



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP1557-2018

Radicación n° 47423.

(Aprobado Acta n° 145)

Bogotá D.C.,-nuevo (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de WILMER ALBEIRO PÁEZ JIMÉNEZ en contra del fallo proferido el 28 de octubre de dos mil quince por el Tribunal Superior de Bogotá, que **revocó** la sentencia absolutoria emitida el tres de junio del mismo año por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de esta ciudad y, en consecuencia, condenó al procesado en los términos que serán indicados más adelante.

2. HECHOS

WILMER ALBEIRO PÁEZ JIMÉNEZ realizó actos sexuales diversos del acceso carnal con la niña L.P.M.R., de 11 años de edad, consistentes en besarla, poner su cuerpo sobre el de ella con la finalidad de masturbarse, entre otros. Los hechos ocurrieron en diversas ocasiones, en el año 2011, en la casa donde ambos residían, ubicada en el casco urbano de esta ciudad.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

El tres de agosto de 2012 la Fiscalía le imputó a PÁEZ JIMÉNEZ el delito de actos sexuales con menor de 14 años (Art. 209 del Código Penal), agravado por la circunstancia prevista en el artículo 211, numeral 2º, ídem, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles. El 10 de enero lo acusó bajo los mismos presupuestos fáctico y jurídico.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el tres de julio de 2015 el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de esta ciudad profirió sentencia absolutoria.

El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la apoderada de la víctima activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la sentencia impugnada y condenó al procesado a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 114 meses, tras hallarlo penalmente responsable del delito objeto de acusación, salvo en lo

atinente a la referida circunstancia de agravación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Lo anterior, mediante proveído del 28 de octubre de 2015, que fue objeto del recurso de casación impetrado por el defensor de PÁEZ JIMÉNEZ.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, el censor plantea que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho en las modalidades de falso juicio de identidad y falso raciocinio, que determinaron la emisión de la condena.

Al efecto, resalta que el fallador de segundo grado “recortó” los testimonios de Flor Elva Murillo González, Miguel Murillo González, Diana Patricia Páez Jiménez, Gladys Jiménez Montoya, Lorena Maritza Medina y WILBER ALBEIRO PÁEZ JIMÉNEZ, y por ello no se percató de lo siguiente: (i) los motivos que tenía la madre de la víctima para organizar un montaje orientado a perjudicar al procesado y a su hermana; (ii) la imposibilidad de que los hechos hayan ocurrido tal y como fueron declarados en el fallo impugnado, porque la víctima nunca estuvo a solas con el procesado (iii) los comportamientos asumidos por la progenitora de L.P.M.R., que denotan la mendacidad de sus aseveraciones; (iv) la compleja personalidad y el fanatismo religioso de la denunciante, que pudieron llevarla a hacer la

falsa imputación; y (v) la manera respetuosa como el procesado solía tratar a los menores, en especial a la niña L.P.M.R. Agregó:

Estas pruebas consideradas y analizadas en conjunto llevan a desmentir las afirmaciones realizadas por la presunta víctima y a corroborar que las contradicciones en que incurrió la menor de edad y las cuales quedaron mencionadas en la sentencia de primera instancia y en los alegatos de instancia son una muestra clara de la inexistencia del hecho y de la irrealidad de sus afirmaciones, las contradicciones son producto de que la niña no vivió esos acontecimientos, y por ende, no los puede recordar de manera lógica, coherente y responsiva, pues no hay que olvidar que un hecho como ese genera un alto impacto que hace que los menores puedan recordarlo con facilidad y puedan ser repetidos una y otra vez, claro está, respetando ese núcleo fáctico.

En lo que concierne al falso raciocinio, resaltó que el Tribunal:

Al valorar los testimonios de Flor Elvia Murillo González y Miguel Murillo, parientes de L.P.M.R., no tuvo en cuenta que “*desde la óptica de la común ocurrencia de los hechos, en atención a las reglas generales de la experiencia y de la lógica, se torna determinable y verificable, que casi siempre, los familiares de sangre de la víctima tienden a protegerla a ella y no al procesado*”. Así, la actitud de estos testigos, claramente orientada a sostener la inocencia del procesado, se aviene a la hipótesis de que la víctima pudo ser presionada por su madre para que mintiera.

