11/2008) MP. GÓMEZ QUINTERO ● 31.950 (19/08/2009) MP. ESPINOSA PÉREZ ● 32.972 (03/12/2009) MP. ZAPATA ORTIZ ○ 30.612 (03/02/2010) MP. QUINTERO MILANÉS ○ 32.868 (10/03/2010) MP. ESPINOSA PÉREZ ○ 33.010 (23/06/2010) MP. GONZÁLEZ DE LEMOS 	<p>Polo negativo</p> <p>La entrevista recibida al menor e ingresada a través del testimonio del psicólogo, es prueba directa</p>

	<ul style="list-style-type: none"> ○ 32.769 (06/10/2010) MP. ESPINOSA PEREZ ❖ 33.022 (20/10/2010) M.P. SOCHA SALAMANCA ● 34.434 (09/12/2010) MP. ESPINOSA PEREZ ❖ 34.568 (23/02/2011) M.P. ZAPATA ORTIZ ● 35.080 (11/05/2011) MP. ESPINOSA PEREZ ○ 35.668 (18/05/2011) MP. BARCELÓ CAMACHO ● 31.846 (01/06/2011) MP. BARCELÓ CAMACHO 	
--	---	--

- Sentencias Hito
- Sentencias confirmadoras de principio
- ❖ Sentencias confusas o abstractas

Para finalizar, es pertinente señalar los cambios históricos que ha sufrido la legislación penal, especialmente en delitos sexuales, a fin de explicar la reacción de Corte Suprema de Justicia con decisiones tendientes a criminalizar -bajo cualquier excusa- este tipo de conductas, sin tener en cuenta que ello no se compagina con la realidad social, donde la niñez colombiana constituye el mayor numero de victimas de prácticas sexuales constitutivas de delito.

➤ **Código Penal de 1837**

Este Código inspirado en el Código francés de 1810 en materia de delitos sexuales contenía dos capítulos denominados así: el primero de ellos se llamaba “de los raptos, fuerzas y violencias” y el segundo “del adulterio y del estupro

alevoso”. No obstante, no existía propiamente una especificación de los tipos penales como bien jurídico propio.

➤ **Código Penal de 1890**

Este Código tuvo un solo capítulo referente a las conductas sexuales denominado “adulterio, estupro alevoso y seducción”. No obstante, dentro de los delitos contra la moral pública sancionaba “la alcahuetería para el ejercicio de la prostitución”

➤ **Código Penal de 1922**

Este código fue aprobado mediante la ley 109 de 1922, y en sus apartes se castigaba la violencia carnal e incluso se aumentaban las penas para sus autores, empero, nunca entró en vigencia.

➤ **Código penal de 1936**

Este Código comenzó a regir en 1938, fue influenciado por la escuela penal positivista –influenciado particularmente por Enrico Ferri-. El legislador de aquella época consideraba de vital importancia la protección que el estado debía dar respecto a la integridad y la moralidad, por ello determinó que el bien jurídico que se debía proteger era la “libertad y el honor sexual”, por ello se castigaba “el acceso carnal homosexual” y se diferenciaba entre mujeres públicas o meretrices, de las mujeres vírgenes o de irreprochable honestidad, a quienes daba total protección.

Igualmente el legislador dentro de los delitos contra la moral pública castigaba la ejecución en público de conductas obscenas y la comercialización de elementos pornográficos.

➤ **Decreto 1118 de 1970**

Mediante esta norma, se hicieron algunas modificaciones al Código de 1936 en materia de delitos sexuales. Así, se incorporó un capítulo llamado “de los abusos deshonestos” donde se pasó de pena a contravención el acceso carnal homosexual –**cualquiera sea su edad**-, además se convirtió en contravención la conducta donde el sujeto pasivo era la mujer mayor de 14 y menor de 16, que diera su consentimiento para el acceso carnal.

➤ **Decreto 522 de 1971**

Conocido como el Código Nacional de Policía, reformó el decreto anterior, consagrando nuevamente como delito las actividades homosexuales y los abusos deshonestos cometidos en mujer mayor de 14 y menor de 16 años.

➤ **Código Penal de 1980**

Este Código, expedido mediante el Decreto ley 100 de 1980, tuvo una marca influencia de corte causalista de la Escuela Penal Clásica.

En relación con los delitos sexuales, se introdujeron algunas modificaciones para especializar las conductas delictivas de acuerdo con la finalidad del tipo penal, dándoles una denominación específica a cada una y adaptándolas dentro del contexto moral y social de la época. Es de anotar que buena parte de las penas fueron aumentadas con el fin de persuadir a los potenciales delincuentes y reducir este tipo de conductas punibles. No obstante, se despenalizaron las conductas que criminalizaban a las meretrices y a los homosexuales.

➤ **Ley 360 de 1997**

Por medio de esta ley, se modificó el Código de 1980 creando otras disposiciones relativas a la pornografía. Particularmente en la exposición de motivos se hizo alusión a la necesidad de implementar una política que permita un énfasis educativo en los menores para que conozcan sus derechos y eviten ser objeto de abusos por parte de padres, familiares y extraños.

➤ **Código Penal del 2000**

Este Código fue expedido mediante la ley 599 de ese mismo año, y es el que actualmente se encuentra vigente. Según los doctrinantes –en teoría- significó el mayor avance en el tratamiento jurídico penal en Colombia. En tratándose de delitos sexuales, realizó grandes transformaciones, especialmente en el tratamiento punitivo de los autores y partícipes de dichas conductas.

➤ **Ley 679 de 2001**

Por medio de esta ley se dictaron medidas contra la explotación, pornografía y turismo sexual con menores de edad.

➤ **Ley 747 de 2002**

Por medio de esta ley, se modificaron algunas normas del código penal sobre trata de personas y tráfico de migrantes, especialmente cuando el sujeto pasivo son menores de edad.

➤ **Ley 890 de 2004**

Esta normativa generó un incremento general de las penas para todos los delitos, incluyendo los que atentan contra la libertad e integridad sexual.

➤ **Ley 1098 de 2006**

Denominada Código de la Infancia y la Adolescencia, esta ley entre otras, retira todos los beneficios, subrogados o mecanismos sustitutivos que estableciere la normatividad penal vigente cuando se incurriere en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa o los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

➤ **Ley 1146 de 2007**

Con esta ley se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente. Asimismo, se establece el deber que tiene todo ciudadano de denunciar cualquier abuso o maltrato a menores del que tenga conocimiento.

➤ **Ley 1236 de 2008**

Esta norma se encargó nuevamente de modificar la política punitiva, incrementando ostensiblemente las penas para los delitos de abuso sexual especialmente cuando la víctima es un menor.

➤ **Ley 1237 de 2009 (proyecto de reforma constitucional)**

Por medio de este proyecto el Congreso de la República convoca a un referendo constitucional con el fin de someter a consideración de pueblo una reforma para instaurar la cadena perpetua en Colombia básicamente contra autores de delitos contra la integridad, la libertad y la formación sexual de niños, niñas y adolescentes.

En conclusión, la legislación colombiana en materia de delitos sexuales demuestra que la inclinación del Estado en cuanto al tratamiento punitivo de las personas procesadas por estas conductas punibles, parte de una visión sesgada inscrita en corrientes criminológicas tradicionales, que conciben estos episodios delictuales como de personas enfermas, desadaptadas o perversas, y piensan que con el endurecimiento de las penas se cumplirá con el fin de prevención general, cuando en realidad, parte del hecho de que los menores son víctimas, en muchos casos es consecuencia del estado de pobreza, marginalidad o abandono en que se encuentran la mayoría de los niños colombianos.

CONCLUSIONES

De la gráfica se puede identificar con claridad que frente al problema jurídico existe una línea jurisprudencial con un cambio incremental a partir del año 2008, cuando la Corte Suprema de Justicia, varió la postura que venía desarrollando en relación con el alcance de las entrevistas de menores ingresadas a través de psicólogos y funcionarios judiciales, transformando la calidad que les venía otorgando de prueba de referencia, para llegar al extremo opuesto, que es la tendencia actual, donde esa prueba ingresa directamente por tres razones: **1)** porque el entrevistador percibe en forma personal los hechos, cuando son narrados por los menores de edad; **2)** porque al aplicar sus conocimientos científicos, técnicos o especializados, ello se convierte en una prueba pericial autónoma, la cual tiene una forma de valoración expresa en la legislación y **3)** porque su declaración en audiencia de juicio oral debe valorarse conforme el artículo 402 del Código Penal.

La variación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es una muestra más de lo que puede ocasionar la dramatización de la violencia sexual contra menores, particularmente por el estado de alarma en que se encuentra la sociedad –colocada en esa posición por los medios de comunicación- obligando a esta a dar una respuesta punitiva que satisfaga a los ciudadanos, aún a riesgo y costa de los principios fundantes del derecho penal. Para ello, basta con observar las diferentes normativas que en materia de delitos sexuales ha tenido Colombia, desde la época de la república, para advertir como se ha utilizado el derecho penal para la reconducción de la sociedad hacia el respeto de los derechos de los menores, incluso en desmedro de los derechos y garantías de los procesados.

Del estudio de las diferentes decisiones de la Corte Suprema de Justicia puede concluirse que nuestro máximo tribunal, luego de implementado el sistema penal acusatorio y en casos de delitos sexuales donde los sujetos pasivos son

mayormente menores de edad, ha optado por interpretar la ley penal, de una forma que garantice un derecho penal eficiente, lo que significa que los ciudadanos a pesar de contar con garantías como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y la carga de la prueba, no dejaran de ser sancionados si incurren en este tipo de conductas atentatorias de la libertad, integridad y el pudor sexual.

Es una realidad, que el incremento de penas, -incluso la implementación de la cadena perpetua-, no es un medio que permite resolver el drama de los niños víctimas de la violencia sexual en Colombia. En efecto, etiológicamente una de las principales causas de este fenómeno criminal es la pobreza, de manera que hasta tanto no se de solución a este padecimiento, se incremente la educación en los sectores mas vulnerables de la población y se disminuya el hacinamiento doméstico, la explotación sexual y la intimidación de los niños para que trabajen y aporten algo al hogar, estos seguirán en riesgo de colocarse en el camino de los abusadores, y por si fuera poco convirtiéndose en fabrica de estos.

BIBLIOGRAFÍA

BOLAÑOS PALACIOS, Fernando L. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Universidad Javeriana de Bogotá, Editorial Temis. 2010.

Corte Suprema de Justicia. Auto 32972 del 3 de diciembre de 2009 Magistrado Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 21.105 del 29 de julio de 2008 Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 21490 del 28 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 23706 del 26 de enero de 2006. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006. Magistrado Ponente: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26128 del 11 de abril de 2007. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27.413 del 13 de marzo de 2008 Magistrado

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 28257 del 29 de febrero de 2008. Magistrado Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29.117 del 2 de julio de 2008 Magistrado Ponente: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29609 del 17 de septiembre de 2008
Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29678 del 5 de noviembre de 2008
Magistrado Ponente: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 30612 del 3 de febrero de 2010 Magistrado
Ponente: JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31.950 del 19 de agosto de 2009
Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31846 del 1 de junio de 2011 magistrado
Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 32769 del 6 de octubre de 2010 magistrado
Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 32868 del 10 de marzo de 2010 Magistrado
Ponente: SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 33010 del 23 de junio de 2010 Magistrado
Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 33022 del 20 de octubre de 2010
magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34434 del 9 de diciembre de 2010
Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34568 del 23 de febrero de 2011 magistrado
Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35080 del 11 de mayo de 2011 magistrado
Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35668 del 18 de mayo de 2011 magistrado
Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

GUTIÉRREZ, Pedro A. Delitos sexuales cometidos en menores de edad. Buenos Aires, Ediciones La Rocca. 2007.

JUAREZ LÓPEZ, Joseph R. La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual. Indicadores psicosociales. Tesis doctoral. Universidad de Girona. Disponible en: www.buentrato.cl/pdf/est_inv/maltra/mi_juarez.pdf.

LÓPEZ, MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá, Legis S.A. 2006
Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

ANEXOS DE FICHAS

RADICADO: 23706	FECHA: 26 de enero de 2006	M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN
TEMA:	El testimonio del menor debe ir acompañado de un examen psiquiátrico para su credibilidad	
HECHOS	La menor Y.T.E.A., de nueve años de edad para el 13 de noviembre de 2003, asistida por la Personera Municipal de Santuario (Risaralda), formuló denuncia penal contra su abuelo paterno NOEL ARCANGEL ECHEVERRI HERRERA ante la Fiscalía 33 Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, del mismo departamento. Señaló la menor que en varias oportunidades en que fue a visitarlo al hotel en donde residía, éste la acariciaba diferentes partes de su cuerpo, le introducía los dedos en la vagina y le daba besos, a cambio de lo cual recibía dinero o distintas dádivas.	
DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA	La fase del juicio correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, Risaralda, despacho que una vez surtido el trámite legal correspondiente, profirió fallo el 30 de julio de 2004 por cuyo medio declaró penalmente responsable a <i>NOEL ARCANGEL ECHEVERRI HERRERA</i> del concurso de delitos por los cuales fue acusado y lo condenó a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término.	
DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA	En contra del fallo condenatorio, la defensa interpuso recurso de apelación, razón por la cual se pronunció el Tribunal Superior de Pereira el 16 de diciembre de 2004 revocándolo para, en su lugar, absolver a <i>NOEL ARCANGEL ECHEVERRI HERRERA</i> de los cargos formulados en su contra.	
PROBLEMA JURÍDICO:	Consistió en determinar si el A quem desobedeció las reglas de la libre persuasión al crear una tarifa legal para apreciar el testimonio de la menor, en cuanto condiciona su admisibilidad a que esté soportado en un examen psiquiátrico, medio probatorio que para el juzgador es necesario en esta clase de procesos.	
OBITER DICTUM	El <i>ad-quem</i> en la labor de apreciación probatoria, vulneró las pautas al minar credibilidad a la exposición de la menor de 9 años de edad, quien en este asunto sindicó directamente a su propio abuelo paterno de haberla sometido a abusos sexuales.	
TESIS O RATIO DECIDENDI	a) la Corte ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo	

	<p>de los acontecimientos.</p> <p>b) El testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.</p> <p>c) Como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.</p> <p>d) desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.</p> <p>e) Si como lo enseña la lógica lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el ámbito probatorio ello se traduce en que de hallarse contradicciones en lo esencial poco importa el hecho de que exista uniformidad en tópicos secundarios, caso en el cual la conclusión que devine necesaria es la de negar crédito a la prueba;</p> <p>f) Ha señalado en forma reiterada la Sala que es altamente improbable que frente al dicho de una misma persona y con más razón frente a lo expuesto por otra, no haya contradicciones, pues lo que en verdad se debe sopesar, como atrás se señaló, es la entidad de tales inconsistencias con relación al aspecto medular que en ellas se relata.</p>
<p style="text-align: center;">REGLAS DOGMATICAS</p>	<p>-La ley penal no impone restricción en ese sentido no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición.</p> <p>- la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos.</p> <p>-De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad.</p> <p>- A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que</p>

	el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales
POLO DE RESPUESTA	El testimonio del menor ya sea introducido en forma directa o mediante el testimonio del psicólogo es altamente creíble y confiable
DECISIÓN:	Casar la sentencia impugnada
CONCLUSIÓN:	A partir de este fallo, la Corte Suprema de Justicia elaboró más argumentos que han servido para casar un sinnúmero de sentencias absolutorias contra personas acusadas por delitos sexuales, atribuyendo a dichos doctrinarios un valor de carácter “científico”. Con esta sentencia se adopta por vía jurisprudencial una máxima de la experiencia, según la cual cuando un menor habla de abusos sexuales es porque generalmente los ha vivido.
CLASE DE SENTENCIA	FUNDADORA DE LINEA
SALVAMENTO DE VOTO	ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
RATIO DECIDENDI	Por supuesto que a los infantes y a los adolescentes hay que otorgarles importancia, no se les puede minimizar. Ciertamente que están en boga los derechos de los niños o, más exactamente, están de moda. Pero jamás al punto de dejar de lado los derechos de los demás. Desde luego que la víctima tiene que ser atendida y respetada. Pero no dejada de lado al punto de imposibilitar el examen de sus versiones y aislar, cual residuo de la humanidad, al actor. Bastaría decir que el derecho penal se hizo y se mantiene para quien delinque, para quien sufre una imputación, o para quien puede delinquir; no para la víctima. El Tribunal no ha dicho, como afirma la Sala, que era absolutamente menester un dictamen sobre la menor. Hizo alusión a uno practicado, con el fin de, accesoriamente, robustecer su opinión.
SALVAMENTO DE VOTO	SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ
RATIO DECIDENDI	al contrario de lo considerado por la mayoría de la Sala, el análisis efectuado por los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira no se muestra contrario a la lógica y a la sana crítica del testimonio, independientemente de que con ello se haya absuelto a una persona a la que se ha endilgado la comisión de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales del cual presuntamente fue víctima una niña de escasos nueve años de edad, pues aun cuando es cierto que a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 “ <i>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás</i> ”, entre los que se encuentra la integridad física, debiéndoseles proteger contra el abuso sexual (artículo 44), no es menos cierto que ello no puede ser patente de corzo para desconocer los derechos de los demás integrantes de la sociedad colombiana, otorgándoseles <i>per se</i> plena credibilidad a sus dichos, pues la experiencia igualmente enseña que en la actualidad los menores tienen una gran capacidad imaginativa a raíz de la gran

	<p>cantidad de información que se les brinda a diario en los diferentes medios –radio, televisión, prensa, internet, etc.- sobre aspectos relacionados con la sexualidad, lo que los lleva a fantasear sobre el particular y, en ocasiones, a tergiversar algunos comportamientos de los adultos que se les acercan, sobre lo cual consignaré algunas líneas más adelante.</p> <p>Es cierto que cuando un menor es objeto de prácticas que les producen algún tipo de impacto, esas escenas quedan fijadas en su memoria, por lo que resultan bastante descriptivos en sus narraciones, motivo por el cual es poco probable que incurran en contradicciones en relación con ciertos aspectos trascendentales de lo que les ha ocurrido.</p> <p>De la misma manera, debe tenerse en cuenta que el testimonio de un menor debe ser tan claro que no admita el más mínimo asomo de duda, pues <i>“Ciertos niños afectados de mitomanía, vanidosa o perversa, inventan historias escandalosas para hacerse interesantes, o ante el temor de un castigo por un pecadillo. Presionados por preguntas malintencionadas que los orientan sobre las respuestas a dar, precisan la acusación, que es a menudo el punto de partida de pesquisas judiciales injustificadas”</i>, ya que la mitomanía se carga de credulidad, pues los niños ignoran lo que es verdad.</p>
SALVAMENTO DE VOTO	JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
RATIO DECIDENDI	<p>Considero que el análisis probatorio realizado por el sentenciador de segunda instancia, no aparece contrario a los postulados de la lógica y de la sana crítica testimonial. Por el contrario, la decisión tomada por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira es fruto de un estudio ponderado de la prueba, especialmente del testimonio de la menor ofendida, llegando a la conclusión que tal deposición no ofrece la credibilidad requerida para constituirse en fundamento de un fallo condenatorio.</p> <p>El hecho de que se haya absuelto al procesado del delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, del que presuntamente la afectada fue una menor de edad, no significa en absoluto el desconocimiento de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, según lo establece la Constitución Política de 1991. Lo que ocurre es que esa prelación no puede convertirse en base para desconocer los derechos y garantías fundamentales de los demás.</p>
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 19 de julio de 1991	
Sentencia del 29 de julio de 1999 Radicado 10615	
Sentencia de Tutela 408 de 1995	
Sentencia de Tutela 554 de 2003	

RADICADO: 24468	FECHA: 30 de marzo de 2006	M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO
TEMA:	La validez del testimonio del menor y las declaraciones de los testigos de referencia	
HECHOS	Franci Elena E. Mercado V. denunció al aquí procesado; fue enterada de tocamientos sexuales que ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA ejecutó sobre su menor hija K.J.M.M.; se dio cuenta que ESLEY tocaba a su hija y que además enviaba boletas a otra menor, invitándola a desarrollar actos de carácter erótico sexual; dice la denunciante que la menor le informó que ESLEY le tocaba los genitales y le introducía los dedos en la vagina.	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	Mediante sentencia del 3 de junio de 2005, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales absolvió a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser la víctima menor de doce años, aplicando en su favor el principio <i>in dubio pro reo</i> .	
DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA	Con fallo del 12 de julio de 2005, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales revocó íntegramente el fallo absolutorio, para en su lugar condenar a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA por el delito de <i>actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser la víctima menor de doce años</i> , a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y no le concedió prisión domiciliaria.	
OBITER DICTUM	<p>a) En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas.</p> <p>b) En Colombia, el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004 consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 (<i>conocimiento personal</i>) que el “<i>testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir</i>”.</p> <p>c) no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, caso en el cual, acreditada en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al <i>testigo de referencia</i>, que también suele llamarse testigo de oídas o testigo indirecto, y es una especie del género de pruebas de referencia admisibles en la legislación.</p> <p>d) Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del</p>	

	<p>proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.</p> <p>e) el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo.</p>
<p>TESIS O RATIO DECIDENDI</p>	<p>a) Expuso en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (<i>radicación 23706</i>), para ahondar en el mismo sentido de la línea jurisprudencial, que rechaza por infundada la tendencia a desechar el testimonio de un menor alegando sin mejor fundamento científico la supuesta inmadurez, y en especial cuando el declarante es un menor que ha sido víctima de delitos sexuales.</p> <p>b) Analizó críticamente el testimonio de la niña abusada y, con una visión integral de los aspectos apreciables, lo encontró creíble, coherente y respaldado con otros testimonios y con la entrevista de una psicóloga forense, cuyo conocimiento científico no puede descartarse de plano, como se hizo en primera instancia.</p> <p>c) el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.</p> <p>d) En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.</p> <p>e) Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada <i>ex ante</i>, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.</p> <p>f) Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral</p> <p>g) Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de conocimiento personal.</p>

REGLAS DOGMATICAS	<p>-Si bien el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio no incluyó “la prueba de indicios”, esta operación intelectual del juzgador persiste, puesto que no es factible construir una teoría de la prueba sólo sobre elementos materiales o evidencias físicas.</p> <p>- la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias,</p> <p>- las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa.</p>
POLO DE RESPUESTA	El testimonio de la psicóloga es prueba de referencia.
DECISIÓN:	No casa la sentencia de segunda instancia que revocó la decisión de primera de absolver la procesado y en su lugar condenó al mismo
CONCLUSIÓN:	En este caso, la Corte Suprema opta por otorgar el valor de prueba de referencia al testimonio de la psicóloga, pero curiosamente deja ver que es testigo directo de los dichos de la menor y que desde el punto de vista de su profesión la versión es creíble, lo que en un contexto de igualdad de armas desconoce la presunción de inocencia, pues impone a la defensa una carga de desvirtuar ese testimonio directo con otro perito psicólogo.
CLASE DE SENTENCIA	Sentencia HITO RECONCEPTUALIZADORA DE LINEA
ACLARACION DE VOTO	MAURO SOLARTE PORTILLA
RATIO DECIDENDI	Si no logra comprenderse que la verdad a que alude el sistema acusatorio es meramente formal, dialéctica y procesal, obtenida como resultado de la tensión que surge entre acusación y su prueba, y refutación y su prueba, obviamente que se puede llegar a sostener, como lo hace la mayoría de la Sala, que en algunos casos “por motivos constitucionales” el Juez se halla facultado para abandonar su deber de imparcialidad e independencia y suplantar a la acusación o a la defensa decretando pruebas de oficio en orden a establecer “su” verdad y no la que resulta de la confrontación entre las partes.
ACLARACIÓN DE VOTO	SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
RATIO DECIDENDI	La norma en referencia deja en claro que en el nuevo sistema el juez tiene la doble función de control de garantías y de conocimiento, pero en momento alguno la categoría o capacidad de instrucción, decreto y aporte de pruebas.
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 26 de enero de 2006 radicado 23706	
Sentencia del 24 de noviembre de 2005 radicado 24323	