Tampoco tuvo en cuenta lo que indica la experiencia en el sentido de que *“cuando un menor de edad es víctima de una agresión sexual, siempre o casi siempre, se aleja de su agresor y evita a toda costa compartir cualquier espacio con él”*. A la luz de esta *“máxima”*, no es creíble que L.P.M.R. realmente haya sido agredida sexualmente por PÁEZ JIMÉNEZ, pues las pruebas indican que se sentía a gusto con él, al punto que con frecuencia iban al parque a jugar.

En la misma línea –agrega– se desatendieron *“los criterios de apreciación de la prueba pericial, lo que conllevó a que no se aceptaran las conclusiones de la perito psicóloga Claudia Alexandra Rodríguez Yepes, cuando, como lo dijo el Tribunal, ella no entrevistó a la niña”*. Además, no tuvo en cuenta la *“literatura científica”*, según la cual

La práctica médico-judicial muestra que las actuaciones originadas por los atentados a las costumbres descansan a menudo sobre falsas alegaciones dictadas por motivos diversos. Según Dufour, 60 a 80% de las denuncias por atentados al pudor en niñas son infundadas.

... (Niños) presionados por preguntas malintencionadas que los orienten sobre las respuestas a dar, precisan la acusación, que es a menudo el punto de partida de pesquisas judiciales injustificadas.

Considera inapropiado que el testimonio de la experta haya sido desestimado porque no tuvo contacto con la víctima, pues, entre otras cosas, la Ley 1652 de 2013 prohíbe que los menores sean interrogados en varias ocasiones, lo que obliga a la defensa a basarse en las

entrevistas tomadas por el ente acusador. A ello debe agregarse que la opinión sobre la credibilidad del relato está basada en técnicas ampliamente aceptadas judicialmente.

En ese mismo apartado se refirió a la ausencia de prueba sobre los daños causados a la niña en el ámbito de su sexualidad, pues no hay evidencia de que haya adoptado comportamientos que den cuenta de ello.

De otro lado, sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta que *“la experiencia nos indica, que cuando una persona tiene conocimiento que en su contra pesa una denuncia por un delito tan grave como este, teniendo la oportunidad de fugarse lo hace”*.

Finalmente, hizo alusión al principio lógico de razón suficiente, basado en algunos pronunciamientos de esta Corporación. Da a entender que las hipótesis de la Fiscalía y de la defensa son razonables, por lo que debe optarse por el camino de la absolución.

Basado en estos argumentos, de los que se hará una relación más detallada en cuanto resulte necesario, solicita a la Sala casar el fallo impugnado y, en consecuencia, dejar vigente la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito.

5. SUSTENTACIÓN

El defensor reiteró, en esencia, los argumentos incluidos en la demanda. Resaltó que el Tribunal no valoró en su integridad las pruebas presentadas por la defensa, lo que afecta el derecho del procesado a rebatir las pruebas que soportan la acusación.

El delegado de la Fiscalía, la representante del Ministerio Público y el funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar coincidieron en que la pretensión del censor debe ser desestimada.

El primero, hizo énfasis en que: (i) el Tribunal valoró las pruebas según los postulados de la sana crítica; (ii) los testigos de la defensa, muchos de ellos cercanos al procesado, asumieron que a este se le imputa un acto violento y, a partir de esa inexactitud, hicieron énfasis en que no pudo haberlo realizado; (iii) los relatos de la menor coinciden con los de su progenitora; (iv) la madre de la víctima buscó la confirmación médico legal del abuso sexual, reaccionó violentamente cuando se enteró de los hechos y denunció por lo que le dijeron los policiales que la atendieron, lo que descarta el montaje a que alude la defensa; y (v) las inexactitudes en el testimonio de la víctima no tienen la entidad suficiente para descartar su verosimilitud, pues siempre mantuvo su relato en los aspectos esenciales.

La segunda, agregó: (i) el Juzgado y el Tribunal valoraron los testimonios presentados por la defensa; (ii) a dichos declarantes solo les consta el comportamiento del

procesado; (iii) estos testigos no aportaron elementos que permitan desvirtuar la hipótesis de la acusación; (iii) la víctima se refirió clara y reiteradamente a los abusos sexuales; (iv) durante su declaración, la menor hizo palmaria su afectación por estos hechos; (v) el dictamen presentado por la defensa no es de recibo, bien porque la perito no tuvo contacto con la víctima, ora porque se limitó a hacer “*críticas subjetivas*” al concepto emitido por su colega del Cuerpo Técnico de Investigación.

El último, resaltó que la víctima y su progenitora no tenían razones para mentir con el propósito de perjudicar al procesado.