RADICADO: 21490	FECHA: 28 de febrero de 2007	M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
TEMA:	Credibilidad del testimonio y valoración del dictamen medico legal	
HECHOS	<p>El señor Luís Mauricio Torres Rincón, residente en el barrio ‘Los Zipas’ del municipio de Chía, cerca al colegio ‘Celestino Fredney’ donde estudiaba su sobrina M... de escasos siete años de edad, por encargo de su hermana Nubia Inés recogía a su sobrina en el centro educativo y la llevaba hasta su vivienda. Aprovechando tal circunstancia, hacia finales del mes de octubre y mediados de noviembre de 2001, el mencionado luego de ordenar a sus dos hijos que se retiraran a jugar a otro lugar, realizó con ella actos sexuales y en una oportunidad la accedió carnalmente.</p> <p>Ante las constantes amenazas ejercidas por el agresor de castigarla con su correa, la menor nunca relató lo sucedido a su familia, pero cuando su progenitora se enteró de que aquél ejecutaba actos sexuales con algunas de su sobrinas la interrogó sobre el particular relatando la niña en forma detallada los maltratos sexuales de los que había sido víctima por parte de su tío</p>	
PROBLEMA JURÍDICO:	Determinar si se incurrió en error en la apreciación probatoria.	
OBITER DICTUM	<p>Desde el momento en que fue proferida la resolución de acusación se dieron por establecidos los presupuestos de tipicidad de la imputación del acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuando brilla por su ausencia la “<i>prueba reina</i>”, esto es, que el examen sexológico comprometiera la responsabilidad de su mandante.</p> <p>El Tribunal consideró atinadamente que en esta clase de conductas punibles el único testigo de excepción, por regla general, es el sujeto pasivo, razón por la cual la crítica testimonial debe desarrollarse sobre este sujeto. Aclarado lo anterior manifestó que le daba crédito a su dicho, por cuanto se encuentra confirmado con el dictamen médico legal y con la denuncia que formuló la señora Nubía Inés Torres</p> <p>Respecto del testimonio de la menor estimó que de los datos que suministró referente a los hechos se vislumbra que no hubo intención de querer perjudicar al familiar, “<i>por el contrario se advierte que se limitó sólo a narrar y a describir de una manera desapasionada y elemental, el abuso sexual por parte de su tío Luís Mauricio Torres Rincón, al que señaló directamente</i>”.</p> <p>En conclusión, el sentenciador de segunda instancia acotó que “<i>a pesar de su corta edad, siete años, es coherente e ilustrativo, demostrando que obedeció primero a responder los interrogantes de su señora madre y después a contestar las preguntas del médico y de la fiscalía</i>”.</p> <p>A continuación aclara que la experticia es nítida igualmente respecto a que el acoplamiento sexual tuvo lugar en días anteriores, “<i>de ahí la calificación de desfloración reciente. La desfloración reciente, significa que la penetración del asta viril por la cavidad vaginal se realizó en una fecha no mayor de diez días a la fecha en que se practica el examen médico</i>”.</p>	

	<p>Consideró que el resultado del examen era concordante y coherente con la denuncia presentada por la madre de la menor y hermana del procesado, en cuanto a que <i>“aquella dijo que ‘...hace tres días me contó –se refiere a la menor- que Luís Mauricio se le montó encima de ella y le bajó los pantalones y que a ella le dolía mucho la cola y la vagina...’</i>. Y tres días a tras a la fecha de la denuncia -16 de noviembre de 2001- era el 13 de noviembre, lo que comprueba que el acceso imputado al tío ocurrió en tal periodo”.</p> <p>Es verdad que en el dictamen médico legal realizado a la menor se anotó que había signo de <i>“desfloración reciente del himen y cuadro compatible con contaminación venérea que ratificaría el posible delito sexual”</i>. También es cierto que el sentenciador dedujo de él que el acceso carnal de la menor había ocurrido diez días antes a la fecha en que se practicó el peritaje.</p> <p>Así, resulta fácil advertir que la prueba fue apreciada en su real contenido.</p>	
TESIS O RATIO DECIDENDI	<p>En efecto, los juzgadores de instancia para arribar al grado de conocimiento de certeza otorgaron mérito a la versión de la víctima, en cuanto al señalamiento del agresor y a las actividades ilícitas a que fue sometida por Torres Rincón. De igual manera, el testimonio de la señora Nubia Inés Torres también fue fuente de conocimiento en lo que respecta a las agresiones sexuales de que fue víctima su menor hija.</p> <p>Finalmente, la experticia medico legal también sirvió como sustento probatorio para construir el juicio de hecho y de derecho frente a la conducta punible de acceso carnal. El expediente cuenta con los datos suficientes derivados de los medios de prueba para predicar, en grado de certeza, la responsabilidad del procesado por las conductas punibles atribuidas en el fallo impugnado.</p>	
REGLAS DOGMATICAS	<p>La experiencia enseña que en esta clase de maltratos infantiles en el que el victimario es persona cercana a las víctimas, a veces se guarda silencio por el temor que se genera, pero en la primera oportunidad que el ofendido tiene de expresarlo no vacila en hacerlo”.</p>	
POLO DE RESPUESTA	<p>El experticio médico legal, es decir el dictamen sexológico es prueba de referencia.</p>	
DECISIÓN:	<p>NO CASA la sentencia</p>	
CONCLUSIÓN:	<p>En esta providencia, la Corte suprema de Justicia, encontró ajustado a derecho la decisión del Tribunal, como quiera que el dicho de la menor, se encuentra acreditado con las versiones de la madre y el dictamen médico legal sexológico, donde se concluyó la desfloración reciente y incluso se hallaron signos de contaminación venérea, contrario a las manifestaciones del procesado no tienen soporte probatorio alguno</p>	
CLASE DE SENTENCIA	<p>CONFIRMATORIA DE PRINCIPIOS</p>	
SIN CITAS DE SENTENCIA		
RADICADO: 26128	FECHA: 11 de abril de 2007	M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
TEMA:	<p>Valoración del testimonio de la víctima y exclusión de prueba pericial por cuanto no se dio un traslado dentro del término de ley</p>	

HECHOS	Ocurrieron el once (11) de agosto de dos mil cinco (2005). En horas del medio día de esa fecha, la joven P..., quien tenía, para esa época, quince años de edad, llegó hasta el gimnasio donde laboraba JUAN CARLOS ARISTIZÁBAL OSPINA, ubicado en la calle 21 número 26-17 de Armenia, con el fin de entregarle un dinero que le enviaba la madre de la menor. El hombre tomó por la fuerza a la adolescente y la accedió carnalmente”.
PROBLEMA JURÍDICO:	desconocimiento del debido proceso y, consecuentemente, del derecho de defensa, por cuanto la sustentación del recurso de apelación hecha por la fiscal fue insuficiente;
OBITER DICTUM	<p>El yerro de apreciación probatoria demandado se debe cotejar con las demás probanzas que se consideran como bien apreciadas con el objeto de establecer su trascendencia, puesto que puede ocurrir que el error de derecho o de hecho denunciado sobre el medio de prueba existe; no obstante, tal circunstancia no lleva fatalmente a concluir que le asista razón al impugnante, toda vez que si el mismo no logra modificar las circunstancias fácticas declaradas como probadas en la sentencia, las decisiones adoptadas en el fallo recurrido permanecen incólumes.</p> <p>No sobra recalcar que la ley prevé sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. En efecto, el artículo 346 dice: <i>“Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”</i>.</p> <p>Así, resulta claro para la Corte que en este supuesto los testimonios rendidos por los profesionales de la medicina fueron excluidos en el acto de valoración de la prueba, por cuanto no fueron incorporados con estrictez a las normas procesales.</p> <p>el libelista parte de la premisa de que el sentenciador de segundo grado avasalló la regla de la experiencia en el acto de apreciación del testimonio de la menor, luego de examinarlo de manera individual y en conjunto con los demás elementos de juicio.</p> <p>Así mismo, no se puede confundir, como lo hace el defensor, la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.</p> <p>el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales</p> <p>Como lo ha dicho la Corte, en los procesos que cursan por la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la</p>

	<p>dignidad humana, por regla general, no existe prueba de carácter directa sino que la reconstrucción del acontecer fáctico se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que correlacionados entre si, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.</p> <p>De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:</p> <p>a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.</p> <p>b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y</p> <p>c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.</p>
TESIS O RATIO DECIDENDI	<p>Para el Tribunal el testimonio de la menor sí resultó creíble en cuanto al señalamiento que hizo del agresor y de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, habida cuenta que las contradicciones que presuntamente contiene son sobre aspectos secundarios que en nada desdibuja el aspecto central del debate.</p> <p>No sobra recalcar que en el evento en que se hubiese cumplido con el rito establecido para el proceso de producción y aducción del testimonio de peritos a que se hace referencia en la demanda, de todos modos la citada exclusión no fue trascendente, máxime cuando el sentenciador de segunda instancia llegó al grado de conocimiento para condenar mas allá de toda duda, con base en otros medios de prueba, entre ellos, el testimonio de la menor agredida y descartó los hechos que se pretendían introducir con dichos testimonios, esto es, que hubo violencia en el acceso carnal.</p>
REGLAS DOGMATICAS	<p>La regla de la experiencia es “una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que se llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.</p>
POLO DE RESPUESTA	<p>El testimonio de la perito psicóloga es prueba de referencia</p>
DECISIÓN:	<p>NO CASA la sentencia</p>
CONCLUSIÓN:	<p>Aquí la Corte Suprema, frente a la inquietud del defensor de haberse excluido el testimonio del perito psiquiatra, La Corte dejó claro que la exclusión de esa prueba no afectaba la decisión, habida cuenta que el testimonio de la menor sumado a otros medios de prueba es suficiente para condenar. En cuanto a su relato, el mismo no es contradictorio y está soportado en otras pruebas, además las reacciones a este tipo de eventos suelen ser diversas en cada individuo.</p>
CLASE DE SENTENCIA	<p>CONFIRMATORIA DE PRINCIPIO</p>
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 21 de noviembre de 2002	

RADICADO: 28257	FECHA: 29 de febrero de 2008	M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
TEMA:	La retractación del testimonio de la menor y la denunciante (testigos directos).	
HECHOS	<p>El día cinco de marzo de 2006, la señora CLARA ANGÉLICA GONZÁLEZ MARTIN, formula denuncia contra PEDRO HUERTAS, en la que relata que ese mismo día su hija V.G.M. de 7 años de edad tuvo una pataleta y no quería hacerle caso, por lo que discutieron y su padrastro PEDRO HUERTAS le dio una palmada en la cola, por lo cual la niña entró en cólera y le dijo “no me pegue...ahora sí le voy a contar a mi mamá lo que usted me hace”, la señora inmediatamente se dirigió hacia la niña y le dijo “...qué pasa V....” y le vio en su rostro rabia cuando miraba al denunciado y gritaba ahora si voy a contar todo todo, él mientras tanto decía no V...., no V..., como con cara de asombro, entonces ella se fue con V... a hablar y la niña dijo que PEDRO le había tapado los ojos para jugar a la gallinita ciega, luego le hacía abrir la boca, le metía y le sacaba algo por la boca, que era una cosa blandita al principio y luego dura, que ella le preguntó que qué era y él le dijo que era un bombom bum pero que a ella le sabía y le olía a feo y le daban ganas de vomitar porque se lo metía hasta la garganta y que luego con la mano le tocaba el estómago y la vagina y que le metía y le sacaba algo por acá, señalando la vagina, que eso pasó muchas veces y que le había dicho que no le contara nada a la mamá porque la regañaba, agrega la denunciante que una vez que la niña le contó la mandó a la tienda y le hizo el reclamo a PEDRO quien negó todo, pero que cuando la niña llegó los colocó frente a frente y le dijo a la niña que si eso era verdad, que por Jesusito le dijera y ella dijo que era verdad.</p>	
PRIMERA INSTANCIA	El Juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, luego de celebrar las audiencias preparatoria y de juicio oral, profirió el fallo de primera instancia mediante el cual condenó al procesado, por la misma conducta punible, a la pena de ochenta y seis (86) meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, sin derecho a la suspensión provisional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria.	
SEGUNDA INSTANCIA	El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, revocó la sentencia del <i>A quo</i> y, en su lugar, profirió fallo absolutorio a favor de PEDRO EMILIO HUERTAS CONTRERAS	
PROBLEMA JURÍDICO:	En este caso ante la retractación en juicio de la menor ofendida y de la madre denunciante, si la prueba técnica recopilada y compuesta por los testimonios de los psiquiatras y psicólogos que atendieron el caso es prueba directa o prueba de referencia.	
OBITER DICTUM	La prueba a valorar no puede ser sólo el testimonio de la menor vertido en la audiencia de juicio y el de su progenitora, aislándolos de las demás pruebas. También se debe valorar la prueba pericial llevada	

	<p>a la misma audiencia, que contiene el dicho creíble y espontáneo de la víctima y por ello es pertinente dilucidar el tema de la validez probatoria de las entrevistas realizadas a la menor por científicos expertos en abuso sexual.</p> <p>El primer error consiste en que el Tribunal le dio el calificativo de prueba de referencia a los testimonios de la psiquiatra forense, la psicóloga escolar y la médica legista sobre situaciones de las cuales ellos tuvieron conocimiento por las entrevistas previas, al igual que los reconocimientos que desde el punto de vista científico hicieron estos profesionales.</p> <p>Los peritos no son testigos de referencia a menos que lo sean en relación con los hechos, pero sus declaraciones relativas a la valoración de la personalidad, comportamiento, actitud y manifestaciones de la menor, se deben entender como testigos directos y también como prueba pericial y su valoración se debe efectuar de acuerdo a las reglas que para el efecto establece el Código de Procedimiento Penal.</p> <p>En ese orden, opina que se incurrió en un falso juicio de convicción al atribuirle a los testimonios de los profesionales la calidad de pruebas de referencia y restarles valor jurídico, en desconocimiento de las reglas procesales que tasan el valor de los medios de prueba</p> <p>incurrir en otro desacierto, al asegurar que no existe prueba testimonial anterior para comparar con la manifestación de la menor consistente en que el hecho no ocurrió, pues estima que su relato ante varios profesionales sobre la <i>“realización de un eventual delito”</i> no tienen valor probatorio, al tratarse de pruebas de referencia, que no pueden ser fundamento de una sentencia condenatoria.</p> <p>En consecuencia, desde ahora hay que decir, que la retractación de la menor V.G.M. y de su progenitora, en la etapa del juicio, no alcanza a generar dudas sobre la ocurrencia del hecho delictivo imputado a PERDO EMILIO HUERTAS CONTRERAS, dada la capacidad persuasiva del restante material probatorio</p> <p>La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso.</p>
<p>TESIS O RATIO DECIDENDI</p>	<p>No tuvo en cuenta la Colegiatura, como se observa en el video donde se registra la audiencia de debate oral, que todos los profesionales que valoraron a V.G.M. rindieron su testimonio en calidad de peritos.</p>

	<p>Tanto la psicóloga del colegio, como la médico legista, dieron cuenta de las entrevistas realizadas a V.G.M. y a su progenitora, suministraron detalles de la inicial información que éstas proporcionaron sobre los hechos, así como la percepción que tuvieron acerca de las expresiones, actitudes y sentimientos de la menor, en esos momentos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.</p> <p>Lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.</p> <p>De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de PEDRO EMILIO HUERTAS CONTRERAS, como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.</p>
REGLAS DOGMATICAS	<p>La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial-, a la que hace relación el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha de valorar</p> <p>Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de <i>conocimiento personal</i> contenida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.</p>
POLO DE RESPUESTA	El testimonio del psicólogo es prueba directa
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	Aun cuando el testimonio del psicólogo u otros profesionales es prueba de referencia en punto al acto sexual como tal, son testigos directos de otros hechos y situaciones, en este caso de la veracidad de las declaraciones de la víctima y la denunciante, además son testigos técnicos por ende su valoración está sometida a lo establecido en la ley 906 de 2004
CLASE DE SENTENCIA	Sentencia HITO MODIFICADORA de línea
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 23 de agosto de 2006 radicado 22240	
Sentencia del 30 de marzo de 2006 radicado 24468	

RADICADO: 27413	FECHA: 13 de marzo de 2008	M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
TEMA:	Vulneración al principio de investigación integral por no practica de pruebas	
HECHOS	En el mes de octubre de 1999, la niña LMCM, nacida el 13 de febrero de 1988, conoció a Guillermo Arbeláez Zuluaga , de 56 años de edad, quien desde entonces comenzó a halagarla y a darle regalos y sumas importantes de dinero. Ganada la confianza de la menor, le hizo invitaciones, la llevó en su vehículo a diversos sitios, en varias ocasiones la besó en la boca, le tocó los senos y la vagina y le pidió que le diera un ósculo en su órgano genital.	
PROBLEMA JURÍDICO:	La violación del principio lo deriva de la falta de práctica de algunas pruebas que fueron decretadas y conducían a descartar la responsabilidad del procesado y a controvertir el testimonio de la menor ofendida, circunstancia que a su turno implicó la afectación de su derecho a la defensa	
PRIMERA INSTANCIA	Mediante sentencia del 4 de julio del 2006, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali declaró al señor Guillermo Arbeláez Zuluaga autor penalmente responsable de un concurso de conductas punibles de <i>actos sexuales con menor de 14 años</i> , previstas en el artículo 305 del Código Penal de 1980.	
SEGUNDA INSTANCIA	El fallo fue recurrido por el procesado y su defensor y ratificado por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 12 de diciembre siguiente.	
OBITER DICTUM	Aunque no fue posible practicar el examen psiquiátrico de la menor, lo cierto es que obra un informe psicológico rendido por la psicóloga practicante María Katana García de la Comisaría Novena de Familia de la Casa de la Justicia de Siloé, seguidamente a la ocurrencia de los hechos materia de investigación, que soporta junto con la declaración de la menor ofendida y la de sus padres así como otros medios de prueba, el fallo condenatorio.	
TESIS O RATIO DECIDENDI	No debe olvidarse que en conductas como la investigada por lo general el testigo por excelencia y único, es la propia víctima, de donde surge que los restantes son de simple referencia o técnico, que, así se limitan a narrar lo contado por aquella a lo observado por el examen. De manera alguna puede cuestionarse la emisión de un fallo condenatorio que fundamentalmente se soporte en la versión del menor objeto del abuso sexual.	
REGLAS DOGMATICAS	No debe dejarse de lado que lo que debe prevalecer es lo sustancial sobre las simples formas	
POLO DE RESPUESTA	El testimonio de la psicóloga es prueba de referencia	
DECISIÓN:	NO CASA LA SENTENCIA	
CONCLUSIÓN:	El testimonio del menor como prueba directa mas las demás pruebas recopiladas así sean de referencia es suficiente para condenar	
CLASE DE SENTENCIA	CONFIRMATORIA DE PRINCIPIOS	
CITAS DE SENTENCIA		
Sentencia del 26 de enero de 2006 radicado 23706		

RADICADO: 29117	FECHA: 2 de julio de 2008	M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
TEMA:	La conducta punible no constituye actos sexuales abusivos, sino injuria por vía de hecho.	
HECHOS	Según denuncia penal presentada por la señora Dilma Rosa Riaño Panqueva, el día 28 de marzo de 2006, a las cuatro de la tarde y en el establecimiento público “Supermercado la Viña”, ubicado en la carrera 36bis núm. 186 C 07 barrio Verbenal II sector de esta ciudad, su hija de nueve años de edad xx, fue sometida a tocamientos libidinosos por el tendero CIRO ANTONIO MORA RIVERA, consistentes en cogerla de las muñecas, conducirla al lavamanos que se encuentra detrás del congelador y en el fondo de la parte interna del mostrador del supermercado y besarla en la boca con introducción de su lengua. Días anteriores, le había cogido los glúteos e igualmente (la había) besado.	
PRIMERA INSTANCIA	El Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá profirió condena por la misma conducta el 30 de julio de 2007 y en el incidente de reparación tasó los perjuicios morales en cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes	
SEGUNDA INSTANCIA	La condena fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 4 de octubre de 2007	
PROBLEMA JURÍDICO:	Manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba que soporta la sentencia, por no valorar un psicólogo de la defensa que podía determinar que el procesado no era pedófilo.	
OBITER DICTUM	<p>Las críticas a la “plena credibilidad” del testimonio no pueden formularse al amparo de la violación indirecta por falso juicio de identidad, porque tan específico error <i>in iudicando</i> implica distorsionar la prueba (el testimonio en este caso) y la verdad es que el demandante no demostró de qué manera el juzgador tergiversó la experticia profesional.</p> <p>El actor propende porque se mengüe la credibilidad del dicho de la víctima, simplemente porque (según él) el testimonio de los niños no merece crédito alguno, por suerte que si la Corte degrada la credibilidad al dicho de la víctima, no quedará más que la duda que debe beneficiar al sentenciado.</p> <p>El esfuerzo probatorio de la defensa por establecer si el procesado es o no pedófilo no es relevante en el campo del derecho penal, aunque lo sea en otras áreas del conocimiento, como la psicología, la psiquiatría, la parapsicología, la genética, el periodismo, etc.</p> <p>El delito de injuria por vías de hecho (artículo 226 del C.P.) es, por principio, una conducta que requiere querrela de parte; no obstante, en este específico caso no es así; se trata de una <u>excepción</u> a la querrela puesto que la víctima es un menor de edad y por ello es perseguible de oficio en favor y desarrollo de la protección constitucional de la niñez (Artículo 44 C. Pol.).</p> <p>En relación con el testimonio de la víctima dijo que las contradicciones en que pudo incurrir fueron “accidentales”, porque “en lo sustantivo, en el núcleo esencial del dicho” fue enfática en relatar los hechos tal como ocurrieron; de manera que el testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de</p>	

	abusos se deben apreciar “sin prejuicios”, entre otras razones porque los niños tienen un amparo especial del Estado, establecido en el artículo 44 de la Constitución Política. El caso Luis Alfredo Garavito conmocionó al mundo –con razón- y la sociedad colombiana al unísono reclamó –unánimemente- del legislador una ley que potenciara el control penal para ese género de conductas
TESIS O RATIO DECIDENDI	No es cierto (como aduce el recurrente) que el testimonio de los niños merezca desconfianza, aunque sea relativo que exista en ellos una capacidad imaginativa que les permite construir historias fantasiosas. Al testimonio del menor (sobre todo cuando ha sido víctima de agresiones a su libertad integridad y formación sexuales), se le debe otorgar especial confiabilidad, sin demeritarlo por la mera edad prematura.
REGLAS DOGMATICAS	En suma, lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es.
POLO DE RESPUESTA	El testimonio del psicólogo es prueba de referencia
DECISIÓN:	CASA de oficio la sentencia por error en la formulación jurídica de la imputación.
CONCLUSIÓN:	Curiosamente la Corte en esta sentencia desarrolla una teoría respecto a la entidad del hecho. concretamente se juzga un beso abusivo y un tocamiento abusivo de los glúteos de la menor, comportamiento que en sentir de la sala a afectar el bien jurídico protegido, como es la libertad y la formación sexual, porque, en estricto, aquí no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales. En consecuencia, se debió imputar por una injuria por vía de hecho, que atenta contra la integridad moral. De ahí que casara de oficio la sentencia.
CLASE DE SENTENCIA	ARGUMENTATIVAMENTE CONFUSA
SALVAMENTO DE VOTO	SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
RATIO DECIDENDI	Bajo esta perspectiva, solo porque nos parezca que la pena resulta exagerada frente a lo que el delito comporta en punto de afectación del bien jurídico tutelado, no es posible hacer esguinces dogmáticos para ubicar los hechos en una más benigna adecuación típica, que de ninguna manera, lo digo con respeto, registra adecuada y suficientemente lo materialmente realizado, el querer del agresor y el efecto dañoso que pudo producir en la víctima. ya de manera reiterada y pacífica tanto la Corte Constitucional como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, expresamente han definido que en este tipo de delitos de contenido sexual, cuando se tiene como víctimas a menores de catorce años, así ellos hayan dado su consentimiento a las maniobras salaces, se presume el daño, o mejor, la existencia del elemento de antijuridicidad material, en una presunción <i>iuris et de iuris</i> o de derecho, que no admite prueba en contrario Si el elemento central de diferenciación es la intención del agente, no veo cómo pueda racionalmente sostenerse, para el caso analizado, que el

	<p>procesado buscaba agraviar a la menor, o mejor injuriarla –“<i>cualquier actuación que envuelve un desprecio intencionado y manifiesto hacia otra persona</i>”, tal cual se señala en la doctrina relacionada en el fallo parangonado- y no, como los antecedentes y la forma de ejecución de la conducta insoslayablemente lo demuestran, satisfacer su ímpetu sexual.</p>
SALVAMENTO DE VOTO	JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
RATIO DECIDENDI	<p>La decisión mayoritaria de la que me aparto desconoce la realidad probatoria de la actuación, toda vez que no se comprende que, por una parte, afirme que una correcta apreciación de los hechos, así como del testimonio de la sicóloga especializada en abuso sexual infantil que valoró a la menor, permita inferir que ésta no sufrió alteraciones sustantivas en su formación sexual, sino que apenas fue víctima de un trato agresivo, mientras que, por la otra, de manera nítida surge lo contrario del dicho de la aludida profesional de la salud.</p> <p>Se dirá, en apoyo de la omisión probatoria que lamento, que <i>el juez es perito de peritos</i>, para significar así que aún la prueba científica, pese a los conocimientos especializados que ostenta su fuente, no escapa a la exigencia de ponderación por parte del sentenciador, conforme las máximas de la sana crítica. No obstante que comparto el anterior aserto, y aún cuando la jurisprudencia de la Sala ha establecido que al funcionario judicial, en el ejercicio de apreciación probatoria, le está dado “<i>desestimar todo aquello que no le dé certeza de lo que en el proceso se pretende probar</i>”, ello no puede entenderse como la facultad de desconocer el contenido material de los elementos de convicción, sin una apreciación sujeta a la razón.</p> <p>En la decisión que hoy no comparto se hace una escasa referencia a la prueba en cuestión. En efecto, del dicho de la sicóloga experta en abuso infantil apenas se dice que fue atinada al concluir en que la capacidad de raciocinio de la víctima era acorde con su edad. Pero, enseguida y de manera incomprensible infiere, sin más, que aparte del trato agresivo, la menor no sufrió alteraciones sustantivas en su formación sexual, con lo que desconoce, sin argumento alguno, la apreciación científica de una profesional en el estudio del comportamiento humano.</p>
SALVAMENTO DE VOTO	MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
RATIO DECIDENDI	<p>En el mismo orden de ideas debo expresar mi total desacuerdo con la mayoría al señalar que dada la edad de la menor carecía de capacidad suficiente para que el comportamiento del cual fue víctima afectara su formación sexual, pues por el contrario, insisto, una tal interpretación contraría seriamente la presunción de derecho establecida por el legislador sobre el particular, y más grave aún, considero que con unas tales razones podría también excluirse el daño de víctimas absolutamente incapaces de entender la conducta, como ocurriría con los débiles mentales o infantes de pocos años de edad, argumento <i>ad absurdum</i> que permite evidenciar la inconsistencia de la tesis mayoritaria en este asunto.</p>
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 16 de noviembre de 2001 radicado 14361	

RADICADO: 21105	FECHA: 29 de julio de 2008	M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
TEMA:	La retractación de la menor y la denunciante	
HECHOS	<p>La presente actuación tuvo origen en la denuncia instaurada el 30 de octubre de 2001 por la joven M. M. C., de catorce años de edad, debido a hechos acontecidos el jueves 25 de octubre de 2001, en la vivienda situada en la carrera 9 número 33-62 del barrio Tomás Pérez de Quibdó (Chocó), lugar en el que trabajaba como empleada doméstica de LICENIA PALACIOS PALACIOS.</p> <p>Según el relato de la menor, esa noche recibieron la visita de DEMÓSTENES MORENO PALACIOS, compañero sentimental de LICENIA PALACIOS PALACIOS y para ese entonces aspirante a la alcaldía de Quibdó, quien le propuso a M. M. C. que sostuviera relaciones sexuales con él y con su pareja.</p> <p>En la medida en que DEMÓSTENES MORENO PALACIOS también le pedía que mirara el revólver que había dejado en la mesita de noche, la menor se vio obligada a participar en los actos de índole sexual solicitados, que entre otros consistieron en penetración oral, vaginal y anal por parte del varón, así como penetración vaginal por parte de la mujer, realizada con los dedos de la mano</p>	
PRIMERA INSTANCIA	El Juzgado Primero Penal del Circuito de Chocó, despacho que una vez finalizó la audiencia pública condenó a los procesados por la conducta punible de acceso carnal violento agravado	
SEGUNDA INSTANCIA	El Tribunal Superior de Quidbó la confirmó en lo que fue materia de impugnación y, de oficio, redujo la pena de prisión a diez años y siete meses de prisión, al igual que la accesoria a doce años y tres meses de inhabilitación.	
PROBLEMA JURÍDICO:	La sala abordó cuatro temas básicos: 1) la credibilidad del testimonio efectuado por la menor víctima; 2) alcance probatorio de los dictámenes psiquiátricos; 3) retractación y credibilidad de los testimonios de descargo y 4) de las inferencias lógicas (indicios) realizados por el A quo.	
OBITER DICTUM	<p>-las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, sicológicas, etc., de una persona no la excluye de ser sujeto pasivo de un delito sexual, puesto que lo que se busca proteger es la libertad sexual y la dignidad de las personas, esto es, el derecho que se tiene para disponer del cuerpo en el ámbito erótico sexual como a bien tenga.</p> <p>-Como la actividad probatoria tiene que estar circunscrita durante el transcurso de la actuación procesal a la verificación o refutación de los hechos jurídicamente relevantes del caso contenidos en la acusación, o a la demostración de un enunciado fáctico del cual se pueda extraer de manera lógica una conclusión acerca de la verdad o falsedad de los mismos, refulge como evidente que no puede ser objeto de prueba la vida íntima o sexual de la víctima.</p> <p>-La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.</p> <p>-En este orden de ideas, la variable argumental propuesta por el casacionista, vale decir, “el que generalmente miente en parte</p>	

	<p>generalmente miente en todo”, no es admisible ni válida como regla de experiencia, en razón a que no se ha determinado su vocación de reiteración y universalidad, por un lado, y, por el otro, porque la práctica judicial enseña lo contrario, esto es, que no necesariamente el contenido íntegro de lo expresado por el testigo es siempre, y ni siquiera casi siempre, mendaz, cuando se descubre la falacia en alguno de sus apartados.</p> <p>-El factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, [...] en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida</p>
TESIS O RATIO DECIDENDI	<p>Si los exámenes psiquiátricos evidenciaban que M. M. C. carecía de trastornos mentales o de cualquier tipo de alteración en la personalidad, al contrario de lo afirmado por Manuela Chalá Martínez, era razonable colegir que la deponente no tenía fundamento alguno para cuestionar el estado de sanidad mental de su hija, ni para sostener razonablemente que lo denunciado por ella en un inicio no se correspondía con la realidad</p> <p>En el presente caso, en el que la víctima fue una joven de catorce años de edad, que tenía una relación de subordinación laboral frente a uno de sus agresores y que se vio en inferioridad tanto numérica como psicológica a la hora de contrarrestar los requerimientos de la pareja, para la Sala ninguna duda razonable se presenta a la hora de concluir que, en esas condiciones, la simple alusión a un arma de fuego contribuyó a que ella obrara en contra de su voluntad.</p>
REGLAS DOGMATICAS	
POLO DE RESPUESTA	El dictamen psiquiátrico es prueba directa (pero solo en punto a que la menor no tenía problemas mentales como adujo la denunciante en su retractación)
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	Según la Corte Suprema, al existir una prueba directa, clara e incontrovertible como la señalada acerca de la participación y responsabilidad de los procesados, deviene en intrascendente profundizar en cualquier análisis respecto de las inferencias (indicio de mentira, indicio de hallazgos en el cuerpo de la víctima e indicio de ofrecimiento de dádivas) que el funcionario de primera instancia haya elaborado con el ánimo de respaldar desde el punto de vista probatorio la veracidad de tal declaración
CLASE DE SENTENCIA	Sentencia meramente CONFIRMADORA de principio
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 7 de septiembre de 2005 radicado 18455	
Sentencia del 11 de abril de 2007 radicado 23593	
Sentencia del 23 de enero de 2008 radicado 20413	

RADICADO: 29609	FECHA: 17 de septiembre de 2008	M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
TEMA:	La prueba de referencia y la prueba pericial en los delitos sexuales	
HECHOS	Según los registros procesales el 18 de mayo de 2006, P. A. E. S., de 12 años de edad, rindió declaración jurada ante un agente investigador adscrito a la Fiscalía Seccional de Cali (Valle), en la cual narró que desde cuando tenía 6 años, MIGUEL ANTONIO PARRA CASTAÑO, esposo de su tía Soraya Jiménez, la sometía a prácticas libidinosas, y que el sábado santo de ese año (15 de abril), fecha en la que fue a dormir con sus hermanos a la casa de ésta, aquél aprovechando que su cónyuge había salido a una reunión, puso a los niños a jugar con el computador, mientras que a ella la llevó a una habitación del primer piso del inmueble, le quitó el pantalón de la pijama, hizo él lo mismo, la acarició y besó sus partes íntimas, le introdujo el pene en la boca y luego lo frotó contra la zona genital de ella hasta eyacular	
PRIMERA INSTANCIA	El Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali, profirió el 12 de octubre siguiente condena contra el procesado por los delitos de acceso carnal abusivo, en concurso material con actos sexuales con menor de catorce años, ésta en concurso homogéneo.	
SEGUNDA INSTANCIA	Del fallo de primer grado apeló la defensa, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), mediante sentencia de 30 de noviembre de 2007, lo revocó y absolvió al acusado por estimar que los elementos de convicción presentados por la Fiscalía para acreditar las conductas punibles y la responsabilidad del acusado eran pruebas de referencia	
PROBLEMA JURÍDICO:	El problema jurídico que la Sala está avocada a resolver consiste en dilucidar si los elementos probatorios con los que en primera instancia se fundamentó la condena contra el procesado tienen el carácter exclusivo de prueba de referencia y, por lo tanto, atendida la tarifa negativa que para esa clase de medios de convicción prevé el artículo 381, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, ese fallo debía ser revocado como lo dispuso el Tribunal acogiendo la solicitud la defensa —reiterada en ésta sede—, o si, por el contrario, como lo sostienen el fiscal impugnante y la Agente del Ministerio Público, el material demostrativo ostenta condición diversa, idónea y suficiente para arribar a la certeza del delito y la responsabilidad del acusado.	
OBITER DICTUM	Se hace necesario ante todo aclarar que una cosa es la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia (artículo 379 y 438 ídem), lo cual está ligado con el debido proceso probatorio, y otra su capacidad para servir como medio de conocimiento en grado de certeza de los elementos de la conducta punible (artículo 9, Ley 599 de 2000), ya que ese aspecto, es decir, su poder suasorio, el ordenamiento procesal adjetivo expresamente lo tarifó de manera negativa en todos aquellos eventos en que no se disponga de otros medios de prueba distintos que la robustezcan (artículo 381). Finalmente, una vez acreditado que en éste asunto el aporte de la declaración de la víctima de los abusos sexuales se hizo a través del testimonio del agente investigador Jorge Alberto Aluma Moreno,	

	<p>constituyendo ello prueba de referencia admisible, pues se justificó razonablemente con elementos de convicción, legalmente incorporados, la imposibilidad de hacer comparecer a P. A. E. S., para que declarara en el juicio, resta a la Sala por ocuparse de sí, como lo afirmó el adquem al conceder la razón al defensor, en verdad no hay otro medio de conocimiento que corrobore el de “referencia</p> <p>Sintetizando, en el modelo acusatorio actual, la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de <i>igualdad de armas</i>; y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral —o mediante video conferencia (artículo 419 ídem)—, exigencia que atiende a la necesidad de salvaguardar los principios de contradicción e intermediación sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento y que, como ya se anotó, está sujeta a las reglas del testimonio, pues las partes, según lo disciplinan los artículos 417 y 418 de la Ley 906 de 2004, interrogan y conainterrogan al perito acerca de los temas previamente consignados en el informe, con el fin de que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez</p> <p>Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia. Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.</p>
<p>DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA</p>	<p>El juzgado 14 Penal del Circuito de Cali el 12 de octubre siguiente condena contra el procesado por los delitos atribuidos en la acusación, al encontrar acreditada su materialidad y la responsabilidad de éste con el testimonio del agente investigador Jorge Alberto Aluma Moreno, mediante el cual se introdujo la declaración rendida por la víctima de los reatos debido a la imposibilidad de practicarla en el juicio, y con el dictamen del psiquiatra Oscar Armando Díaz Beltrán respecto del estado psicológico de la joven agraviada, forense que rindió testimonio en la audiencia pública y reiteró su conclusión acerca de la congruencia y coherencia del relato que de los sucesos hizo ella en su presencia, y la correspondencia de los sentimientos expresados por ésta hacia ese episodio.</p>
<p>DECISIÓN SEGUNDA INSTANCIA</p>	<p>el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), mediante sentencia de 30 de noviembre de 2007, lo revocó y absolvió al acusado por estimar que los elementos de convicción presentados por la Fiscalía para acreditar las conductas punibles y la responsabilidad del acusado eran pruebas de referencia, y debido a la prohibición del artículo 381, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004, la sentencia condenatoria no podía fundarse exclusivamente en tales medios de prueba, decisión contra la que interpuso recurso extraordinario de casación el fiscal.</p>

RATIO DECIDENDI	<p>- Le asiste, entonces, razón al planteamiento del casacionista, acerca de que la declaración de Jorge Alberto Aluma Moreno, no sólo fue aceptada como prueba de referencia por estar cabalmente justificada la indisponibilidad del único testigo directo de los hechos, esto es, la menor P. A. E. S., sino que, justamente, la misma declaración constituyó prueba directa, como testigo de reconstrucción, de las circunstancias posteriores al acaecer criminoso, determinantes de que se admitiera a través de aquél leer el contenido de la declaración que rindió la menor el 18 de mayo de 2006.</p> <p>la afirmación del ad-quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden carece de fundamento legal, pues en el caso concreto la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar.</p>
REGLAS DOGMATICAS	<p>-El testimonio del agente investigador Jorge Alberto Aluma Moreno tiene contenidos que deben ser valorados como prueba directa y otros como prueba de referencia admisible.</p> <p>- la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar</p>
POLO DE RESPUESTA	La entrevista recibida al menor e ingresada a través del testimonio del psicólogo, es prueba directa.
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	<p>Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presencié los hechos, la menor fue valorada por este, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal para hablar de testigo directo.</p> <p>En consecuencia, el conocimiento indirecto que se obtiene a través de la prueba de referencia incorporada con el testimonio del agente Jorge Alberto Aluma Moreno, y el que <u>por vía directa se consigue con el dictamen del perito psiquiatra,</u> reforzado con las explicaciones suministradas en su testimonio, permite superar cualquier duda acerca de la existencia de las conductas punibles y la responsabilidad del procesado, sin que haya espacio a demeritar los elementos de persuasión aludidos de cara a una tarifa probatoria que en el asunto analizado no es operante por las razones anotadas</p>
CLASE DE SENTENCIA	SENTENCIA HITO MODIFICADORA DE LÍNEA
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia 30 de marzo de 2006 radicado 24468	
Sentencia del 2 de noviembre de 2006 radicado 26089	
Sentencia del 6 de marzo de 2008 radicado 27477 (sobre prueba de referencia)	

RADICADO: 29678	FECHA: 5 de noviembre de 2008	M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO
TEMA:	Credibilidad del testimonio del menor	
HECHOS	<p>El jueves 1 de abril de 2004, al interior de las instalaciones del Hogar Comunitario “Los quince traviesos” de la ciudad de Bogotá, JOSÉ EMELÍAS ESTUPIÑAN AMAYA realizó tocamientos al área genital de la niña J.P.S., quien para ese momento contaba con dos años y ocho meses de edad, y quien dio cuenta de ello a su abuela (Blanca Inés) y a su mamá (Marisol Salazar Ardila).</p> <p>Con ocasión de la información de la niña, su progenitora la revisó y encontró que no estaba quemada pero la zona genital presentaba una fuerte coloración roja, y la niña le contó que “...el papá de Viviana le había cogido su cuquita y se había acostado con ella en la colchoneta”.</p> <p>En el transcurso de la noche, según la denunciante, la niña lloró cuando miccionó, se tornó agresiva, no quería ir a dormir, no quería que le apagara la luz ni el televisor, no le permitió acariciarla y dormida pedía que no la tocaran; a la mañana siguiente reiteró que “...el papá de Viviana” le había manipulado los genitales.</p> <p>Al otro día la llevó al Instituto Nacional de Medicina Legal donde la niña relató al médico legista que “el papá de Viviana” le había tocado los genitales, se le practicó un dictamen sexológico que no encontró signos de desfloración, tono anal normal, no obstante, presentó “...edema y eritema del área vulvar, dos laceraciones leves al lado y lado de la cara interna de los labios menores, hallazgo compatible con el relato ofrecido por la menor, quien aseguró que el papá de Viviana le había manipulado sus genitales.</p>	
DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA	El Juzgado Quince Penal del Circuito de descongestión de Bogotá profirió sentencia condenatoria el 10 de noviembre de 2006 por actos sexuales abusivos con incapaz de resistir agravado por el carácter o posición del victimario, que impulsa a la víctima a depositar en él su confianza	
DECISIÓN SEGUNDA INSTANCIA	<p>La condena fue impugnada por el defensor del sentenciado y el 28 de noviembre de 2007 revocada por el Tribunal Superior de Bogotá que lo absolvió por duda, pues no se demostró que “...el papá de Viviana” (según la versión de la niña) fuese JOSÉ EMELÍAS ESTUPIÑAN AMAYA, pues no se demostró que tuviese capacidad para identificarlo, en tanto que existen más niñas con el mismo nombre, <i>ii</i>) no encontró acreditado que el acusado hubiese estado en el jardín infantil el día de los hechos, pues permanecía en el trabajo de contratista desde las siete de la mañana hasta las ocho de la noche; <i>iii</i>) sostuvo que la niña no ratificó ante un funcionario judicial las imputaciones contra el procesado; <i>iv</i>) que la madre de la víctima vive prevenida por las informaciones noticiosas sobre abusos a los niños y que, al evidenciar un desarreglo en la zona genital producido algunas veces por desaseo, otras por actos de autoerotismo infantil, se sugestionó e influyó en la psique de su hija para que inculpara al enjuiciado Por esas razones –dijo- no hay prueba directa que incrimine al encausado, y la versión que la niña le dio al médico legal que atendió el caso carece de validez porque el médico no es persona</p>	

	<p>autorizada por la ley para recibir testimonios; se trata de un testigo referencial.</p>
PROBLEMA JURÍDICO:	<p>Determinar si existe prueba suficiente para condenar al acusado o si debe confirmarse la decisión absolutoria del A quem, por existir duda a favor del procesado</p>
OBITER DICTUM	<p>De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad.</p> <p>Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas.</p> <p>El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva</p> <p>A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.</p>
RATIO DECIDENDI	<p>la Sala encuentra que se cuenta con prueba directa de cargos contra JOSÉ EMELÍAS ESTUPIÑAN AMAYA, y que el Tribunal incurrió en graves errores en la contemplación articulada de esas pruebas, como pasa a demostrarse:</p> <p>Se apartó el juzgador de segunda instancia de la más elemental regla del sentido común y de la experiencia, cual es la capacidad de un niño de condiciones psíquicas normales (de dos y medio años de edad para entonces) para identificar a plenitud a las personas con quienes mantiene relación directa, bien por razones de familiaridad o por razones del cuidado que les brindan en los hogares infantiles (jardines).</p> <p>La niña tenía plena capacidad de individualizar a su agresor en razón de que pasaba todo el día, de lunes a viernes, y durante un año y tres meses en el jardín infantil, por manera que siendo JOSÉ EMELÍAS ESTUPIÑAN el esposo de Elsa –la Directora del establecimiento- era una persona reconocida (de un año y tres meses atrás), que representaba autoridad para la víctima, en tanto era el esposo de la Directora del plantel infantil</p> <p>La Sala encuentra débil el argumento del ad quem, además, una apreciación detenida de las pruebas indica que el procesado estuvo en el plantel el día de los hechos y que frecuentemente tenía acceso a los niños en cualquier hora del día:</p> <p>La Sala debe precisar que el sistema judicial no exige al niño ratificar su queja ante funcionario judicial alguno como condición para fundamentar (o excluir) el juicio de responsabilidad.</p> <p>Tratándose de menores víctimas de agresiones, el sistema judicial penal requiere del apoyo de personal auxiliar, psicólogos, médicos, técnicos, peritos, funcionarios que fungen como fuente directa del conocimiento de los hechos, cuyo aporte se constituye en medio de convicción apreciable;</p>

	Por la importancia del tema sustancial de la demanda (apreciación del testimonio de los niños), la Sala ratifica el criterio pacífico según el cual, los testimonios de menores, de personas de la tercera edad, o de seres humanos que puedan tener la condición de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, o alguna condición moral que pueda descalificarlos socialmente (diversidad sexual, cultural, condición social, profesión, raza, etc.) no están condicionadas a ningún tipo de tarifa (positiva o negativa) por la mera condición del testigo.
REGLAS DOGMATICAS	La fuente del conocimiento, bien sea directa –como el testimonio de la víctima-, o bien indirecta, como el testimonio (de oídas) de quienes acceden al conocimiento, tiene que apreciarse de conformidad con el sistema de persuasión racional.
POLO DE RESPUESTA	La entrevista realizada por el psicólogo a la menor es prueba directa
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	En el caso de delitos sexuales donde las víctimas son menores de edad, como su dicho tiene una especial confiabilidad no puede ser descalificado por el hecho de su edad, por ende las versiones que estos exponen ante psicólogos o demás peritos, considerados como herramientas de apoyo de la función judicial constituyen prueba directa de los hechos.
CLASE DE SENTENCIA	Sentencia CONSOLIDADORA de línea
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 19 de febrero de 2008 radicado 28742	
Sentencia del 26 de enero de 2006 radicado 23706 (sentencia fundadora)	
Sentencia del 30 de marzo de 2006 radicado 24468	