6. CONSIDERACIONES

6.1. El fundamento de la condena

La menor L.P.M.R. compareció al juicio oral y explicó en detalle la conducta del procesado, quien en reiteradas ocasiones puso su cuerpo sobre el de ella y realizó movimientos claramente orientados a su satisfacción sexual, al tiempo que hizo que la niña le tocara el pene con sus manos.

El Tribunal resaltó la claridad del relato de la víctima y explicó que la verosimilitud del mismo no se ve disminuida por algunas imprecisiones, toda vez que: (i) si los hechos ocurrieron en diversas ocasiones, es lógico que se haya referido a diferentes horarios y lugares; (ii) el hecho

de que haya mencionado su *“vagina, senos y cola”* cuando se le indagó por las partes de su cuerpo, no evidencia la mendacidad del relato; (iii) aunque en el juicio oral dijo que el procesado tuvo la intención de tocar las referidas partes corporales, lo que podría generar confusión en torno a si efectivamente las tocó, el censor no tuvo en cuenta que *“la niña aludía a una situación en donde el procesado estaba encima de ella espetándole insinuaciones sobre sus partes íntimas lo que pone de presente una connotación sexual de tal comportamiento...”*; y (iv) como ocurrieron varios abusos, *“la similitud plena como las diferencias en detalles en cada narración no conllevan a afirmar la mendacidad o alteración de los hechos, puesto que no puede dejarse de lado que quien expone lo sucedido es una niña a quien se invadió su intimidad y sexualidad”*.

A lo anterior, debe agregarse lo siguiente:

La menor L.P.M.R. compareció al juicio oral, lo que le permitió a las partes someterla a un interrogatorio cruzado que solo tuvo como límite la necesaria protección de sus derechos. En el interrogatorio directo hizo un relato con suficientes detalles, no solo porque describió la particular acción desplegada por el procesado (poner su cuerpo sobre el de ella y realizar movimientos claramente orientados a su satisfacción sexual), sino que, además, explicó los contextos en que ello ocurrió. Por ejemplo, cuando hizo alusión a lo acaecido en la terraza, espontáneamente dijo que subió allí a dejar sus medias y en ese momento fue interceptada por el procesado, quien realizó la conducta

que se acaba de describir. Igualmente, cuando narró lo sucedido en su cuarto, se refirió puntualmente a la llegada de su hermano Sebastián, que fue quien alertó a su progenitora sobre la situación irregular que se venía presentando.

El Juez facilitó la impugnación de la testigo. Así, el defensor tuvo amplias posibilidades durante el contrainterrogatorio. Cuando expresó su intención de utilizar la grabación de la entrevista rendida por L.P.M.R. por fuera del juicio oral, para impugnar su credibilidad, el director de la audiencia le indagó si contaba con los medios técnicos, y como este sujeto procesal no tomó las medidas necesarias para ello, el Juez ofreció aplazar el interrogatorio. Finalmente, el defensor, para confrontar a la niña, se sirvió del informe presentado por la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía.

A la pregunta de por qué en su entrevista inicial dijo que los hechos ocurrieron a la una de la tarde, mientras que en el juicio manifestó que a las 2 de la tarde o a las siete de la noche, la menor explicó que fueron varios episodios y que *“no siempre era a la misma hora”*. Cuando se le indagó por qué a la psicóloga no le mencionó lo sucedido en la terraza, expuso que los hechos no siempre sucedían en el mismo lugar. Y cuando se le reprochó porque en su versión inicial no se refirió al intento del procesado de tocar su vagina y al hecho de que ella le tocó el pene, espontáneamente replicó que en aquel momento le *“dio pena”*.

De otro lado, el testimonio de L.P.M.R. fue corroborado por los demás testigos, incluso por los de la defensa, en cuanto manifestaron que para la fecha de los hechos el procesado residía en el mismo inmueble habitado por ella, sus padres y sus hermanos.

De manera más puntual, la madre de L.P.M.R. declaró que en repetidas ocasiones notó que PÁEZ JIMÉNEZ hizo evidente su nerviosismo cuando ella llegaba intempestivamente al lugar donde él se encontraba a solas con la menor, razón por la cual pensó que algo irregular podría estar sucediendo.

La claridad y riqueza descriptiva del relato de la víctima, las razonables explicaciones que dio al ser confrontada por la defensa, la ausencia de razones para que mintiera con el propósito de perjudicar al procesado y el respaldo que encuentra en los demás medios de prueba, permite concluir que la condena tiene suficiente fundamento. Por tanto, debe analizarse lo que plantea la defensa en torno a las pruebas exculpatorias, para determinar la existencia de los errores que alega y, de ser el caso, establecer la trascendencia de los mismos.