RADICADO: 31950	FECHA: 19 de agosto de 2009	M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
TEMA:	el juicio de valoración del perito psicólogo	
HECHOS	<p>Entre los meses de agosto y noviembre de 2007, la profesora Mercedes Rojas Melo, quien para la época laboraba en un jardín infantil del municipio de Silvania (Cundinamarca), advirtió que uno de sus alumnos, el niño D.S.P.R., observaba comportamientos irregulares, no acordes con sus 4 años de edad, pues, se tocaba el pene con mucha frecuencia, se escondía debajo de las mesas para besar y acariciar a sus compañeras, presentaba continuas erecciones y con ella, particularmente, se mostraba bastante cariñoso, pero no en la forma en que lo hace un niño, ya que en algunas ocasiones se excitaba.</p> <p>Como el menor hizo caso omiso a los reiterados llamados de atención de la profesora, esta optó por confrontarlo, persuadiéndolo con golosinas, convencida de que dicho comportamiento <i>“había sido infundido por alguien”</i>. Fue así como el infante le narró que <i>“don Nilson”</i>, el papá de su compañera Nicoll y dueño de un almacén de bicicletas ubicado en su vecindad, lo encerraba en el baño del local, en donde le tocaba <i>“el pipí y la colita”</i>, a cambio de dulces.</p> <p>La anterior conversación fue escuchada por el niño N.V.C., de la misma edad del anterior, quien se acercó a la educadora Rojas Melo para comunicarle, si le daba golosinas, que a él también el señor de la <i>“bicicletería”</i> lo entraba al baño, y allí le cogía el <i>“pene y la colita”</i>, en presencia del infante A.S.S.R., de 3 años de edad.</p> <p>Luego de lo anterior, la profesora Rojas Melo enteró de lo sucedido a los padres de los menores, uno de los cuales, Juan Carlos Valbuena Palomino, presentó denuncia penal el 1 de diciembre de 2007, en contra del señor NILSON RUBIO FUENTES, propietario del almacén de bicicletas referido y padre de la niña Charuth Nicoll, compañera de estudio de los menores abusados.</p>	
DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA	El juzgado de conocimiento dictó sentencia el 1 de septiembre de 2008, en la cual condenó a NILSON RUBIO FUENTES, como autor del concurso delictual por el cual se le acusó judicialmente, a las penas principal de 74 meses de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.	
DECISIÓN SEGUNDA INSTANCIA	El fallo en comento, que fue apelado por el defensor del acusado, lo confirmó parcialmente la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, el 20 de febrero de 2009. En efecto, el <i>Ad quem</i> revocó la condena respecto del menor A.S.S.R., dejándola incólume en relación a las víctimas D.S.P.R. y N.V.C.; en razón a ello, readecuó las sanciones principal y accesoria, las cuales redujo a 71 meses.	
PROBLEMA JURÍDICO:	Determinar si hubo un falso juicio de raciocinio por parte de las instancias al valorar la prueba recaudada en el juicio oral	
OBITER DICTUM	La prueba pericial en el contexto de Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) goza de una reglamentación especial en orden a su producción y valoración. En la reconstrucción de los hechos que constituyen el objeto del	

	<p>proceso, es frecuente que alguna de esas circunstancias, ya sean principales o accesorias, se refieran a cuestiones en las que el juez, como destinatario de la prueba, no tenga los conocimientos suficientes para apreciarlas y construir eficaz y acertadamente su valoración, es por ello por lo que del perito se espera que mediante sus opiniones o conclusiones pueda ayudar al fallador a adjudicar la controversia, cuando en ella está presente una materia especializada, técnica o científica que, de ordinario, rebasa los conocimientos del juzgador promedio.</p> <p>Según el artículo 405 de la citada legislación, es procedente la prueba pericial cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, disponiendo el precepto en cuestión que “Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio”.</p> <p>De acuerdo con los artículos 412 a 415 de la Ley 906 de 2004, las partes, cuando sea menester y atendido el principio de libertad probatoria (artículo 373 ídem), pueden solicitar al juez en la oportunidad pertinente, valga decir, al inicio del descubrimiento probatorio luego de la formulación de la acusación, o en la subsiguiente audiencia preparatoria, que se tengan en cuenta informes presentados por peritos oficiales o particulares cuya idoneidad esté debidamente certificada, y solicitar que estos sean citados al juicio oral y público para ser interrogados en relación con esos dictámenes o para que los rindan en audiencia.</p> <p>El artículo 415 ídem consagra perentoriamente que <u>toda declaración de perito debe estar precedida de un informe resumido en el que se exprese la base de la opinión experta</u> pedida por la parte que propuso la prueba, y que dicho informe necesariamente ha de ser puesto en conocimiento de los demás sujetos con no menos de cinco (5) días de anticipación a la práctica de la sesión de audiencia pública en la que se recepcionará la peritación, esto, sin perjuicio de lo normado en el respectivo código procesal acerca del descubrimiento de los medios de prueba, y que <u>en ningún caso</u> el referido informe será admisible como evidencia <u>si el perito no declara oralmente en el juicio</u>.</p> <p>Sintetizando, en el modelo acusatorio actual, la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de igualdad de armas; y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral —o mediante video conferencia (artículo 419 ídem)—, exigencia que atiende a la necesidad de salvaguardar los principios de contradicción e inmediación sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento y que, como ya se anotó, está sujeta a las reglas del testimonio, pues las partes, según lo disciplinan los artículos 417 y 418 de la Ley 906 de 2004, interrogan y conainterrogan al perito acerca de los temas previamente consignados en el informe, con el fin de que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez.</p>
--	---

	<p>Entre las labores de los peritos oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa. Para tal efecto los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente, o analizan la información por él suministrada, u otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional y rendir el informe que será la base de su dictamen.</p> <p>6.2. Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia.</p> <p>Tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analizan la información suministrada por los mismos.</p> <p>Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra- interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.</p> <p>Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras</p> <p>Es trascendente destacar así mismo, que la doctora Luz Estella Rodríguez Mesa, no examinó a los infantes, pues el contra informe (sic) está encaminado a evaluar el peritaje psicológico, como ella misma lo señaló, mientras que la doctora Lilia Agudelo Becerra, sí tuvo contacto con ellos, los examinó, etcétera, y por ende sus conclusiones están fundadas en la percepción directa, de suerte que aún admitiendo la existencia de otras técnicas para la elaboración de la experticia, ello per se, no descalifica las conclusiones obtenidas con los métodos empleados en la valoración, pues del contra informe (sic) no se puede inferir que los relatos de los infantes sean falaces o indignos de credibilidad”.</p>
<p style="text-align: center;">RATIO DECIDENDI</p>	<p>En cuanto a la declaración de la profesora Mercedes Rojas Melo puede decirse que esta deponente es testigo directo frente al comportamiento sexualizado de uno de los infantes, pero testigo de referencia en cuanto a la efectiva ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del imputado. Los progenitores, una vez enterados de los abusos a que eran sometidos sus vástagos, procedieron a interrogarlos y todos ellos, que ya habían advertido su anormal comportamiento sexual, escucharon de sus propias palabras que en efecto su vecino, “<i>don Nilson</i>” el de la “<i>bicicletería</i>”, era quien les hacía los tocamientos.</p>

	<p>El investigador criminalístico José Fernando Galindo Sanmiguel, entrevistó a los menores D.S. y N.V., en presencia de la doctora Merín Inés Lago Farfán, defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sede de Fusagasuga y en el desarrollo del acto, los infantes reiteraron que el señor Nilson, propietario del almacén de bicicletas y referido por uno de ellos como persona de <i>“pipí pequeño”</i>, era quien les <i>“bajaba los pantalones y les tocaba el pene y la colita”</i>, a cambio de chocolatinas y bombones (dichas entrevistas es que fueron introducidas en la fase probatoria del juicio oral, a través del investigador Galindo San miguel)</p> <p>Y, como si fuera poco, el 4 de diciembre de 2007 los menores volvieron a relatar lo ocurrido, cuando fueron valorados psicológicamente por la profesional Lilia Agudelo Becerra, quien además de presentar el riguroso informe, rindió declaración jurada en el juicio oral, ratificando la acusación de aquellos se menciona para resaltar que constituye otra vía probatoria, diferente a las mencionadas, a través de la cual se conoce el relato de los niños acerca del abuso sexual de que fueron víctimas y la identidad de su victimario.</p> <p>Ello para resaltar que los niños, en cada uno de los momentos en que tuvieron que repetir la versión de lo acaecido, fueron contestes y coherentes, no solo en cuanto a la forma en que fueron agredidos en su integridad sexual, sino también frente a la identidad del autor del protervo acto.</p> <p>Lo cierto del asunto es que por lo menos la psicóloga Lilia Agudelo Becerra, a diferencia de la profesional Luz Estela Rodríguez Mesa, se entrevistó directamente con los menores afectados y lo que contiene su dictamen, en cuanto a lo narrado por ellos, coincide con lo que fue aportado por otras vías testimoniales.</p> <p>En efecto, hace saber que los niños D.S.P.R. y N.V.C. fueron evaluados por tres sicólogas del Instituto de Bienestar Familiar, habiendo sido ella la responsable de hacer el concepto final. Así, tras explicar el procedimiento y las técnicas empleadas, aduce que en el examen lograron evidenciar que los menores estaban siendo <i>“manoseados por contacto”</i>, es decir, abusados, lo cual repetían en su entrevista de manera <i>“espontánea y natural”</i>. Lo cierto del asunto es que por lo menos la psicóloga Lilia Agudelo Becerra, a diferencia de la profesional Luz Estela Rodríguez Mesa, se entrevistó directamente con los menores afectados y lo que contiene su dictamen, en cuanto a lo narrado por ellos, coincide con lo que fue aportado por otras vías testimoniales, según se reseñó en el capítulo anterior.</p>
REGLAS DOGMATICAS	que haya estimado que el presunto abusador vivía cerca de la casa de los menores, tampoco es descabellado, como quiera que la experiencia y las estadísticas demuestran que este tipo de comportamientos suelen ser cometidos por personas cercanas a sus víctimas, unas veces por razones familiares, otras por vecindad.
POLO DE RESPUESTA	El testimonio del entrevistador es prueba directa
DECISIÓN:	NO CASA

CONCLUSIÓN:	En sentir de la Sala, no existe reparo alguno que en casos donde los menores son de corta edad, se introduzca por la vía indicada, las entrevistas de los niños, pues en su sentir ello se aviene a lo establecido en los artículos 150 y 194 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), reguladores, en su orden, de la práctica de testimonios por parte de los niños, niñas y adolescentes, y las audiencias en los procesos penales en que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea un menor de 18 años.
CLASE DE SENTENCIA	CONFIRMADORA DE LINEA
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 30 de marzo de 2006 radicado 24468	
Sentencia del 17 de septiembre de 2008 radicado 29609 (prueba de referencia)	

RADICADO 32972	FECHA: 3 de diciembre de 2009	M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ
TEMA:	El testimonio de la psicóloga como prueba de referencia	
HECHOS	<p>A finales de junio de 2007, en la ciudad de Bogotá, la señora JINETH SAAVEDRA SÁNCHEZ leyó el diario de su hija menor G.P.R.S. de 11 años de edad, el cual daba cuenta de las prácticas sexuales a las que había sido sometida por parte de su padrastro FRANCISCO JAVIER ALDANA.</p> <p>Confrontada la menor por su madre, admitió haber sido víctima de múltiples tocamientos y besos en la cara, los senos, los glúteos, la vagina, frotamientos del pene en el área vaginal y anal e introducción del miembro viril en su cavidad bucal, desde que tenía escasos 5 años.</p>	
PROBLEMA JURÍDICO:	La Corte busca determinar si las causales invocadas por el libelista son suficientes para admitir la demanda	
DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA	El 22 de mayo de 2009, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Conocimiento profirió sentencia condenatoria contra Francisco Javier Aldana como “autor de los delitos de acceso carnal con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con acto sexual con menor de catorce años agravado ambos en concurso homogéneo”.	
DECISIÓN SEGUNDA INSTANCIA	El 16 de julio de 2009, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, modificó los numerales primero y segundo del fallo para imponer las penas de 154 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.	
OBITER DICTUM	<p>Ninguna de las reglas de argumentación jurídica mencionadas fueron atendidas por el recurrente, pues más allá de manifestar su inconformidad con la apreciación que los juzgadores brindaron al testimonio de la menor, no formuló ningún reproche concreto que evidencie la configuración de algún yerro de raciocinio.</p> <p>De otro lado, frente a los testimonios de Jineth Saavedra Sánchez – madre de la menor- y Nidia L. Cabezas Blanco –perito psicóloga- el recurrente acusa al Ad quem de apreciarlos equivocadamente, por cuanto los tuvo como testigos directos, siendo que son “<i>pruebas de referencia no aptas para condenar</i>”.</p> <p>en la sistemática acusatoria en virtud del principio de inmediación previsto en el artículo 379 de la Ley 906 de 2004, las pruebas objeto de apreciación deben ser las practicadas y controvertidas en el juicio oral, es decir, las percibidas directamente por el juzgador. Sólo excepcionalmente puede admitirse la prueba de referencia en los casos del artículo 438 ibídem.</p> <p>Es así, que esta clase de medio probatorio se hace viable en los eventos enunciados en el precepto legal, de forma tal que es posible dar mérito a declaraciones recibidas por fuera del debate oral, cuando no es posible practicarlas en él, siempre y cuando el fallo no se funde exclusivamente en prueba de referencia.</p>	
RATIO DECIDENDI	En el caso objeto de estudio, ni la declaración de la psicóloga forense en el juicio oral ni la de la madre del menor en el mismo escenario, constituyen pruebas de referencia, pues ciertamente no se practicaron	

	<p>fuera del debate oral y mucho menos fueron las únicas que sirvieron como fundamento de la sentencia condenatoria, pues los juzgadores también se apoyaron en el testimonio de G.P.R.S. y en las hojas del diario encontradas por su progenitora También es bueno precisar que los testimonios de Jineth Saavedra Sánchez –madre de la menor- y Nidia L. Cabezas Blanco –perito psicóloga- tampoco constituyen pruebas de oídas, como pareciera entenderlo el demandante pues así como lo consideraron los juzgadores la percepción de ciertos hechos por ellas fue directa y personal, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004 cuando exige que el testigo únicamente pueda declarar acerca de aspectos que directa y personalmente hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.</p> <p>Ciertamente, la primera de las testigos, declaró en torno al hallazgo casual del diario de su hija en el que confesaba su “<i>gran secreto</i>”: las relaciones de carácter sexual con su padrastro, la confrontación con la menor para que le contara lo sucedido, su reacción ante la misma y el comportamiento anterior y posterior al descubrimiento de los acontecimientos por parte de la infante y, la segunda declarante, sobre los hallazgos clínicos y los efectos psicológicos causados en la menor con ocasión del trastorno de estrés postraumático, testimonios que evidentemente informaron a los sentenciadores sobre una serie de circunstancias percibidas directamente por sus sentidos y que de manera acertada fueron valorados en esa misma dimensión.</p>
REGLAS DOGMATICAS	Concretamente respecto del testimonio del menor, la Sala de Casación Penal reiteró que cuando ha sido sujeto de agresiones sexuales, la credibilidad frente a su relato, adquiere mayor relevancia en el ámbito probatorio.
POLO DE RESPUESTA	La entrevista realizada pro la psicóloga es prueba directa
DECISIÓN:	NO ADMITE LA DEMANDA
CONCLUSIÓN:	En este caso la Corte si bien insiste en que el testimonio de la psicóloga es prueba directa, ya no lo la trata como un testigo técnico, sino que son directas por el solo hecho de haberse practicado en el juicio oral, y haber sido percibido su dicho directamente por el juez, independientemente de si estuvieron o no al momento de los hechos pues en su sentir tienen un conocimiento directo sobre ciertas circunstancias percibidas al momento de la evaluación
CLASE DE SENTENCIA	Reconceptualizadora de línea
CITAS DE SENTENCIA	
Auto de julio de 2008 radicado 30092	
Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706	
Sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. Núm. 24468	

RADICADO 30612	FECHA: 3 de febrero de 2010	M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES
TEMA:	La prueba de referencia	
HECHOS	Refiere Lilibiana Gómez Montoya que el 4 de octubre de 2005, en horas de la noche, su hijo A.H.G. de tres años de edad le comentó que cuando iba a la casa de su padre LEOPOLDO ANDRADE, ubicada en la Calle 81 No. 7-36, éste jugaba con su colita colocándole un palito negro. Por ello, acudió ante una siquiatra que la remitió a la Fundación Creemos en Ti, donde evaluado por la sicóloga Mónica Patricia Vejarano el 7 de octubre de 2005, conceptuó que el caso debía ser puesto en conocimiento de las autoridades, porque evidenciaba la existencia del abuso sexual	
PROBLEMA JURÍDICO:	Es precisamente la última de las modalidades del error de hecho, esto es un falso juicio de convicción , lo que postula el censor a través del primer cargo subsidiario, en la medida en que en el centro de su razonamiento se dice que el legislador ha prohibido que la decisión de condena se edifique sobre la denominada prueba de referencia, lo que no es otra cosa que una tarifa probatoria que se impone en la apreciación reglada de ese clase de prueba testimonial	
OBITER DICTUM	el libelista sostiene que, en contra de expresa prohibición legal, el sentenciador fundó la decisión condenatoria exclusivamente en prueba de referencia, en particular en el dicho de la madre del menor y en la prueba pericial. Sobre la naturaleza del testimonio del perito sicólogo o siquiatra, la Corporación ha dicho: <i>“De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de (...), como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia</i>	
DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA	Conforme con lo anterior, el juzgado de conocimiento, mediante sentencia del 28 de febrero de 2007, absolvió a LEOPOLDO HERNÁNDEZ ANDRADE , decisión que fue apelada por la fiscalía y el representante de las víctimas.	
DECISIÓN SEGUNDA INSTANCIA	en sentencia del 6 de junio de 2008, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión del <i>a-quo</i> y, en su lugar, condenó a HERNÁNDEZ ANDRADE a la pena principal de 75 meses de prisión, a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por el mismo lapso, como autor de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, agravado (artículos 209 y 211-2-4 del Código Penal) . Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como también la prisión domiciliaria.	
RATIO DECIDENDI	En lo referente al fondo del argumento que propone el demandante, la Corporación encuentra que éste parte de un yerro que da al traste con la demostración del vicio denunciado, así como con la pretensión	

	<p>formulada. Lo anterior, por cuanto olvida que las pruebas reseñadas – el testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTOYA y la prueba pericial- no son de referencia, en el sentido en que lo entiende el legislador de 2004, en los siguientes términos</p> <p>El aserto precedente encuentra apoyo en que –como lo permiten ver los registros del juicio, de cara a la regulación legal reseñada- a través de su declaración, la madre del menor refirió lo que de manera directa y personal pudo percibir del comportamiento de su hijo, es decir, actitudes y expresiones que, ponderadas por el juzgador según las reglas y protocolos fijados por las ciencias que estudian el comportamiento humano, le resultaron compatibles con abuso sexual.</p> <p>Por otra parte, la intervención en el juicio del experto en psiquiatría fue el mecanismo para introducir al juicio una pericia, medio de prueba de naturaleza científica pues, como tal, involucra conocimientos técnicos en su práctica y conclusiones. De allí que pueda afirmarse que el dicho del profesional de la salud mental, como tampoco su estudio científico allegado, no configuran en este caso pruebas de referencia</p> <p>Y aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de este último, ello no permite calificarlo como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense.</p> <p>Fenómeno similar al anterior tiene lugar con el reconocimiento médico legal de lesiones personales, pues uno de sus elementos es la anamnesis del examinado, expresión que corresponde al relato que de los hechos hace este último. No obstante, como es sabido, ello no permite tener el peritaje de lesiones personales como prueba de referencia, pues su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que el legista percibe.</p> <p>Ahora bien, una interpretación en el sentido de que los expertos en psicología y psiquiatría que examinan a la víctima resultan ser testigos de referencia, deja ver una confusión entre los conceptos de testigo perito y testigo técnico, aspecto que conviene distinguir con apoyo en la jurisprudencia de la Corporación:</p> <p>Así, en tratándose del denominado testigo técnico –según la anterior distinción-, se dirá que éste puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se trata de introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del perito, pues éste interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su propio estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad</p> <p>Como lo ha fijado la Corporación y según lo visto en precedencia, el testimonio de los peritos y las atestaciones de la madre del menor abusado no son pruebas de referencia, entonces en sana lógica, el argumento que sustenta el cargo surge viciado, porque parte de</p>
--	---

	supuestos inexistentes pues no cumple con demostrar que los aludidos medios de convicción constituyen pruebas de referencia, razón por la cual, ninguna irregularidad existe en que, al lado de otros elementos de juicio, aquellos hubiesen contribuido a construir el juicio de condena.
REGLAS DOGMATICAS	ninguna
POLO DE RESPUESTA	El testimonio del psicólogo es prueba directa
DECISIÓN:	NO CASA
CONCLUSIÓN:	Es necesario reiterar que en verdad la Corte observa que los profesionales referidos no presenciaron los hechos sino que realizaron una valoración al menor y, en tal virtud, apoyaron las conclusiones de su estudio en el juicio oral, esto es, aportaron su conocimiento científico, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 estatuto penal adjetivo.
CLASE DE SENTENCIA	Confirmadora de principio
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257.	
Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128 (diferencia entre testigo técnico y perito)	

RADICADO 32868	FECHA: 10 de marzo de 2010	M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
TEMA:	Facultades probatorias del juez, preguntas sugestivas de las psicólogas,	
HECHOS	Los hechos objeto de la presente actuación fueron denunciados el 16 de noviembre de 2006, por el padre de la víctima, la menor A. L. R. F., el cual refiere que según narración de su pequeña hija, que a la sazón apenas descontaba tres años, el señor JUAN GABRIEL PEÑA MEJIA, quien se desempeñaba como conductor de la familia, sometió a ésta a tocamientos en su pecho y genitales, así como la introducción de los dedos por vía anal, en comportamiento vejatorio que tuvo ocurrencia durante los meses de octubre y noviembre de 2006, cuando la niña era transportada en el vehículo de uso familiar, desde la localidad de La Calera a la ciudad de Bogotá, a efectos de recibir tratamiento fonoaudiológico.	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	Concluido el debate del juicio, el juez 4 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, antes Juez 27 Penal del Circuito, anunció el sentido absolutorio del fallo.	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	La sentencia respectiva se profirió el 12 de febrero de 2009. Decisión que fue apelada por la Fiscalía y la representante de la víctima. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la confirmó integralmente, mediante providencia del 8 de julio del año en curso.	
PROBLEMA JURÍDICO:		
OBITER DICTUM	<p>Los juicios en los cuales el juez asume los intereses de una parte como propios, se encuentran viciados de nulidad y la sentencia que en dicho juicio se produce viola los derechos fundamentales de las partes a un juez independiente e imparcial.</p> <p>Ostensible asoma que las preguntas del juez se encaminan a verificar tópicos específicos y puntuales de lo referido por las testigos expertas, asunto que en el caso concreto no puede estimarse exótico, pues, el problema a desentrañar deriva si se quiere complejo, en tanto, la prueba nuclear de los hechos radica en lo dicho por una menor de apenas tres años, cuya declaración ha de examinarse al tamiz de las profesionales en cita.</p> <p>Previo a abordar de fondo lo controvertido por la impugnante, la Sala estima necesario precisar lo correspondiente al testimonio rendido por la menor en la audiencia de juicio oral y las entrevistas surtidas ante las profesionales, en aras de concluir que tanto la una como las otras se integran, motivo que obliga estudiarlas en conjunto.</p> <p>Es claro, así mismo, que la prueba tomada a partir de lo dicho por menores víctimas de delitos, demanda de especial cuidado por virtud de los derechos que se hallan en juego, la necesidad de no revictimizar al afectado y las limitaciones propias de su corta edad.</p> <p>Claramente la profesional señala que en atención al tipo de delitos atribuidos al procesado, tocamientos libidinosos e introducción de un cuerpo duro en la zona anal, y el momento en el cual se realizó el examen a la infante, resulta imposible hallar alguna evidencia, cicatriz o</p>	

	<p>rastró compatible con lo denunciado.</p> <p>El Ad quem, se valió de lo dicho en el informe, para concluir que no existe demostración acerca de la existencia del sangrado o “<i>violentos tocamientos</i>”, que pudieran determinar acceso carnal o acto sexual, dando el tribunal a lo dictaminado por la médico forense, un alcance que no posee, a pesar de comprender adecuadamente lo consignado en el peritaje.</p> <p>Si el Tribunal, en lugar de observar apenas el contenido del informe, hubiese escuchado lo dicho por la profesional de la medicina que evaluó a la menor, no habría llegado a la indebida conclusión que esa experticia verifica indemostrado el acceso o los actos sexuales.</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>-En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las psicólogas y la médico forense, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior</p> <p>-Ello ha conducido a que la Sala incluso advierta, en seguimiento de claras pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.</p> <p>-Resulta un verdadero despropósito analizar el testimonio del infante bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos.</p> <p>-Y si a lo anotado se suma que en el caso concreto la menor apenas descontaba tres años para el momento de los hechos y un poco más cuando hubo de someterse a las entrevistas propias del proceso penal, evidente asoma que lo dicho por ella debía ser verificado bajo el tamiz de tantas cuantas particularidades lo matizan.</p> <p>-No es posible, entonces, que de buenas a primeras se tome apenas lo ocurrido en curso de la audiencia de juicio oral, para colegir de ello, como si se tratara del testimonio de un adulto, que no se precisó la existencia de algún tipo de maniobra con contenido sexual ejecutada por el procesado.</p> <p>Lo anotado en precedencia acerca de la experiencia profesional y conocimientos de las psicólogas citadas por la Fiscalía, a lo cual se suma la descripción de los procedimientos y protocolos estudiados, sirve a la Sala para establecer que las entrevistas rendidas por la menor y las conclusiones vertidas por las peritos en la audiencia de juicio oral, obedecen a patrones técnico científicos indiscutibles, con un alto grado de especialización, profesionalismo y confiabilidad.</p> <p>“Las vivencias que ha tenido la menor en los hechos que se investigan, afectan psicológicamente su desarrollo personal (personalidad)”, existiendo correspondencia clínica entre los sentimientos expresados por ella al momento de recapitular los sucesos, motivo por el que recomendó someterla a ayuda psicoterapéutica”.</p> <p>Aunque inconcuso surge que la experticia no corrobora la prueba en la</p>

	<p>cual se sustenta la efectiva materialización de los delitos (variadas experticias de profesionales de la salud, atestaciones de la víctima, declaraciones de sus padres y otras personas cercanas a la infante), también inhesitable se alza que no la desvirtúa o debilita</p> <p>Desde esta perspectiva, si se conoce que tres distintas profesionales, además de la médica forense y la experta en fonoaudiología, entrevistaron a la menor y luego vertieron sus impresiones en la audiencia de juicio oral, mal puede deslegitimarse el efecto probatorio de lo expuesto, con una alusión genérica e imprecisa acerca de la supuesta inducción, por lo demás ajena a lo que en estricto sentido se extracta del método utilizado por las profesionales, lo revelado ante ellas por la menor y las conclusiones coincidentes a las que llegaron las sicólogas.</p> <p>Ante la corta edad de la víctima, ese conocimiento buscado no podía operar directo, con solo interrogar y esperar la respuesta. Se hacía menester una previa inducción, para centrar a la menor en el tema, y una serie de estrategias que le permitieran manifestar lo padecido, conforme sus limitadas capacidades de expresión y tomando en consideración el efecto traumático que lo vivido le causó, no fuera que a través de esas entrevistas el mal se ahondase.</p> <p>Así lo dieron a conocer las profesionales, advirtiendo de las enormes dificultades que la práctica con la víctima comportó.</p> <p>También significaron ellas su experiencia en la materia y la validación que el método utilizado tiene dentro de la comunidad científica.</p> <p>Si el funcionario judicial pretende descalificar los métodos o conclusiones de las experticias, cuando menos debe penetrar a fondo en unos y otras, para significar en concreto qué de ello no obedece a pautas precisas o previamente avaladas por los pares de las sicólogas o dónde radica el error en las conclusiones.</p> <p>Ello dista mucho de haber ocurrido aquí, pues, la primera y segunda instancias jamás abordaron detenidamente lo vertido por cada una de las profesionales, contentándose con significar, como especie de petición de principio, que una sola de las sicólogas supuestamente sesgó la entrevista e indujo las respuestas, o es poco confiable porque presuntamente pretendió introducir que la menor señaló ocurridos los hechos en el automóvil familiar, pero el vídeo la desmiente.</p> <p>Para la Sala, es necesario puntualizarlo, las críticas de las instancias ningún alcance poseen, no sólo en atención a que se muestran aisladas y sin sustento, sino porque desconocen flagrantemente la condición de la víctima, menor de tres años, y las dificultades que encierra conocer de su propia boca lo ocurrido.</p> <p>Precisamente, el nivel de estudios, experiencia y profesionalismo de las expertas, ampliamente referenciado con su curriculum, a más de la directa vinculación con este tipo de delitos en menores, faculta advertir no sólo que ellas conocen el protocolo establecido para cribar la verdad en lo dicho por los infantes, sino la aptitud para dirigir la entrevista de manera adecuada a fin de evitar falsas acusaciones.</p> <p>No puede ser gratuito, además, que todas las profesionales coincidan en la existencia de síntomas evidentes de un abuso sexual que trajo</p>
--	---

	<p>consecuencias traumáticas a la víctima, claramente establecidas por razón del comportamiento inusual y retraso en el desarrollo de la infante.</p> <p>No sobra recalcar, para complementar lo antes referenciado, que también la médica forense encargada de realizar el examen físico a la menor, y la profesional en fonoaudiología actualmente ocupada del tratamiento de la víctima, coinciden en advertir que los síntomas hallados en ella se avienen completamente con el hecho traumático investigado.</p> <p>Tan amplia exposición de lo dicho por las varias profesionales encargadas de evaluar o tratar a la infante, permite verificar inconcuso que, en efecto, sí fue ella objeto vejámenes sexuales que se prolongaron en el tiempo, y su exposición es veraz cuando determina no solo la persona que ejecutó esas conductas, JUAN GABRIEL PEÑA MEJÍA -a quien llama "Juan" y lo refiere trabajando al servicio de la familia-, sino el tipo de maniobras padecidas –besos, tocamientos impúdicos y penetración por vía anal-, en todo coincidentes con los delitos por los cuales se llamó a juicio al procesado.</p> <p>En conclusión, si se tiene prueba de referencia admisible, pero a la par de ella se alzan otros elementos de prueba que en su conjunto verifiquen la existencia del delito y correspondiente responsabilidad del procesado, ningún cuestionamiento puede hacerse, ni mucho menos descalificarse, <i>per se</i>, ese medio indirecto.</p> <p>Hecha la precisión, debe la Sala significar que lo expresado por los padres de la menor, de ninguna manera puede entenderse prueba de referencia, pues, como lo señala la casacionista, no se trata de reemplazar con sus dichos lo que no pudo conseguirse ante la imposibilidad de que el testigo directo, diríase la víctima, concurriese a la audiencia de juicio oral, o no fuese factible recibir su atestación.</p> <p>Es claro que la víctima declaró directamente, ora en el juicio oral, ya a través de las entrevistas surtidas ante las sicólogas, la médica legista y la fonoaudióloga; y todas esas aseveraciones ingresaron legalmente al conocimiento del juez, referidas las mismas, cabe agregar, a lo padecido y la intervención en ello del acusado.</p> <p>Los principios de inmediación y contradicción, entonces, se hallan completamente a salvo, dado que, se repite, el testigo directo concurrió a la diligencia.</p> <p>Sucedo, sin embargo, que los padres de la menor, precisamente por su condición de infante, pueden contextualizar esa declaración suya y, además, refieren lo que les fue dado percibir directamente acerca del comportamiento de su hija respecto del procesado, para no hablar de los datos referidos a fechas y lugares.</p> <p>Bajo esa especial condición, los padres de la afectada entregan elementos de juicio valiosos, en tanto, si ya la menor directamente señaló, desde luego, con las limitaciones de su edad y acorde con lo que es posible interpretar gracias a lo contextualizado por las sicólogas encargadas de entrevistarla, que fue objeto de mancillamiento sexual a manos del acusado, lo referido por los padres acerca de los lugares y momentos en que tal sucedió, permite conocer esos aspectos</p>
--	---

	<p>imposibilitados de relatar por la víctima, operando no de referencia, sino complementario.</p> <p>Así como las sicólogas se hacen necesarias para delimitar el entorno y significado de lo manifestado por la menor, el testimonio de sus padres permite entender de manera más acabada qué fue lo padecido por la infante, cuándo se ejecutaron los hechos y cómo reaccionó ella frente a los mismos, hasta conformar, todo ello, el haz probatorio requerido para definir la responsabilidad penal del procesado.</p> <p>Y, en efecto, si se mira lo dicho por los padres de la menor, con ello, por sí solo, no está sustentándose que ésta fue vejada, ni mucho menos que lo acontecido vino consecuencia de lo ejecutado por el acusado, en tanto, como en precedencia se ha dilucidado ampliamente, lo declarado directamente por la menor permite llegar a esas conclusiones, aunque, desde luego, lo percibido directamente por los progenitores de la víctima, corrobora esas conclusiones.</p>
REGLAS DOGMATICAS	<p>El forense precisó que de acuerdo con su experiencia de más de veinticuatro años tratando casos de abuso sexual, podía opinar que los niños no son capaces de sustentar una mentira en temas sexuales</p> <p>En suma, para la Sala las entrevistas realizadas por las sicólogas y las conclusiones vertidas por ellas en sus correspondientes experticias, se advierten adecuadas y concordantes con lo que su profesión exige, razón por la cual habrán de ser acogidas en toda su extensión.</p> <p>Ya al comienzo del cargo se dejó sentada la condición especial que reviste lo dicho por el infante cuando éste es víctima de delitos sexuales y cómo, incluso, si su testimonio en el juicio resulta contraproducente o dañoso, debe acudirse, para la verificación de lo ocurrido, a lo expuesto por él en otros ámbitos, particularmente, en las entrevistas surtidas previamente.</p> <p>También se tiene determinado que lo dicho por el menor a los peritos, se introduce directamente por éstos con su dictamen, sin que pueda estimarse prueba de referencia.</p> <p>como regla de experiencia obligada de plasmar aquí, si no se discute que efectivamente la menor era objeto de mancillamiento sexual por parte del acusado, cuando podía él permanecer a solas con ella...resulta imperioso señalar que apenas natural resultaba reiterar ese tipo de comportamiento salaz en los frecuentes viajes a Bogotá, cuando nadie importunaba y podía pasar varias horas a solas con la niña</p>
POLO DE RESPUESTA	El testimonio de la psicóloga es prueba directa
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	<p>Es esa una evaluación bastante elemental que elude penetrar a fondo en las distintas aristas problemáticas que encierra lo dicho por la menor, desconociendo, de paso, que la verdad sólo puede hallarse a través de la verificación contextualizada de todo lo que dijo ella, no sólo en curso de esa diligencia final, sino ante las profesionales que la entrevistaron, y lo confiado a sus padres y la encargada de su cuidado en la vivienda familiar.</p> <p>Es que, sobraría anotar, no son necesarias las hondas disquisiciones que sobre el particular trajeron a colación las expertas citadas por la Fiscalía, para colegir, por simple sentido común, que a tan corta edad y soportando, como</p>

	<p>se demostró de manera inconcusa, el enorme efecto dañoso que en su desarrollo causó la situación traumática padecida, la víctima no estaba en condiciones de brindar una exposición directa, hilada y completa de los vejámenes.</p> <p>Sólo a partir de un análisis adecuado de sus varias manifestaciones, todas ellas fragmentarias, verificando el contexto de lo dicho, es posible delimitar cómo ocurrieron los hechos.</p> <p>cuando el Tribunal advierte, sin referencia expresa a todo lo recogido probatoriamente, que la menor no alcanza a brindar en la audiencia de juicio oral una exposición que permita advertir al procesado ejecutando algún tipo de acto libidinoso, o sostiene que ello no puede ser suplido con lo revelado por las sicólogas encargadas de entrevistarla, por considerar que fueron inducidas las respuestas, no sólo obvia referir la razón de sus dichos, sino que adelanta un examen simple y descontextualizado de la prueba, desconociendo esas características particulares que gobiernan el caso concreto</p> <p>si bien se refirió a lo declarado por la víctima, no leyó todo lo que ella expuso en los varios escenarios, incluso lo relatado en curso de la audiencia de juicio oral, y así equivocadamente concluyó:</p> <p>Se reitera, la declaración vertida por una menor de tres años no puede evaluarse con los mismos parámetros de validez y trascendencia que operan en los casos de los adultos, pero tampoco se requiere de mucha agudeza mental para entender, dadas las condiciones de la víctima y el tipo de delito endilgado, que cuando ella alude a un “clavo” y señala que le fue introducido por el “pipí”, generándole sangrado, necesariamente se está refiriendo a una penetración de contenido sexual, independientemente de cuál pudo ser el objeto utilizado para el efecto.</p> <p>De lo dicho por ambas instancias se extracta, en primer lugar, que ninguna de ellas estudió a fondo lo expresado por las profesionales, ni determinó en concreto el contenido de los conceptos y su efecto sobre el objeto del proceso. el Juez Penal del Circuito cuestiona únicamente la credibilidad de lo dicho por la Sicóloga Mónica Bejarano, pero ello finalmente asoma intrascendente, pues, se repite, el fallador de primer grado termina absolviendo porque la víctima no precisa ante las sicólogas esas circunstancias temporo espaciales echadas de menos.</p> <p>A su turno, el Tribunal parte de una premisa diferente, en tanto, significa que ni siquiera puede asumirse ejecutado algún tipo de maniobra sexual por parte del acusado, y sin mayores precisiones adviera que no es factible dar credibilidad a ninguna de las sicólogas, no solo “por virtud de la evidente inducción de las respuestas”, sino en atención a que la prueba debe ser analizada en conjunto.</p>
CLASE DE SENTENCIA	Confirmadora de principio
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia de febrero 4 de 2009 radicado 29.415	
Sentencia Del 17 de septiembre de 2008, radicado 29609	
Sentencia del 19 de agosto de 2009, radicado 31950	
Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23706	

RADICADO 33010	FECHA: 23 de junio de 2010	M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
TEMA:	Reglas de la experiencia en casos de delitos sexuales en menores	
HECHOS	<p>El suceso que fue sometido a conocimiento de la judicatura como núcleo de la acusación consiste en que durante el lapso comprendido entre los meses de noviembre de 2001 y junio de 2002, el acusado JUAN SEBASTIÁN VALENCIA ANDRADE realizó actos sexuales abusivos con su prima NCV, quien contaba con escasos 11 años de edad, en ese entonces.</p> <p>“En efecto, la niña visitaba a su muy apreciado consanguíneo en el apartamento que éste y sus padres habitaban en esta ciudad, a fin de utilizar un computador del que ella adolecía en su casa, e igualmente procurar su ayuda para la realización de los deberes escolares. En aquellas ocasiones éste le dio a conocer material pornográfico y luego, cuando se quedaba a dormir donde sus tíos, se pasaba a la cama donde reposaba y le tocaba sus partes íntimas</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	La fase del juicio correspondió al Juzgado Treinta y uno Penal del Circuito de esta ciudad, cuyo titular realizó las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, tras lo cual puso término a la instancia con la sentencia del 23 de junio de 2006, en la cual absolvió al acusado.	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	El fallo de primer grado fue recurrido en apelación por la Fiscalía, por cuyo medio el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó y, en su lugar, condenó a JUAN SEBASTIÁN VALENCIA ANDRADE.	
PROBLEMA JURÍDICO:	<p>El sentenciador no apreció las pruebas en conjunto, conforme lo exige el sistema de valoración probatoria de la sana crítica, pues reconoció aptitud persuasiva únicamente a la versión de la denunciante.</p> <p>En su sentir, los dictámenes periciales fueron algunas de las pruebas a las cuales el Tribunal les negó toda aptitud probatoria. Dichos elementos de convicción, añade, señalan que la presencia de secuelas es “conditio sine qua non” en abusos sexuales y, además, refieren la inexistencia de aquéllas en la menor</p> <p>Si bien los peritos también dictaminaron que las secuelas pueden aparecer posteriormente, estima violatorio de las leyes de la ciencia o de las reglas de la experiencia no valorar a favor del procesado su inexistencia actual, pues principios de la sana crítica de la aludida naturaleza indican que las secuelas después de un abuso sexual constituyen un juicio de necesidad y no un simple pronóstico o probabilidad</p>	
OBITER DICTUM	<p>-El falso raciocinio se presenta cuando el juzgador al apreciar las pruebas incurre en vulneración de los principios de la sana crítica, integrados por las reglas de la experiencia, las leyes de la ciencia y los postulados lógicos.</p> <p>-Como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala, las reglas de la experiencia son todas aquellas “generalizaciones que se hacen a partir del cumplimiento establece e histórico de ciertas conductas similares</p> <p>-Para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico,</p>	

	<p>así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B</p> <p>-El principio lógico de razón suficiente, lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala, se traduce en la regla según la cual ningún hecho o enunciación puede existir o ser verdadero sin que para ello haya una razón suficiente</p> <p>En otras palabras, como lo ha expresado también la Corte: <i>"...para considerar que una proposición es completamente cierta, debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo.</i></p> <p>El cumplimiento de esta ley confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado y, por lo mismo, constituye una condición necesaria de la exactitud y de la claridad del pensamiento, así como de su rigor lógico y de su carácter demostrable.</p> <p>Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que en toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho</p>
<p style="text-align: center;">RATIO DECIDENDI</p>	<p>En el caso materia de análisis, el censor es impreciso al indicar cuál de dichos principios vulneró el juzgador, pues de manera confusa habla de las reglas de la experiencia o de las leyes de la ciencia, como si se tratara del mismo fenómeno. Por lo demás, en la fundamentación del yerro parte de un supuesto equivocado y es afirmar que, de acuerdo con los dictámenes psiquiátricos, constituye condición sine qua non la presencia actual de secuelas para afirmar la existencia de abusos sexuales. No es ese el sentido de dichas pruebas, conforme lo analizó acertadamente el Tribunal, pues las consecuencias traumáticas pueden aparecer en el futuro.</p> <p>- En esas condiciones, la regla de la experiencia o la ley de la ciencia edificada por el libelista, cuya vulneración atribuye al sentenciador, carece de fundamento. Contrariamente, son precisamente los estudios científicos efectuados sobre la materia los que sustentan diversa conclusión, como lo refirió el psiquiatra forense que examinó a la menor,</p> <p>- En realidad, el fundamento medular de la sentencia en torno al tema del silencio prolongado de la afectada estribó en el hecho de encontrar explicable tal actitud pasiva, por cuanto el procesado era un paradigma en la familia, digno de toda la admiración y confianza, al punto de despertar en ella sentimientos de cariño hacia él, a modo del síndrome de adaptación paradójica, derivación del conocido síndrome de Estocolmo.</p> <p>Ahora bien, es cierto que el Tribunal razonó en el sentido de que una menor de la edad de la ofendida no tiene la capacidad de describir una relación sexual, a menos de haber tenido la vivencia en forma personal. Sin embargo, este raciocinio no constituye un falso dilema, como lo aduce el libelista, sino que se basa en las investigaciones de carácter</p>

	científico efectuadas en casos de menores víctimas de atropellos sexuales. Sobre esos estudios especializados se ha referido la Sala en pretéritas decisiones
REGLAS DOGMATICAS	La experiencia enseña, contrariamente, que hay situaciones en las cuales se despiertan sentimientos de cariño o ternura en el ofendido que terminan por acercarlo al victimario. Precisamente, porque los relatos de los niños frente a acontecimientos que tienen importancia para sus vidas, por haberlos presenciado o experimentado, suelen ser bastante precisos y bien estructurados, esas investigaciones científicas han concluido que los testimonios de los menores revisten una especial confiabilidad cuando se trata de conductas que atentan contra su libertad y formación sexuales.
POLO DE RESPUESTA	La declaración de los psicólogos es prueba directa
DECISIÓN:	CASA parcialmente
CONCLUSIÓN:	
CLASE DE SENTENCIA	Confirmadora de principio
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 19 de noviembre de 2003, radicación 18787 (reglas de la experiencia)	
Sentencia del 21 de noviembre de 2002, radicación 16472 (regla de la experiencia).	
Sentencia del 2 de julio de 2008, radicación 27964(principio de razón suficiente)	
Sentencia del 13 de septiembre de 2006, radicado 21393.	
sentencias del 26 de enero de 2006 radicación 23706	
30 de marzo del mismo año, radicación 24468.	

RADICADO 32769	FECHA: 6 de octubre de 2010	M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
TEMA:	Testimonio de la menor	
HECHOS	<p>De acuerdo con lo que se declaró probado en el fallo impugnado, la menor J.A.S. de 5 años de edad, habría sido objeto de acceso carnal entre el 19 de enero y el 9 de marzo de 2004, época para la cual fue dejada por su progenitora Rocío del Pilar Sanabria en casa de la familia de su patrón PEDRO FRANCISCO APONTE CANDELA para que viviera y estudiara.</p> <p>Los hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades por la madre de la menor el 10 de octubre de 2005, fecha en la cual la niña fue sometida a examen sexológico en el Instituto de Medicina Legal, en el cual se halló “...<i>himen semilunar, con desgarró antiguo completo cicatrizado y ubicado en el meridano de las seis, lo cual indica desfloración antigua. Ano de forma ovalado, con hipotonía grado dos (bordes de separación del esfinge de 4 mm.) sin lesiones externas traumáticas recientes, hallazgo compatible con maniobras antiguas penetrativas a nivel anal</i>”. En el curso del examen la niña señaló a APONTE CANDELA como autor del abuso.</p>	
DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA	La sentencia de primera instancia fue dictada el 6 de febrero de 2007, en la que se condena a PEDRO FRANCISCO APONTE CANDELA, como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena principal de 120 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.	
DECISIÓN SEGUNDA INSTANCIA	La anterior determinación fue recurrida en apelación por el defensor del procesado y el representante del Ministerio Público, dando lugar al fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 27 de enero de 2009, en el que confirmó la condena, pero modificó la imputación jurídica por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 del Código Penal, así como el monto de la pena, para disminuirla a 84 meses de prisión, después de descartar la concurrencia de la circunstancia específica de agravación del numeral 2º del artículo 211 y las genéricas de mayor punibilidad de los numerales 2º y 5º del artículo 55 del mismo estatuto, la primera por no haberse precisado adecuadamente en la acusación y las dos últimas por no haber sido imputadas en la misma.	
PROBLEMA JURÍDICO:	El recurrente aduce la existencia de errores de hecho en la valoración probatoria, específicamente sobre el peritaje sexológico forense; sobre la prueba demostrativa de que la menor fue objeto de manipulación para rendir sus declaraciones sobre los hechos, y sobre el maltrato que la madre propino a la menor, elementos que dice, de haber recibido una adecuada valoración habrían llevado a reconocer una duda a favor del procesado.	
OBITER DICTUM	<p>a) Sobre los cuestionamientos a la valoración del peritaje sexológico forense</p> <p>El recurrente alega una errada valoración del peritaje sexológico forense, en cuanto determinó que la niña presenta desfloración antigua,</p>	

	<p>al concluir de ahí que la agresión ocurrió cuando la niña vivió en la casa del procesado, siendo igualmente posible sostener que los hechos ocurrieron durante el año y siete meses que transcurrieron entre el momento en el que la víctima y el agresor perdieron contacto y cuando aquel presentó la denuncia.</p> <p>La Corte se ha referido en varias oportunidades a los parámetros especiales que debe seguir el análisis del testimonio de menores víctimas de delitos sexuales, así por ejemplo en reciente jurisprudencia del 17 de febrero de 2010</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>a) La Sala otorga razón a la Procuradora Delegada ante la Corte, al señalar que al valorar el peritaje sexológico forense, los falladores de instancia consideraron que si bien se trata de una evidencia que sirve de fundamento para tener por probado que la menor había sido víctima de agresión a su integridad y formación sexuales, por cuanto presentó himen desgarrado y tono anal hipotónico, fue el testimonio de la menor víctima el que sirvió para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el hecho.</p> <p>Nunca se concluyó de esa prueba, de manera directa, que los abusos contra la niña ocurrieron en una época determinada, pues, ciertamente, a partir de la misma no podía establecerse con exactitud la fecha de ocurrencia de los hechos, sino que los juzgadores se valieron del relato de la menor, no sólo ante las distintas dependencias judiciales, sino ante los médicos, psicólogos y psiquiatras que la trataron, para concluir que los hechos ocurrieron mientras aquella vivió en la casa de APONTE CANDELA y que fue éste el perpetrador de los accesos abusivos, como claramente lo narró en tales oportunidades.</p> <p>De esa manera, lo que se constituyó en prueba fundamental para la declaratoria de responsabilidad del procesado APONTE CANDELA fue el testimonio de la menor víctima, mientras que el dictamen médico legal fue la prueba determinante para dar por acreditado el acceso carnal a que fue sometida.</p> <p>Debe partirse por admitir que el relato del menor puede variar dependiendo de una serie de circunstancias, tales como su edad, el nexa con el agresor, la cronicidad del abuso, las amenazas o advertencias que se le hagan, la forma en que sea interrogado, el paso del tiempo, y todos estos elementos deben tenerse en cuenta para valorar sus declaraciones en el marco de un proceso judicial y otorgarle credibilidad.</p> <p>En el presente caso, no puede perderse de vista que la menor abusada apenas contaba con cinco años de edad para el momento de los hechos y un poco más cuando hubo de someterse a las entrevistas y declaraciones propias del proceso penal, lo cual obliga a que su dicho sea analizado bajo el tamiz de las particularidades que lo rodean.</p> <p>El mayor impacto que le produjo a la niña la penetración anal se deduce de sus primeras manifestaciones en las que refiere las secuelas que ello dejó en su cuerpo, como que le salían “gotas de sangre al hacer popo”, y que en una ocasión en que el menor hijo del procesado se dio cuenta de esa situación, se burló de ella, lo que le causó mucha tristeza y por eso lloró mucho, como lo representó en uno de los dibujos que la</p>

	<p>niña hizo sobre lo vivido en la casa del señor APONTE CANDELA aspecto que evidencia claramente el gran impacto emocional que esa situación produjo en la niña, lo cual explica que su relato y los dibujos efectuados sobre sus vivencias se encuentran circunscritos a lo que más huella dejó en su psiquis, realidad que elude considerar el demandante.</p> <p>Precisamente, el testimonio de los padres de niños abusados, permiten, en muchos casos, entender de manera más acabada qué fue lo padecido por la infante, cuándo se ejecutaron los hechos y cómo reaccionó ella frente a los mismos, aspectos que sirven para complementar el haz probatorio requerido para definir la responsabilidad penal del procesado.</p> <p>En este caso es evidente que el testimonio de la madre permitió contextualizar de una manera más amplia lo que la niña sufrió en manos del procesado cuando estuvo viviendo bajo su techo, al especificar que de lo relatado por la niña se enteró que el procesado</p> <p>Tampoco admite la Corte que las respuestas ofrecidas por la menor en una de sus intervenciones procesales, y a las cuales se hace alusión en la demanda, sean compatibles con esa pretendida manipulación, pues la existencia de una situación semejante fue rotundamente descartada con el dictamen psicológico forense realizado por la doctora Diana Lucía Celis Pérez, con el cual, de paso, se deslegitima cualquier duda sobre la veracidad del testimonio de la menor.</p> <p>Por lo tanto, la circunstancia de que la perito no hubiese tenido acceso a otros elementos probatorios del expediente, en nada afecta sus conclusiones, en la medida en que ellas se basan esencialmente en la impresión que se hizo al momento de la entrevista personal con ella, es decir, de su impresión personal, no mediatizada por otras circunstancias. Y en cuanto a lo segundo, resulta irrelevante frente al contexto de lo que allí se consigna, aunado a la seriedad del experticio técnico en su totalidad y la calificada atestación de la perito</p>
REGLAS DOGMATICAS	Sobre el análisis del testimonio de los niños ya la Corte ha dicho que resulta un verdadero despropósito analizar sus dichos bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos. Mucho menos, si a las naturales garantías instituidas para proteger al niño víctima de delitos, se suman las previsiones establecidas cuando el ilícito penal comporta connotaciones sexuales, dado el profundo efecto nocivo que esta suerte de ilicitudes genera en el menor.
POLO DE RESPUESTA	Las entrevistas son prueba directa
DECISIÓN:	CASA de oficio solo respecto del cargo imputado
CONCLUSIÓN:	Continua la corte con la misma línea, tendiente a referir que las entrevistas y declaraciones de peritos y psicólogos son prueba directa.
CLASE DE SENTENCIA	Confirmadora de principio.
CITAS DE SENTENCIA	
Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Radicado No 29-572.	

RADICADO 33022	FECHA: 20 de octubre de 2010	MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
TEMA:	La presunción de derecho en los delitos sexuales en menores de edad.	
HECHOS	<p>FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA nació en el municipio de Saldaña (Tolima) el 10 de enero de 1986. Se graduó como bachiller y desempeñaba labores de vidriería, marquetería y agricultura en dicha población cuando, a los diecinueve años de edad, se enteró de que para mediados de agosto de 2005 debía prestar el servicio obligatorio como auxiliar de la Policía Nacional.</p> <p>En aquel entonces, sostenía una relación de ocho meses de noviazgo con su vecina Y. B. M. D. (nacida el 15 de febrero de 1992), a quien conocía de tiempo atrás, desde que ella tenía nueve años.</p> <p>El viernes 5 de agosto de 2005 (es decir, cuando la menor contaba con trece años y casi seis meses), FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA convenció a Y. B. M. D. para no asistir al colegio Roberto Leiva de Saldaña (en donde cursaba noveno grado de bachillerato) y dirigirse en un taxi al balneario Punta Gallina, situado en la vereda La Esperanza, acompañados de sus amigos en común WILSON FERNANDO SÁNCHEZ (de veintidós años) y M. L. M. P. (de dieciséis).</p> <p>En dicho lugar, mientras la otra pareja sostenía relaciones sexuales, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. decidieron hacer otro tanto, dada la inminente separación que el ingreso a la Policía les representaba.</p> <p>A su regreso del balneario, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. fueron abordados por los familiares de esta última, quienes se habían enterado de la inasistencia al colegio de la menor y de ninguna manera aprobaban esa relación sentimental, por lo que después de sostener un altercado con el joven decidieron denunciar lo ocurrido ante las autoridades.</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	El 29 de noviembre de 2005, le correspondió el conocimiento de la etapa siguiente al Juzgado Penal del Circuito de Guamo, despacho que por el delito en comento condenó al acusado a la pena principal de cincuenta meses de prisión, así como a la accesoria de <i>inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas</i> por un tiempo igual al de la sanción principal, y al pago de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	Apelada dicha providencia por el defensor del procesado (en el sentido de que la menor no sólo aceptó el comportamiento contrario a derecho, sino que revelaba una edad superior –razón por la cual no habría culpabilidad), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó en forma íntegra la decisión.	
PROBLEMA JURÍDICO:	Los dos problemas jurídicos que la Corte analizará son: El primer aspecto por tratar, entonces, tendrá relación con la tipicidad objetiva de la conducta punible de <i>acceso carnal abusivo con menor de catorce años</i> , en la medida en que el profesional del derecho sostuvo que la presunción concerniente a la falta de comprensión y de determinación para sostener relaciones sexuales en la mujer no podía superar los	

	<p>doce años, tal como se desprende de lo señalado en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil</p> <p>El segundo será el relativo a la consciencia de la ilicitud por parte del autor, toda vez que el recurrente aseguró que debido a la ignorancia y demás condiciones personales de FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA, él nunca tuvo la posibilidad de conocer el sentido punitivo de la norma por la cual fue sentenciado; es decir, jamás supo que tener sexo con menores de catorce años era un delito</p>
<p>OBITER DICTUM</p>	<p>De la presunción de derecho en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.</p> <p>Al contrario de lo que sucede en los delitos sexuales que contienen el ingrediente valorativo de la violencia, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la consagración de esta norma no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento</p> <p>De ahí que la Sala haya señalado, a partir de la entrada en rigor del anterior ordenamiento sustantivo, que obra una presunción por parte del legislador en los delitos abusivos con menores, que de manera alguna está relacionada con el elemento normativo de la violencia, sino con la naturaleza del consentimiento proveniente del sujeto pasivo de la conducta:</p> <p>El instituir por la vía legislativa determinado número de años a partir de los cuales deba predicarse una absoluta presunción de incapacidad encuentra sustento en motivos de derecho internacional, constitucional, penal y procesal, e incluso de carácter epistemológico.</p> <p>No es posible establecer mediante el método científico cuándo un menor puede disponer con plena autonomía de su comportamiento sexual y cuándo no.</p> <p>En síntesis, cualquiera es susceptible de ser declarado culpable si puede atribuírsele, en razón de sus condiciones y de las normas que lo regulan, capacidad jurídica para responder por sus actos.</p> <p>De igual forma, cuando un funcionario estima que el sujeto pasivo del delito de <i>acceso carnal con menor de catorce años</i> no es capaz para sostener relaciones sexuales consentidas, lo hace desde una postura eminentemente normativa, al verificar que la condición de la víctima se ajusta a la requerida por el tipo, esto es, al elemento "<i>menor de catorce años</i>". El juicio valorativo, por lo tanto, se reduce a constatar si ha alcanzado o no la edad en la que, según las pautas culturales convenidas por la ley, su aquiescencia alcanzaría eficacia, de modo que, si la conclusión es positiva, lo relevante devendría entonces en respetar la intimidad.</p> <p>Pero si no fuera de esta manera (es decir, si no estuviera consagrada una presunción de derecho concerniente a la edad), la protección del bien jurídico devendría en inane, ya que podría discutirse en cada asunto concreto la capacidad para consentir libremente una relación sexual. Y como ese debate estaría sujeto a factores psicológicos, sociales y culturales que en tanto tales no dependen de criterios individuales, sino</p>

	<p>del consenso (máxime cuando no corresponderían a teorías susceptibles de desvirtuar por medios empíricos), se correría el intolerable riesgo de afectar los derechos prevalecientes del niño por el hecho de juzgar su aporte voluntario al resultado en función de cualquier condición personal diferente a la minoría de edad. Y ello conduciría a ponerlo una vez más en el papel de víctima, esta vez con la connivencia del Estado</p> <p>De esta manera, si <i>“el desarrollo del adulto está marcado por hitos sociales determinados por la cultura</i>, es obvio que la capacidad de un niño para ejercer actividades propias de cualquier persona, incluso las sexuales, obedece más a una atribución fruto del consenso (o de los valores dominantes en la sociedad) que a una conclusión con estatus científico (o, lo que es lo mismo, basada en una teoría apoyada en datos empíricos que por la misma vía sea susceptible de refutar</p> <p>En consecuencia, la presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) (i) tiene que ser de pleno derecho, no sólo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor); (ii) modificarla es competencia exclusiva del poder legislativo (bien sea para aumentar o para reducir el límite legal, conforme a los criterios culturales, sociológicos, psicológicos y de similar índole que se impongan en la comunidad), con la única condición de que no sea fijada a una edad muy temprana; y (iii) el límite de catorce años en materia penal no es desproporcionado ni incongruente, pues está por debajo del promedio de las naciones de tradición occidental y no riñe con la consagrada en el sistema de responsabilidad para jóvenes y adolescentes, ni con la jurisdicción civil en relación con la capacidad para contraer matrimonio.</p> <p>La consciencia de la ilicitud, entonces, está fundada en la posibilidad (no en la realidad ontológica) de conocer, ya sea por vías directas o indirectas, la existencia de una norma que proscriba la realización de la acción antijurídica ejecutada.</p> <p>en las últimas décadas del siglo pasado, la tradición jurídica colombiana definía al dolo como una rebelión consciente, por parte del sujeto activo de la conducta, en contra de la norma que contenía la prohibición (<i>“entendemos por dolo la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica”</i>). Por lo tanto, saber que la acción desplegada estaba conminada con pena por el ordenamiento tenía que ser parte del elemento cognitivo doloso (<i>“conocimiento del hecho significa: que el agente conozca la naturaleza de su comportamiento de acuerdo con la descripción que de él hace el legislador en el respectivo tipo penal, y que tenga consciencia de su antijuridicidad”</i>).</p> <p>Hoy en día, esta opinión ya no puede sostenerse, no sólo porque el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 consagra al dolo directo únicamente como querer y saber la realización de todas las circunstancias que integran el tipo objetivo, sino porque además el fundamento de la punición del delito doloso no puede</p>
--	--

	<p>radicar en la desobediencia consciente de la norma, sino en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más caros a la comunidad (como también ocurre en la imprudencia). De lo contrario, bastaría con que el agente mostrase indiferencia absoluta hacia el precepto punitivo para quedar exonerado de responsabilidad. Pero lo peor sería que la vigencia de la norma dejaría de depender de factores objetivos (esto es, de su promulgación, derogación y otros efectos) para pasar a ser un problema de índole subjetiva, atado a lo que cada uno considerara contrario a derecho</p> <p>La calidad de vencible o invencible en el error de prohibición está directamente asociada a la posibilidad de conocer el carácter ilícito del comportamiento</p> <p>(i) Si el juez concluye, dadas las condiciones y características del autor o partícipe del injusto, que jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición normativa, el error será invencible.</p> <p>(ii) Si está demostrada la existencia de un error (es decir, de una concreta falta de conocimiento por parte del agente), pero desde una perspectiva normativa esta situación carece de la solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma (en otras palabras, la persona no sabía, pero debía saber), el yerro será vencible, caso en el cual la pena será reducida en la mitad.</p> <p>Y (iii) si el error alegado es burdo o craso, en el entendido de que de ninguna manera podría ser excusable, no habría lugar a rebaja de la pena, así el yerro tuviese sustento probatorio.</p>
<p style="text-align: center;">RATIO DECIDENDI</p>	<p>No hay que confundir el conocimiento de la ilicitud de la acción con la figura de la imputabilidad en sede de culpabilidad, pues como lo señaló la Sala en el fallo de 11 de marzo de 2003 la primera tiene que ver con la posibilidad común de acceder al sentido prohibitivo de la norma, mientras que la segunda alude a la capacidad de “<i>establecer una efectiva y adecuada comunicación en lo que a dicho mensaje de mandato se refiere</i>”, pero sustentada en una inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o cualquier otro estado análogo de la persona (artículo 33 del Código Penal), caso en el cual se concluye que no ha podido comprender las repercusiones de su acto o determinarse de acuerdo con ese entendimiento</p> <p>En el presente asunto, el demandante alegó que FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA no tenía consciencia de la antijuridicidad de la acción, aunque al mismo tiempo propuso que en su conducta no había ‘culpabilidad’, en cuanto la víctima Y. B. M. D. aparentaba ser mayor a los trece años que para ese entonces tenía.</p> <p>Con esta postura, el recurrente confundió la ausencia del elemento cognitivo del dolo con la falta de comprensión de lo ilícito de la conducta, toda vez que una cosa es errar respecto de la percepción sensorial de un ingrediente típico (como “<i>persona menor de catorce años</i>”) y otra muy distinta es haberse equivocado en relación con la posibilidad de conocer que acceder carnalmente a una joven de trece años era contrario al ordenamiento jurídico.</p> <p>De ahí que el conocimiento de la ilicitud no puede estar sujeto a un hecho psíquico del autor, de difícil o imposible verificación (según sea el caso), sino debe partir de una posibilidad, basada en aserciones normativas derivadas de</p>

	<p>la axiología del Estado Social de Derecho, y en particular, del reconocimiento de la persona como capaz de ejercer derechos y de responder frente a sus infracciones.</p> <p>En cuanto a lo primero, el procesado tenía el conocimiento concreto o efectivo acerca de la verdadera edad de la menor, por cuanto sostenía con ella una relación sentimental de ocho meses y la conocía desde que era una niña.</p> <p>Respecto de lo segundo, un error de prohibición jamás fue planteado por la defensa material de que era titular el procesado Tan sólo fue sugerido por el asistente letrado de ese entonces, a partir de la sustentación de la apelación del fallo de primera instancia</p> <p>La postura del profesional del derecho es, sin lugar a equívocos, inaceptable. En primer lugar, la consciencia de la ilicitud de la acción no hace referencia al conocimiento real del carácter punible del comportamiento asumido, sino, como se explicó en precedencia, al problema de acceder al sentido prohibitivo de la norma. No se trata, entonces, de saber que el poder punitivo del Estado sanciona con pena lo cometido, sino de la capacidad de conocer que la conducta no estaba permitida por el sistema.</p> <p>-En segundo lugar, no todo desconocimiento de la prohibición normativa excluye de responsabilidad penal al inculpado, pues debe tratarse de un error invencible o, lo que es lo mismo, de una falta cognoscitiva respecto de la ley, a la que el autor le haya sido imposible tener acceso. Y, en este caso, ni siquiera fue planteada durante la etapa de instrucción, o en la audiencia pública, un no-saber del cual pudiera predicarse su calidad de vencible o invencible, y del que, por regla general, no es verificable en forma oficiosa cuando de delitos sexuales atañe, que son de elevada trascendencia socio-cultural y amplia difusión mediática.</p>
REGLAS DOGMATICAS	<p>Según la jurisprudencia, esta presunción acerca de la ausencia de juicio y discernimiento en el menor de catorce años opera de pleno derecho.</p> <p>De ahí que la Corte haya dicho que <i>“las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluyen de ser sujeto pasivo de un delito sexual</i></p> <p>El elemento cognitivo del dolo tiene que ser efectivo o concreto, predicable a una persona en particular</p>
POLO DE RESPUESTA	
DECISIÓN:	NO CASA
CONCLUSIÓN:	Si bien tiene relación con la valoración del testimonio del menor no tiene incidencia directa en la línea.
CLASE DE SENTENCIA	CONFIRMADORA DE PRINCIPIO
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia de 26 de septiembre de 2000, radicación 13466.	
Sentencia de 26 de septiembre de 2000, radicación 13466. sentencia del 4 de febrero de 2003, radicación 17168; 26 de noviembre de 2003, radicación 17068; 11 de diciembre de 2003, radicación 18585; 7 de septiembre de 2005, radicación 18455; y 5 de noviembre de 2008, radicación 29053; entre otros. (presunción sobre ausencia de discernimiento de los	

menores para consentir delitos sexuales)
Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, citando un concepto médico de la Universidad del Rosario. En dicha providencia, el máximo tribunal en materia de control constitucional declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil en lo que a la capacidad de las mujeres mayores de doce años se refiere, tal como será explicado más adelante
Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455. En el mismo sentido, fallos de 26 de enero de 2006, radicación 23706, 23 de enero de 2008, radicación 20413, y 23 de septiembre de 2009, radicación 23508, entre otros.
Sentencia de 11 de marzo de 2009, radicación 26789
Sentencia de 25 de agosto de 2010, radicación 32964.

RADICADO 34434	FECHA: 9 de diciembre de 2010	M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
TEMA:	El testimonio de los menores ante psicólogos	
HECHOS	<p>El 28 de junio de 2003 contrajo matrimonio la pareja conformada por JESÚS HERNEY OROZCO MUÑOZ y Martha Gisela Giraldo Franco, quienes procrearon a la menor M.O.G., nacida en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) el 12 de agosto de 2004.</p> <p>El fuerte carácter de Giraldo Franco y los celos exagerados de OROZCO MUÑOZ, entre otras causas, tornaron tormentosa y conflictiva su convivencia matrimonial, incluso desde el mismo día en que contrajeron nupcias. Ello condujo a que la pareja, radicada luego en la ciudad de Medellín, a comienzos de 2007 optara por separarse y cesar judicialmente los efectos civiles de su matrimonio, habiendo sido fuerte objeto de discordia lo relativo a la regulación de visitas del padre a su hija.</p> <p>En esa época, precisamente, como la señora Martha Lucía Franco de Giraldo, abuela de M.O.G., advirtió que la niña presentaba enrojecimiento en su vagina, alertó de ello a Giraldo Franco, quien al preguntarle a su hija acerca de posibles tocamientos por parte del progenitor, le contestó que en efecto, <i>“le hacía cosquillas y le tocaba la vagina”</i>.</p> <p>Giraldo Franco denunció el hecho tiempo después, cuando sometida la menor a tratamiento psicológico, ratificó ante las profesionales de esa ciencia que era manoseada en la zona vaginal por parte de su padre, de quien cierta vez dijo que era <i>“muy cochino porque se había orinado”</i>, para lo cual explicó que se había hecho duro y realizó ademanes que, a juicio de las sicólogas, eran indicativos de <i>“movimientos masturbatorios”</i>.</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	La etapa del juicio correspondió impulsarla al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, quien dictó fallo el 9 de diciembre de 2009, condenando al procesado OROZCO MUÑOZ, como responsable del concurso delictual por el cual se le acusó, a las penas principal de 50 meses de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	La sentencia en comento, que fue apelada por la defensa del acusado, la revocó la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 12 de marzo de 2010, mediante la que hoy es objeto de impugnación extraordinaria por parte de la fiscal del caso, quien oportunamente presentó el libelo admitido por la Sala con auto del 25 de junio del corriente año.	
PROBLEMA JURÍDICO:	Aplicación de la técnica CBCA para el estudio del testimonio del menor, pese a que esta no tiene aceptación en la comunidad científica, y además el desconocimiento de los restantes elementos de juicio.	
OBITER DICTUM	Con los antecedentes en cita, resulta un verdadero despropósito analizar el testimonio de un infante bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos. Mucho menos, si a las naturales garantías instituidas para proteger al niño víctima de delitos, se suman las	

	<p>previsiones establecidas cuando el ilícito penal comporta connotaciones sexuales, dado el profundo efecto nocivo que esta suerte de ilicitudes genera en el menor.</p> <p>“Y si a lo anotado se suma que en el caso concreto la menor apenas descontaba dos años y medio de edad para el momento de los hechos y un poco más cuando hubo de someterse a las entrevistas y declaraciones propias del proceso penal, evidente asoma que lo dicho por ella debía ser verificado bajo el tamiz de tantas cuantas particularidades lo matizan”.</p> <p>“No es posible, entonces, que de buenas a primeras se tome apenas lo ocurrido en curso de la audiencia de juicio oral, para colegir de ello, como si se tratara del testimonio de un adulto, que no se precisó la existencia de algún tipo de maniobra con contenido sexual ejecutada por el procesado”.</p> <p>“Es esa una evaluación bastante elemental que elude penetrar a fondo en las distintas aristas problemáticas que encierra lo dicho por la menor, desconociendo, de paso, que la verdad sólo puede hallarse a través de la verificación contextualizada de todo lo que dijo ella, no sólo en curso de esa diligencia final, sino ante las profesionales que la entrevistaron, y lo confiado a sus parientes (en este evento, madre, abuela y tía).”</p> <p>Debe, eso sí, precisarse al <i>Ad quem</i> que en lo tocante con la prueba de referencia, dos en lo fundamental son las consideraciones a realizar.</p> <p>“La primera, advierte que no por tratarse de prueba de referencia, un determinado elemento suasorio puede ser descalificado o demediado su valor probatorio, pues, claramente la normatividad inserta en la Ley 906 de 2004, delimita que ella puede admitirse, conforme lo establecido por vía excepcional en el artículo 438”.</p> <p>“Así mismo, en segundo término, que la limitación probatoria de la prueba de referencia, dentro de la que ha denominado la Corte tarifa legal negativa, conduce únicamente a prohibir que la condena se fundamente exclusivamente en éste tipo de medio”</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>Revisado el fallo del <i>Ad quem</i>, puede advertirse que se quedó cortó en el examen probatorio, puesto que lo limitó a la deponencia de la víctima, prescindiendo de cualquier pronunciamiento, como sí lo hizo el <i>A quo</i>, respecto de los restantes elementos de juicio que corroboraban su versión y fueron el fundamento para deducir la responsabilidad penal del procesado OROZCO MUÑOZ.</p> <p>A renglón seguido, se refiere al entorno de la víctima, destacando los problemas afrontados por sus padres, para concluir que tal fue la causa de la acusación en contra del progenitor, y que la respuesta afirmativa suministrada por la niña a su abuela, luego de que se percatara del enrojecimiento de su vagina, fue inducida, en la medida en que directamente le preguntó si era tocada por su padre en esa parte de su cuerpo.</p> <p>Las respuestas posteriores de la menor, en las que ratifica los tocamientos por parte del padre, tienen, a juicio del Tribunal, una clara influencia de los mayores cercanos; además, no esta determinado si los mismos tenían ánimo libidinoso, y llama la atención de que la afirmación de la niña referida a que su padre “<i>se orinó</i>” y que fue interpretada</p>

	<p>como un acto de masturbación, no la mencionó la afectada en el juicio oral.</p> <p>Del examen probatorio del Tribunal se advierten dos situaciones:</p> <p>La primera, que aunque no lo mencione de manera expresa, aplicó ciegamente la técnica del CBCA, desatendiendo que no goza de aceptación en la comunidad científica. Y, la segunda, que marginó por completo de sus análisis los restantes elementos de juicio, que fueron tenidos en cuenta por el juzgado de conocimiento para respaldar la versión de la menor y declarar la responsabilidad del acusado.</p> <p>Como puede apreciarse, la técnica del CBCA aplicada para la evaluación de los testimonios de los menores víctimas de abusos sexuales, no goza de aceptación en la comunidad científica nacional e internacional, la cual la ha descartado por la disparidad de criterios que existen en torno a su aplicación y por el enorme subjetivismo que conlleva.</p> <p>Por esta razón, se ha considerado que mientras no se le perfeccione, no puede tomarse nunca como herramienta o prueba única sobre la cual se base la toma de decisiones judiciales, pues, en estos casos – hay consenso- es imprescindible tener en cuenta la existencia de otras pruebas.</p> <p>Ello fue, precisamente, lo que omitió la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, dado que, aplicó dicho procedimiento para descartar la versión inculpativa suministrada por la menor ofendida, a partir de una serie de particularidades que se ventilaron indistintamente en la actuación, pero sin detenerse a realizar, como era su deber, un análisis conjunto de las probanzas arrimadas al proceso.</p> <p>El Tribunal desconoció los postulados de la sana crítica al aplicar una ley de la ciencia seriamente cuestionada, desatendió las directrices que en forma pacífica y reiterada ha trazado la jurisprudencia de la Sala, en tratándose de la valoración de las declaraciones de los menores, especialmente cuando son afectados con conductas punibles de contenido sexual.</p> <p>Una de las mayores críticas que hace el <i>Ad quem</i> al testimonio de la niña M.O.G., es que en la declaración rendida en el juicio oral no haya mencionado lo que le dijo a una de las sicólogas, referido a que su padre es muy “cochino”, puesto que se hizo duro y se “orinó”, lo que fue interpretado como un acto de masturbación que practicó en su presencia.</p> <p>Que la menor no haya aludido a ello, es una de las razones que invoca el juzgador para desestimar la coherencia de su relato y su credibilidad, desconociendo que dicha testificación y las entrevistas surtidas ante las profesionales –en este evento dos sicólogas y una médica forense-, se integran entre sí, lo cual obliga a estudiarlas en conjunto.</p> <p>En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante dichas profesionales de la psicología y la medicina, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de las experticias por ella rendidas, hacen parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior</p>
--	--

	<p>Ello ha conducido a que la Sala incluso advierta, en seguimiento de claras pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.</p> <p>Se reitera, la declaración vertida por una menor de cuatro años no puede evaluarse con los mismos parámetros de validez y trascendencia que operan en los casos de los adultos, pero tampoco se requiere de mucha agudeza mental para entender, dadas las condiciones de la víctima y el tipo de delito endilgado, que cuando ella alude a que su papá es muy “<i>cochino</i>” porque luego de hacerse duro “<i>se orinó</i>”, se está refiriendo, como lo concluyó una de las sicólogas, a un acto masturbatorio practicado en su presencia, el cual, sumado a los tocamientos que refiere una y otra vez, permiten estructurar la conducta punible imputada</p> <p>En suma, para la Sala las entrevistas realizadas por las sicólogas y las conclusiones vertidas por ellas en sus correspondientes informes, se advierten adecuadas y concordantes con lo que su profesión exige, razón por la cual habrán de ser acogidas en toda su extensión</p> <p>En efecto, no encuentra la Corte, en lo decidido por la segunda instancia, una razón de peso, suficientemente argumentada, que permita verificar cuál es la razón por la que se deja de lado lo testimoniado por la madre y abuela de la víctima, o en atención a qué se despacha el tema con solo significar que la indujeron, apoyándose en los problemas previos de la pareja, o que se trata de prueba de referencia lo dicho por ellas (incluso, se lee en el fallo, también califica de afirmaciones referenciales lo atestado por las psicólogas), no obstante hacerse evidente que poseen conocimientos directos, vertidos objetivamente en la audiencia de juicio oral.</p> <p>Hecha la precisión, debe la Sala significar que lo expresado por las parientes de la menor, de ninguna manera puede entenderse prueba de referencia, pues, no se trata de reemplazar con sus dichos lo que no pudo conseguirse ante la imposibilidad de que el testigo directo, diríase la víctima, concurriese a la audiencia de juicio oral, o no fuese factible recibir su atestación.</p> <p>Es claro que la víctima declaró directamente, ora en el juicio oral, ya a través de las entrevistas surtidas ante las sicólogas y la médica legista; y todas esas aseveraciones ingresaron legalmente al conocimiento del juez, referidas las mismas, cabe agregar, a lo padecido y la intervención en ello del acusado.</p> <p>Los principios de inmediatez y contradicción, entonces, se hallan completamente a salvo, dado que, se repite, el testigo directo concurrió a la diligencia.</p> <p>Sucede, sin embargo, que las parientes de la menor, precisamente por su condición de infante, pueden contextualizar esa declaración suya y, además, refieren lo que les fue dado percibir directamente acerca del comportamiento de la niña respecto del procesado, para no hablar de</p>
--	---

	<p>los datos referidos a fechas y lugares.</p> <p>Bajo esa especial condición, la madre y la tía de la afectada entregan elementos de juicio valiosos, en tanto, si ya la menor directamente señaló, desde luego, con las limitaciones de su edad y acorde con lo que es posible interpretar gracias a lo contextualizado por las sicólogas encargadas de entrevistarla, que fue objeto de abuso sexual a manos del acusado, lo referido por las consanguíneas acerca de los lugares y momentos en que tal sucedió –vr.gr., en la residencia del padre, cuando lo visitaba-, permite conocer esos aspectos imposibilitados de relatar por la víctima, operando no de referencia, sino complementario</p> <p>Así como las sicólogas se hacen necesarias para delimitar el entorno y significado de lo manifestado por la menor, el testimonio de sus parientes permite entender de manera más acabada qué fue lo padecido por la infante, cuándo se ejecutaron los hechos y cómo reaccionó ella frente a los mismos, hasta conformar, todo ello, el haz probatorio requerido para definir la responsabilidad penal del procesado.</p>
REGLAS DOGMATICAS	<p>Lo anotado en precedencia acerca de la experiencia profesional y conocimientos de las sicólogas citadas por la Fiscalía, a lo cual se suma la descripción de los procedimientos y protocolos estudiados, sirve a la Sala para establecer que las entrevistas rendidas por la menor y las conclusiones vertidas por las peritos en la audiencia de juicio oral, obedecen a patrones técnico científicos indiscutibles, con un alto grado de especialización, profesionalismo y confiabilidad.</p> <p>En conclusión, si se tiene prueba de referencia admisible, pero a la par de ella se alzan otros elementos de prueba que en su conjunto verifiquen la existencia del delito y correspondiente responsabilidad del procesado, ningún cuestionamiento puede hacerse, ni mucho menos descalificarse, <i>per se</i>, ese medio indirecto.</p>
POLO DE RESPUESTA	La entrevista realizada a la menor es prueba directa
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	Además de reiterar la postura de que las entrevistas realizadas por las psicólogas son prueba directa, pues deben interpretarse conjuntamente con el dicho de la víctima, agrega un nuevo ingrediente en punto a la declaración de los familiares, que si bien no son testigos directos, sirven en sentir de la corte para COMPLEMENTAR el dicho del menor, dándoles el carácter NO DE PRUEBA DE REFERENCIA, sino de prueba complementaria del dicho directo.
CLASE DE SENTENCIA	Confirmatoria de línea
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 5 de noviembre de 2008, Radicado N° 29.678.	
Sentencia del 17 de septiembre de 2008, Radicado N° 29.609.	
Sentencia del 10 de marzo de 2010, Radicado N° 32.868	
Sentencia del 19 de agosto de 2009, Radicado N° 31.950.	
Sentencia del 30 de marzo de 2006 Radicado 24.468	

RADICADO 34568	FECHA: 23 de febrero de 2011	M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ
TEMA:	Valor de la prueba científica en delitos sexuales	
HECHOS	<p>El 14 de octubre de 2006, Libia Marlén Rojas Cely y LUIS ERNESTO CORTÉS ÁLVAREZ convivían en el inmueble de su propiedad, ubicado en la calle 56 sur #24E 10, interior 5, casa 22, de Bogotá. Lo hacían en compañía de sus hijos A.V.C. y D.A.C., de 10 y 4 años de edad, respectivamente.</p> <p>Ese día, según la mujer, llegó a su vivienda a las 7:35 de la mañana, tras laborar durante la noche como enfermera en el Hospital Meissen. Halló a su hija A.V.C. en la cama de su padre y como la vio algo extraña, se calzó guantes de cirugía y buscó en la caneca de la basura de la habitación. El papel higiénico que allí observó, lo embolsó en un guante e igual hizo con el calzón interior de la niña. Estos elementos, después de conseguir que su hija le contara que su papá le había tocado con un dedo de la mano <i>“la colita y la vagina”</i>, los entregó horas después a la Fiscalía y según pruebas de laboratorio practicadas a los mismos, en ambos había presencia de espermatozoides.</p> <p>LUIS ALBERTO CORTÉS ÁLVAREZ, quien siempre sostuvo su inocencia, se había sometido en Profamilia a la vasectomía el 12 de septiembre de 2003 y arrojado negativo para presencia de espermatozoides en tres controles de laboratorio realizados por la misma entidad los días 19 de diciembre de 2003, 14 de marzo y 29 de agosto de 2007.</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	El 18 de noviembre de 2009, finalmente, condenó al procesado por un delito de acto sexual con menor de 14 años (el sucedido el 14 de octubre de 2006) e incesto, a 78 meses de prisión. Y por el mismo término, a las penas de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad respecto de sus hijos.	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	La defensora apeló dicho pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 12 de marzo de 2010, le impartió confirmación.	
PROBLEMA JURÍDICO:	Se plantean por la casacionista varios errores: 1) Error de hecho por falso raciocinio derivado del desconocimiento de las reglas científicas. 2) Falso raciocinio en la apreciación del testimonio de Jaime Gerardo Guevara Delgado, Gerente de PROFAMILIA. 3) Falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio de Nidia Marlén Rojas Cely, ex compañera del acusado, denunciante y madre de la presunta víctima, 4) Error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación del testimonio rendido por la menor A.V.C.R. en el juicio oral e integrado a él la entrevista suministrada por la misma a la psicóloga Derly Johana García Bedoya. 5) Error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación del testimonio rendido por el menor D.A.C.R., hermano de la presunta víctima, 6) Error de hecho por falso juicio de existencia al dejar de considerar los juzgadores el contra indicio consistente en la actitud procesal del acusado.	

<p style="text-align: center;">OBITER DICTUM</p>	<p>En ambos, en efecto, se atribuye al juzgador el quebrantamiento de una regla científica, conforme a la cual la vasectomía es un método definitivo y permanente de esterilización masculina, tras 20 eyaculaciones o 3 meses de practicado el procedimiento. Si para la fecha de los hechos las dos condiciones ya las había cumplido el procesado, intervenido quirúrgicamente el 12 de septiembre de 2003 y con resultados de laboratorio negativos para espermatozoides, no podía producir los hallados en el papel higiénico y el calzón interior de su hija A.V.C., entregados a la Fiscalía por Libia Marlén Rojas, madre de la niña.</p> <p>El procedimiento de esterilización masculina es una técnica quirúrgica a través de la cual se impide que los espermatozoides vayan de los testículos al pene. Para ello se seccionan y ligan los conductos deferentes. El hombre sigue produciendo espermatozoides, sólo que en el semen de la eyaculación no hay presencia de ellos, pues al no tener salida los absorbe el organismo.</p> <p>El espermograma es un examen de laboratorio a través del cual se determina si hay presencia de espermatozoides en el semen. Luego de tres con resultados negativos, realizados a quien se le ha practicado la vasectomía, se dice que la cirugía fue exitosa. Sin embargo, puede producirse la recanalización espontánea, inclusive años después. Se presenta el fenómeno, según mediciones internacionales, en aproximadamente el 0.1 por mil de los casos.</p> <p>Debido a errores en la intervención quirúrgica –no por recanalización— falla el procedimiento en Profamilia en uno de cada 500 casos y más o menos en el 1% de las operaciones según la literatura médica mundial. Así los versados en la materia digan que la vasectomía –luego de registrarse azoospermia en los controles de laboratorio posteriores a su práctica—, es un método anticonceptivo “<i>muy seguro</i>”, el riesgo de recanalización de los conductos deferentes, aunque se trate de una complicación más bien excepcional que sobretodo se presenta durante los 6 meses siguientes a la operación, no la hace 100% eficaz.</p> <p>El error de juicio tuvo ocurrencia al afirmarse en la sentencia esa posibilidad de normalización de la función reproductiva de la persona sometida a vasectomía, frente a un caso en el cual se demostró documentalmente que antes y después de los hechos denunciados el acusado dio negativo en el control de vasectomía.</p> <p>Ahora bien: si se tiene en cuenta que CORTÉS ÁLVAREZ se practicó otros controles de vasectomía en Profamilia los días 14 de marzo y 29 de agosto de 2007 y que los mismos dieron resultado negativo, riñe con la lógica sostener que el semen con presencia de espermatozoides hallado en las evidencias físicas aportadas el 14 de octubre de 2006 por su ex compañera permanente Libia Marlén Rojas, haya sido eyaculado por él. En otras palabras: si antes y después de los hechos los biólogos de Profamilia certificaron esos resultados negativos, no se entiende que en el intervalo su función reproductiva se haya restablecido temporalmente.</p> <p>Nadie en la audiencia de juzgamiento le preguntó al experto por dicha situación en concreto y la Corte, sin una explicación científica acerca de</p>
---	--

	<p>la posibilidad de una especie de <i>recanalización momentánea</i> de los vasos de conducción de los espermatozoides al pene, tampoco hallada en los escritos médicos consultados, no puede razonablemente respaldar la conclusión de las instancias de atribuirle al procesado la pertenencia de los espermatozoides hallados en el papel higiénico y el pantalón interior de la menor A.V.C., entregados por la madre de ésta a la Fiscalía y respecto de los cuales, por desgracia, el Instituto de Medicina Legal no consiguió extraer un perfil genético para determinar técnicamente si en verdad correspondía o no a LUIS ERNESTO CORTÉS ÁLVAREZ.</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>Por consiguiente, no admite la Corte la tesis de la casacionista, conforme a la cual el método de esterilización masculina es completamente efectivo a los tres meses de efectuada la intervención médica o después de 20 eyaculaciones y una vez logrados resultados de laboratorio clínico negativos para espermatozoides. Tampoco puede aceptarse, por ende, la pretensión defensiva de restarle eficacia a la declaración del Gerente General de Profamilia, quien simplemente ilustró acerca de algunos efectos posibles de la vasectomía, como de sus causas, de la manera como se encuentran en general documentados en la literatura médica universal.</p> <p>Rota la certeza de la relación entre la evidencia física y el procesado, decae el indicio grave de responsabilidad construido en su contra en la sentencia impugnada, e igual la credibilidad otorgada a los testimonios rendidos por Libia Marlén Rojas Cely, la supuesta víctima A.V.C. y su hermano D.A.C.</p> <p>Aquí no se reniega de esos lineamientos sino se reafirman. Y se enfatiza que la Corte, de la misma forma que ha rechazado la tesis de considerar falsos los testimonios de los menores de edad por ser fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, en ningún momento ha expresado que deba creérseles en todos los casos, sólo por su condición de posibles víctimas de un abuso sexual. Como testigos que son, deben examinarse sus dichos de conformidad con los criterios de apreciación del testimonio previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda.</p> <p>Si en el presente caso, como ya se concluyó, es muy posible que el semen presente en el pantalón interior de la menor no le perteneciera al acusado por las razones en esta providencia dadas, eso automáticamente enerva la fuerza probatoria de la prueba testimonial, cuya credibilidad fundamentalmente derivaba de encontrarse afianzada en el hallazgo material. Esa la razón para no fiarse del relato de la niña A.V.C., quizás sugestionada por su mamá.</p> <p>Perplejidad, en fin, acerca de si sucedieron o no los hechos denunciados por Libia Marlén Rojas Cely, es la conclusión de la Sala luego de reconocer el error de hecho por falso raciocinio en el que incurrieron las instancias al valorar los documentos mediante los cuales se acreditó por parte de la defensa que el procesado no producía</p>

	espermatozoides antes ni después de los hechos, a causa de la vasectomía a que se sometió el 12 de septiembre de 2003.
REGLAS DOGMATICAS	La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en señalar que los menores de edad no deben desecharse como testigos por el solo hecho de su edad, sino que corresponde al Juez, dentro de la sana crítica, evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarles el alcance a que haya lugar.
POLO DE RESPUESTA	Resta credibilidad al testimonio y otorga plena validez a la prueba científica
DECISIÓN:	CASA la sentencia y ABSUELVE
CONCLUSIÓN:	Cambia la tesis de creerle al menor frente a la existencia de una prueba científica a la cual da total validez, desconociendo los demás elementos de prueba
CLASE DE SENTENCIA	Confusa
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 26 de enero de 2006 radicado 23706	

RADICADO 35080	FECHA: 11 de mayo de 2011	M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ
TEMA:	Exigencia de un dictamen pericial constituye una tarifa legal	
HECHOS	<p>A eso de la una y treinta de la tarde del 20 de agosto de 2008, cuando se hallaba en el parque Canta Rana de la localidad de Usme, comprensión territorial de Bogotá, el menor M.A.C.C., quien a la sazón descontaba diez años de edad, fue conducido mediante engaños por uno de los vigilantes del lugar, ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, hasta la zona boscosa donde, a más de instarlo a observar vídeos de corte pornográfico guardados en su celular, lo accedió carnalmente, por vía anal, en dos ocasiones, para finalmente recompensarlo con la suma de quinientos pesos y una cometa.</p> <p>Como la víctima diera a conocer a su madre lo sucedido, ésta instauró la correspondiente denuncia penal el 11 de octubre de 2008.</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	El 25 de septiembre de 2009, se realizó la audiencia de juicio oral, a cuya terminación la directora del debate anunció sentido de fallo condenatorio. El 20 de abril de 2010, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se condenó al acusado.	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	El 29 de julio de 2010, se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal revocó lo decidido por el A quo, y en su lugar absolvió al procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, de los cargos formulados en su contra, por estimar que si bien, el menor comporta absoluta credibilidad en sus dichos, la demostración del acceso carnal requería de prueba pericial que no fue allegada por la Fiscalía.	
PROBLEMA JURÍDICO:	La Sala verifica acertada la postulación y desarrolló del cargo, en cuanto demuestra objetivo e incontrastable que de verdad el Tribunal incurrió en el error de derecho que se le atribuye, e incluso en uno de hecho que más adelante se referirá, de tanta trascendencia, que sustentó el fallo absolutorio de segundo grado, en este sentido advertido no sólo injusto, sino ilegal.	
OBITER DICTUM	<p>Se entiende suficientemente sabido, es que en nuestro sistema probatorio penal, desde hace bastante tiempo, impera el principio de libertad probatoria, por contraposición al ya desueto de tarifa legal, en razón de lo cual al conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes, se puede llegar por cualquier vía probatoria legal.</p> <p>En otros términos, sólo con carácter excepcional, desde luego expresamente consagrado en la ley, es posible exigir que un hecho o circunstancia pertinentes sea demostrado con uno o unos exclusivos medios suasorios.</p> <p>De ello se sigue que no deben ser aspectos cualitativos -específico medio-, o cuantitativos –número mínimo o máximo de medios-, aquellos que gobiernen la evaluación probatoria signada por los principios racionales de la sana crítica, a cuyo tenor, la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y</p>	

	<p>comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos. Agréguese a lo anotado que dentro del sistema procesal y probatorio que rige el caso, Ley 906 de 2004, sólo ha podido auscultarse, en principio, un caso de exigencia de tarifa legal, pero por el camino negativo, inserto en el inciso segundo del artículo 381, en cuanto consagra que: <i>“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”</i>.</p> <p>Desde luego, en ocasiones es factible advertir que posee una mayor virtualidad suasoria determinado elemento de juicio, en razón a sus características y posibilidades demostrativas.</p> <p>Pero ello no implica que ese más preciso medio repudie otros que lo suplan o, incluso, obligue aplicar una especie de <i>capitis diminutio</i> a los demás, al extremo de privilegiarse frente a ellos.</p> <p>Respecto de los delitos de connotación sexual y su forma de demostración, es necesario precisar que incluso la exigencia de prueba única o privilegiada, remitida al dictamen pericial fruto de la observación clínica y consecuentes exámenes de laboratorio, choca con el hecho evidente que en muchos casos las arremetidas salaces no dejan huella perceptible, o el paso del tiempo, cuando la denuncia tarda, las borra.</p> <p>Entonces, apenas para citar unos cuantos ejemplos, si el acceso carnal consistió no en la introducción del miembro viril, o cualquier otro cuerpo duro, en las vías anal o vaginal, sino en un acto de felación, es claro que posiblemente no se presenten cicatrices o lesiones apreciables, tornando inane el examen pericial; igual sucede cuando el medio utilizado para sojuzgar a la víctima no es la violencia física -o esta es menor de edad y lo acepta- y la relación opera por vía vaginal o anal, sin eyaculación interna, conocido suficientemente, en lo que al año respecta, que este puede acoplarse a la penetración y volver a tomar su forma casi de inmediato.</p> <p>En fin, que, para lo ahora verificado, si el menor denunció el hecho varios días después de ocurrido, muy posiblemente las huellas pasibles de presentarse por la penetración anal, ya se han desvanecido y, entonces, ningún valor importante comporta el dictamen pericial.</p> <p>No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.</p> <p>Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.</p> <p>Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo</p>
--	---

	<p>adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.</p> <p>Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.</p> <p>Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen lo referido, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate.</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>Para la Corte es claro, e incluso no ha sido objeto de debate o controversia, que respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos.</p> <p>Está claro que efectivamente el menor fue llevado mediante engaños a la zona alta y boscosa del Parque Canta Rana, por uno de los vigilantes del mismo, el aquí procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, mediante engaño, y allí fue sometido a vejamen sexual, como después lo confió a otro de los empleados del centro recreativo –el cual incluso advierte que, en efecto, el día de los hechos observó descender al procesado y a la víctima de esa zona escarpada- y finalmente a su padre, quien formuló la correspondiente denuncia penal y en sede del juicio describió el cambio de comportamiento de su hijo, fruto del mancillamiento padecido, agregando que hubo de someterse a tratamiento psicológico a más de obligarse cirugía en sus genitales.</p> <p>Empero, de manera que no duda en calificar de absurda la Corte, ese mismo Tribunal, a pesar de advertir digno de entero crédito lo expresado por el menor, aduce que por corresponder el acceso carnal referido por el afectado, a un hecho grave menesteroso de alta penalidad, y conocerse por la experiencia que en este tipo de casos las víctimas dicen penetración anal a lo que finamente los exámenes médicos permiten verificar simples roces o manipulación genital, se hacía necesario presentar prueba pericial que demostrase efectivamente realizada la conducta descrita con rigor por quien para ese momento descontaba diez años de edad.</p>

	<p>Cuando el fallo de segunda instancia significa “<i>necesaria y obligada</i>” la presentación de dictamen pericial que ratifique lo declarado por el menor, no apenas comete el exabrupto de pedir una especie de prueba de la prueba, como si el testimonio no se bastase por sí mismo una vez depurado en su credibilidad intrínseca y extrínseca, sino que incurre en la violación de derecho estudiada por la Corte, en tanto, se trata de tarifar la prueba bajo el entendido que el acceso carnal sólo puede demostrarse con los exámenes en cuestión.</p> <p>Pero, si el Ad quem advierte que el testimonio de la víctima nunca es “<i>garantía absoluta</i>”, por sí mismo, de que se materializó un delito de acceso carnal abusivo, desde luego que incurre, allí sí, en la violación que predica el demandante en casación, dado que está exigiendo una tarifa legal que jamás la ley ha postulado</p> <p>Y si además ese mismo cuerpo colegiado sustenta la necesidad de recurrir a la prueba pericial que corrobore lo dicho por la víctima, en lo que significa una supuesta regla de la experiencia, sólo existente en su magín, apenas puede predicarse caprichosa la decisión absolutoria.</p> <p>No entiende la Sala dónde, en esa inferencia, residen los elementos de universalidad, permanencia y reiteración propios de una verdadera regla de la experiencia y, desde luego, el fallador de segundo grado tampoco se preocupa por explicar cómo determinó que, efectivamente, siempre o casi siempre que un menor dice haber sido accedido carnalmente por el ano, ello es desvirtuado a través de prueba médica.</p> <p>En otras palabras, si se tiene claro que la víctima refirió haber sido accedida carnalmente por el ano en dos ocasiones, describiendo las circunstancias puntuales en que ello se sucedió, sin que se ponga en tela de juicio la credibilidad intrínseca de lo expresado y presentándose prueba de respaldo que sin ambages corrobora esa expresa manifestación testimonial, la única decisión pasible de tomar es la de condenar, al advertirse plenamente demostrada la tipicidad del delito y consecuente responsabilidad del procesado, debidamente señalado e identificado, y sin que en su favor opere alguna circunstancia de ausencia de responsabilidad o siquiera inimputabilidad.</p>
REGLAS DOGMATICAS	Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.
POLO DE RESPUESTA	Prueba directa
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	
CLASE DE SENTENCIA	Confirmadora de principio
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 21 de octubre de 2009, radicado 32.103	

RADICADO 35668	FECHA: 18 de mayo de 2011	M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
TEMA:	Nuevamente se establece una tarifa legal de prueba pericial	
HECHOS	<p>El 26 de julio de 2008, el señor Mauricio Joya formuló denuncia en la cual señala que su hija... de 12 años de edad, se encuentra en el Hospital San José y según valoración médica se tiene conocimiento que fue drogada y violada. En entrevista practicada a Yuri Marcela Rodríguez de 16 años de edad y hermana de..., manifestó que el día 25 de julio de 2008 llegó el señor Diego Mauricio Alvis Candia, solicitando que fuera a recoger a su hermana a su casa porque se encontraba ebria y como intoxicada. Acudió y en el segundo piso de la edificación, en una habitación, encontró a su hermana desmayada, sobre un colchón con la ropa interior por debajo de las rodillas, la falda y la camisa subida, con un olor fétido, manchas de sangre en la ropa interior y las piernas, por lo que avisó a la Policía, y fue trasladada al Hospital San José. Cuando reaccionó, por comentario de la menor víctima, se enteró de que la tarde de los hechos se había ido a tomar ron con Diego, como a la tres se tomó una pastilla que éste le dio para el dolor de cabeza, se sintió mareada y únicamente recuerda que le decía a Diego que no la penetrara más</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	<p>El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá, el 3 de junio de 2010, dictó sentencia de primera instancia en la que condenó a Diego Mauricio Alvis Candia a la pena principal de 195 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir</p>	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	<p>Apelado el fallo por la defensa de Alvis Candia, el Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de octubre de 2010, lo revocó y, en su lugar, lo absolvió del cargo atribuido en el escrito de acusación.</p>	
PROBLEMA JURÍDICO:	<p>La Delegada del Fiscal General de la Nación, basada en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, en tanto exigió para demostrar la estricta tipicidad con relación al punible de acceso carnal con incapaz de resistir la valoración médico legal sexológica.</p> <p>En orden a establecer si el sentenciador incurrió en el aludido yerro en la actividad probatoria, resulta oportuno realizar una breve síntesis respecto de las consideraciones del fallo recurrido:</p>	
OBITER DICTUM	<p>Frente a este punto, el juzgador de segundo grado se cuestiona sobre la cantidad de alcohol que ingirió la adolescente, puesto que la perito sicóloga que la valoró, informó que se había tomado una botella de ron, después ésta indicó que fueron ocho tragos y luego anotó que fue media botella. Por tanto, desatinadamente el Tribunal concluyó que de la evidencia física incorporada al juicio no se puede construir un argumento de incapacidad de resistir, al punto que censura al fallador de primera instancia por haber inferido dicho elemento integrante del</p>	

	<p>tipo sin información científica y especializada.</p> <p>Argumenta que del testimonio de la menor no se deduce que el acusado la haya obligado a tomar licor y a ingerir la pastilla; de ahí que manifieste que no está clara la intención del acusado de aprovechar la condición de inferioridad de la menor para el momento de la relación sexual, puesto que fue voluntariamente que la agredida concurre a la casa de su presunto victimario, no sin antes comprar éstos una botella de licor.</p> <p>En efecto, respecto a la libertad probatoria, el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 estatuye ese postulado, indicando que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.</p> <p>Así, entonces, el mencionado principio de libertad probatoria debe estudiarse bajo una doble perspectiva, a saber:</p> <p>a) Que ley no impone la demostración de un hecho con un determinado elemento de juicio, y</p> <p>b) Que el funcionario judicial goza de liberalidad de arribar a un conocimiento con cualquier elemento de convicción, sin que le sea dable exigir uno determinado para cumplir con la obligación de apreciar los medios de prueba, con respeto a los principios que rigen la sana crítica.</p> <p>A su vez, el postulado de idoneidad de la prueba está referido a que una vez valorados los conceptos de pertinencia y utilidad, conforme a la actividad probatoria desplegada en el trámite del proceso, la probanza debe tener capacidad suficiente para demostrar el acontecer que interesa al objeto del debate en procura de arribar al conocimiento más allá de toda duda, con relación a la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado en orden a proferir un fallo de carácter condenatorio.</p> <p>Es verdad que, como lo indicó el Tribunal y lo destacó la Delegada del Ministerio Público, algunos de los registros técnicos del trámite del juicio oral, público y concentrado no cuentan con un buen audio. Sin embargo, esa situación por sí sola no es suficiente para desechar los medios de convicción que desfilaron en ese acto, puesto que no puede perderse de vista que el juzgador de primera instancia, en ejercicio de los principios de inmediación y concentración, intervino en su producción y aducción, dando fe de lo allí ocurrido, máxime cuando ningún interviniente ha puesto en duda esa situación, como lo hizo el ad quem en orden a absolver al acusado.</p>
<p style="text-align: center;">RATIO DECIDENDI</p>	<p>De acuerdo con las anteriores consideraciones del Tribunal, la Sala advierte que incurrió en la infracción indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, al exigir que en el presente asunto se debía demostrar con prueba técnico científica el elemento integrante del tipo, esto es, con incapaz de resistir, que en el presente caso sería la ingesta de alcohol y el medicamento que suministró el acusado a la adolescente.</p> <p>Recuérdese que el error de derecho por falso juicio de convicción</p>

	<p>consiste en que el juzgador, al apreciar los medios de convicción incorporados a la actuación, niega el valor que la ley le asigna o, contrario sensu, se inventa uno que no estatuye la norma procesal, como sucedió en este evento.</p> <p>En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el sentenciador de segundo grado está reclamando una prueba determinada, en orden a dar por demostrado que la víctima fue puesta en incapacidad de resistir por el consumo de alcohol y un medicamento, lo que, en su criterio, no se encuentra probado, puesto que no se allegó la correspondiente experticia para evidenciar ese puntual aspecto.</p> <p>El yerro del Tribunal radica en la concepción que tiene de los principios de libertad e idoneidad de los medios de prueba.</p> <p>La sentencia de segundo grado, como lo postula la casacionista, está fundada bajo la noción de la ausencia de prueba técnica que demuestre que la víctima fue puesta en incapacidad de resistir, situación que resulta contradictoria con la actividad probatoria desplegada en el trámite del juicio oral, público y concentrado.</p> <p>Según la evidencia probatoria que obra en el diligenciamiento, se conoce que, conforme al análisis realizado por una experta del Grupo de Genética Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se detectó un perfil genético masculino que coincide con el del acusado; de ahí que no se puede excluir que el origen de los espermatozoides recuperados en el cuerpo de la víctima son de Diego Mauricio Alvis Candia, pericia que ingresó al juicio oral con el testimonio de la Doctora Ginna Margoriek, profesional especializada forense.</p> <p>Con relación al estado de inconsciencia de la adolescente, lo cual se traduce en una incapacidad de resistir, el juzgador de primera instancia fue claro y atinado en inferir que ese hecho se hallaba acreditado en el proceso con base en los testimonios de la víctima y de su hermana, estado que provino de la ingesta de bebidas alcohólicas y del consumo de una pastilla, situación que, por demás, no fue objetada por la defensa, llevando a la joven a esa condición, lo que permitió al procesado accederla carnalmente, pues no tenía la voluntad de entender lo que sucedía.</p> <p>Conforme a la evidencia allegada se cuenta con las versiones de la adolescente y la sicóloga, las cuales confirmaron que los hechos ocurrieron en la forma anteriormente narrada.</p> <p>Asimismo, se escuchó en testimonio a la Doctora Carolina Pineda Fernández, sicóloga de la Dirección Seccional, Cuerpo Técnico de Investigación, “a través de quien se ingresó como prueba la entrevista psicológica judicial que se realizó a L.Y.J.R., profesional que concluyó que la menor evoca y manifiesta el acontecimiento, reproduciendo conversaciones bajo el criterio de reversibilidad, especificando tiempo, modo y lugar de la situación hasta el momento en que pierde el conocimiento y reconoce que hasta ese momento estaba en compañía de Diego Mauricio Alvis Candia”.</p> <p>De tal manera, si bien es cierto que al diligenciamiento no se incorporaron dictámenes periciales que informaran el estado de alicoramiento y la pérdida de voluntad de la víctima, de todas formas la</p>
--	--

	<p>prueba testimonial allegada al juicio oral, público y concentrado, es evidente en demostrar que la menor contaba con 12 años, fue hallada inconsciente en la cama que pertenecía al acusado, estaba semidesnuda y vertida en sangre, puesto que había sido accedida carnalmente por Alvis Candia, como así se demostró con el examen de genética que concluyó que el perfil genético correspondía a éste.</p> <p>Por manera que la Sala tampoco comparte la supuesta hipótesis del sentenciador, consistente en que no se demostró cuál fue la cantidad de alcohol que ingirió la menor, puesto que los testimonios fueron claros en indicar que la sustancia consumida por la adolescente fue suficiente para conducirla a un estado de inconsciencia.</p> <p>Ahora bien, desatinado, por decirlo menos, resulta la conclusión del Tribunal en torno a que no está claro si la víctima compareció de manera voluntaria al lugar a libar alcohol y a tener relaciones sexuales con Alvis Candia, pues ésta era una persona tan sólo con doce años de edad, hecho que constituye una presunción de derecho respecto a que ella no tenía libertad de discernimiento con su sexualidad, mientras que su agresor era un adulto que para la época de los hechos contaba con veinte años.</p> <p>Así, el hecho de que no se hubiese incorporado al juicio oral prueba técnica que indicará el grado de alcoholemia en que se encontraba la agredida sexual y, consecuentemente, su estado de inconsciencia, no lleva a colegir que el mencionado hecho no existió, dado que dentro del principio de libertad probatoria el expediente contaba con los medios de convicción suficientes para concluir que la joven fue accedida carnalmente en tanto había sido puesta en incapacidad de resistir, al habersele suministrado de manera simultánea, licor y un medicamento.</p>
REGLAS DOGMATICAS	
POLO DE RESPUESTA	La entrevista de la psicóloga es prueba directa
DECISIÓN:	CASA la sentencia
CONCLUSIÓN:	
CLASE DE SENTENCIA	Confirmadora de principio
CITAS DE SENTENCIA	
Sin citas	

RADICADO 31846	FECHA: 1 de junio de 2011	M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
TEMA:	El dicho del menor tiene especial credibilidad	
HECHOS	<p>El 9 de diciembre de 2006, el menor JJRR, por entonces de 12 años de edad (nació el 10 de septiembre de 1993), despertó en su casa de la calle 101 número 50 A-11, del barrio Santa Cruz de Medellín, y su progenitora Sandra Cristina Rodríguez Restrepo lo notó enfermo, quejándose de un dolor en el pene, razón por la cual lo llevó al médico y allí se verificó que padecía blenorragia.</p> <p>Interrogado al respecto, el niño informó que aproximadamente entre 9 y 11 de la mañana del sábado 25 de noviembre de ese año se dirigió, en compañía de su hermano de 6 años de edad, a la peluquería del señor Ómar Darío Velásquez Beltrán, ubicada en la calle 100 número 51 A-12 del mismo barrio, con el fin de que les cortaran el cabello. Cumplido el acto con el pequeño de 6 años, este se fue a jugar al patio y Velásquez Beltrán repitió la tarea con JJRR.</p> <p>Terminado el corte de cabello, Velásquez Beltrán procedió a manosear al menor en sus partes íntimas, le pidió lo besara en las tetillas, le mostró el miembro viril, lo obligó a pararse, le bajó la pantaloneta y, ante el rechazo del niño, lo tomó por la fuerza de la cintura, se puso detrás suyo y le introdujo el pene en el ano. Velásquez Beltrán eyaculó sobre el ano del niño y cogió el pene de éste, sacudiéndoselo fuertemente, tras lo cual lo dejó ir, pero lo amenazó con que no contara nada porque él y su hermano sufrirían las consecuencias.</p> <p>JJRR agrega que llegó a su casa, por miedo no dijo nada y lavó sus interiores, pero que pasados unos 15 días no resistió el dolor en el pene y le contó a su mamá.</p>	
DECISION DE PRIMERA INSTANCIA	Mediante sentencia del 29 de noviembre de 2007, la Juez 14 Penal del Circuito de Medellín absolvió al señor Ómar Darío Velásquez Beltrán del cargo que como responsable de la conducta de acceso carnal violento agravado le había formulado la Fiscalía.	
DECISION SEGUNDA INSTANCIA	El 27 de enero de 2009 el Tribunal Superior de la misma ciudad lo revocó. En su lugar, declaró a Velásquez Beltrán autor penalmente responsable de ese delito. Le impuso 172 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.	
PROBLEMA JURÍDICO:		
OBITER DICTUM	<p>Los estudiosos, dice, explican que en las primeras relaciones anales el esfínter no dilata fácilmente, por lo que, para evitar lesiones, deben utilizarse lubricantes, y el quejoso nada indica sobre ello, además de no haber sufrido desgarros, que eran de esperarse si se admite que medió violencia. Tampoco se encontró gonorrea en el ano del menor, que de necesidad ha debido presentarse.</p> <p>La primera censura del señor defensor apunta a la imposibilidad de que su asistido pudiese haber contagiado la blenorragia a la víctima y, por contera,</p>	

	<p>haberlo ultrajado sexualmente, en el entendido de que si el menor presentó los síntomas de la enfermedad el 9 de diciembre, el hecho ha debido producirse, como máximo, el 30 de noviembre anterior, en tanto la bacterióloga experta que declaró en el juicio señaló un periodo de incubación que oscilaba entre 2 y 10 días. Así, concluye, la agresión no pudo ocurrir el 25 de noviembre.</p> <p>Por lo demás, la conclusión científica respecto del periodo de incubación de la blenorragia y la presencia de síntomas no es axiomática como pretende la defensa. Nótese cómo ni siquiera los dos autores citados por el demandante concuerdan, en tanto señalan periodos de incubación diferentes, en demostración clara de que el asunto no es exacto, como se anuncia.</p> <p>Por el contrario, la literatura científica especializada, si bien apunta a que la sintomatología se presenta en un lapso que puede oscilar entre 2 y 10 días, también es unánime en describir que en muchos casos ese periodo se extiende hasta unos 20 ó 30 días</p> <p>La testigo experta no es la única que acude a referir la fácil y pronta cura de la blenorragia, pues la literatura científica especializada refiere otro tanto e, incluso, pone de presente que potentes medicamentos permiten que en una sola aplicación se erradique la enfermedad.</p> <p>El Tribunal se detuvo en la cantidad de incidentes descritos por el menor y la forma en que lo hizo, no obstante el intenso y duro cuestionamiento a que fue sometido y, a partir de su capacidad intelectual, la ausencia de alteraciones físicas, lo espontáneo y expresivo de su relato, le confirió eficacia en cuanto a la descripción del suceso y el señalamiento del responsable.</p> <p>La buena conducta anterior del sindicado no puede pretenderse como indicador de ausencia de responsabilidad, por cuanto admitir tal tesis descartaría el comportamiento del delincuente único, ocasional o primario, toda vez que en tales supuestos es evidente que existe “una primera vez”</p>
<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>La inferencia defensiva parte de un supuesto equivocado, en tanto tiene por demostrado que fue el 9 de diciembre de 2006 cuando en el menor surgieron los síntomas de la enfermedad. El recurrente se equivoca, pues parte de tal fecha, que parece haber tomado del momento en que se instauró la denuncia, acto que en efecto, a voces de la acusación, sucedió el 9 de diciembre de 2006</p> <p>El yerro del señor defensor se origina en una lectura descontextualizada, en tanto queda claro que ese día, 9 de diciembre, fue cuando la madre del menor se percató de lo que sucedía, pero nunca se dice que fue en ese momento cuando se presentaron los síntomas del contagio</p> <p>Por manera que se desprende que se está ante dos momentos diversos: (i) cuando la progenitora se enteró del hecho (9 de diciembre), y, (ii) cuando la agresión tuvo lugar (unos 15 días anteriores al 9 de diciembre).</p> <p>De nuevo, entonces, se tiene que las pruebas apuntan a que la agresión sexual y el consecuente contagio venéreo sí tuvieron lugar el 25 de noviembre.</p> <p>A ese razonamiento debe oponerse que conforme con la bacterióloga Blanca Nubia Gaviria Correa, en cuyo testimonio se apoya el recurrente, la infección es de fácil erradicación, pues con los medicamentos apropiados se cura en unos dos o tres días, de tal forma que si los hechos sucedieron el 25 de noviembre, para cuando el menor los refirió y permitió la intervención de las</p>

	<p>autoridades (9 de diciembre), el agente transmisor pudo contar con el tiempo y ocasión de aplicarse las drogas necesarias para eliminar la enfermedad. desde la ciencia, el dictamen médico que encontró gonorrea en el menor y el dicho creíble de este, se demuestra que sí hubo transmisión de la enfermedad.</p> <p>El juzgador de segunda instancia, en contra de la queja defensiva, sí ofreció fundamentos para creer en las palabras de la víctima. Incluso, el recurrente niega su cargo, como que relaciona que el Tribunal hizo mención a estudios científicos, cuyas bases aplicó al caso concreto, que concluyen que tratándose de delitos sexuales, la víctima, por lo general testigo único de lo acaecido, tiene una tendencia natural a relatar la verdad.</p> <p>El argumento defensivo de que los padres del menor y éste mismo se refieran en buenos términos al comportamiento pasado del acusado, a quien tenían en buena estima, en contra de las pretensiones de la demanda, lo que hace es acudir en apoyo de la tesis de que el infante relata la verdad, como que, precisamente, estando ausente su ánimo y el de sus parientes de deseos vindicativos, se infiere que solamente se relata lo realmente percibido.</p> <p>Aspectos como inconsistencias menores sobre la hora de llegada al lugar del suceso, el momento del retorno al hogar y el tiempo que duró el acto, antes que apuntar a la mendacidad el menor, lo que permiten es ratificar que se narra la verdad, en tanto ello obedece a que un niño no tiene fijación puntual sobre aspectos no trascendentes, mientras que en relación con el asunto central, que marcó su vida, sí existe tal fijación y por ello la reiteración al respecto es total.</p> <p>La credibilidad que merece el señalamiento del menor aparece corroborada por la demostración plena de que fue infectado con blenorragia, circunstancia objetiva que descarta la mendacidad, en tanto, no existiendo prueba en contrario, se tiene como inobjetable que la víctima fue contagiada y que ello solamente pudo ser producto de una relación sexual. Por tanto, si los elementos de juicio señalan que el único que accedió en esa forma a la víctima fue el procesado, de necesidad se infiere que éste fue el agresor.</p>
REGLAS DOGMATICAS	Respecto de la confiabilidad que merece el testimonio de la víctima de un delito sexual, la Corte se ha pronunciado en términos similares a los referidos por el Tribunal
POLO DE RESPUESTA	El testimonio es prueba directa
DECISIÓN:	NO CASA
CONCLUSIÓN:	Vuelve la Corte a consolidar y mantener su postura respecto a la credibilidad del menor y su corroboración con otros medios de prueba
CLASE DE SENTENCIA	HITO DOMINANTE
CITAS DE SENTENCIA	
Sentencia del 23 de junio de 2010 radicado 33010	
Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23706	
Sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468	