6.2. El debate sobre la prueba presentada por la defensa

La Sala analizará los tres temas propuestos en la demanda: (i) el falso juicio de identidad frente los

testimonios; (ii) la trasgresión de las reglas de la sana crítica; y (iii) lo atinente a la prueba pericial.

6.2.1. El falso juicio de identidad frente a los testimonios

Sobre los testimonios practicados a instancias de la defensa, el Tribunal concluyó:

[l]as declaraciones de Flor Elva Murillo González, Miguel Murillo González, Diana Patricia Páez Jiménez, Gladys Jiménez Montoya y Lorena Maritza Medina, traídas por la defensa para apoyar su tesis, no tienen el peso suficiente para descartar lo dicho por la afectada toda vez que estas personas no presenciaron los hechos sino que dan cuenta de las condiciones de vida del procesado y su relación con la niña y su familia, manifestaciones que si bien no se desconocen, obedecen a aspectos comportamentales de la vida cotidiana del señor PÁEZ JIMÉNEZ, pues éste actuó, precisamente, cuando ninguno de ellos estaba presente, es decir, desplegó comportamientos delictivos al margen de su ambiente social y familiar de tal forma que no fuese descubierto.

El impugnante tiene razón en cuanto afirma que esta apretada síntesis de las pruebas de la defensa no se aviene al pleno contenido de las mismas, porque estos testigos, además de referirse a los temas mencionados por el Tribunal, hicieron hincapié en los problemas suscitados entre la madre de la víctima, el procesado y la hermana de éste (Diana), lo que, según la teoría de la defensa, pudo dar lugar al supuesto montaje de que fue víctima WILMER ALBEIRO PÁEZ JIMÉNEZ. Así, bien puede afirmarse que el

Tribunal incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad.

Igualmente, en principio podría afirmarse que incurrió en un error de la misma naturaleza, en la modalidad de falso juicio de existencia, en cuanto no valoró el testimonio del procesado.

Sin embargo, la falta de trascendencia de estos yerros se hace palmaria al contrastar los argumentos del impugnante y el contenido de estos medios de prueba.

El memorialista descarta la ocurrencia del abuso sexual, bajo el argumento de que a L.P.M.R. *“le gustaba compartir en las noches con el señor WILMER ALBEIRO PÁEZ, **con mucha frecuencia por cierto**¹, en el parque jugando microfútbol, hecho del que se descarta que ella sintiera algún rechazo o temor hacia él, propio de menores de edad que han sido víctimas de abuso sexual”*. De esta forma –dice– se desconoció que *“la experiencia nos indica, que cuando un menor de edad es víctima de una agresión sexual, siempre o casi siempre, se aleja de su agresor y evita a toda costa compartir cualquier espacio con él”*.

En primer término, debe aclararse que ese enunciado no puede tenerse como máxima de la experiencia, porque: (i) no se trata de fenómenos que puedan observarse asiduamente, al punto que sea posible deducir la regla que los gobierna; (ii) la “máxima” indicada por el censor no da

¹ Negrillas fuera del texto original.

cuenta de la forma como casi siempre ocurren estos asuntos; y (iii) la existencia de simpatía entre la víctima y su agresor, el hecho de que el menor no comprenda el sentido y alcance de los actos sexuales, entre otras, pueden ser razones para que no se presenten los rechazos que echa de menos el impugnante.

De otro lado, se observa una evidente contradicción en los argumentos del memorialista, porque, de un lado, plantea que no se tuvo en cuenta lo que dijeron los testigos en torno a la cercanía que existía entre el procesado y la víctima, y de otro, le reprocha al Tribunal que no haya valorado el testimonio de su representado, quien a lo largo de su disertación hizo hincapié en el poco o inexistente contacto con L.P.M.R.: “no tenía ninguna relación con los hijos” (minuto 16); “los muchachos no sé qué hacían” (minuto 18:46); frecuentaba el primer piso pocas veces, solo para comer (...) ni comía ahí, me sentaba en la cafetería de un amigo (...) “no iba ni a dejar el plato” (minuto 20); solo se relacionaba con Sebastián y no sabía qué hacían los otros niños (minuto 21:32); cuando iba a jugar microfútbol, a los niños los veía por fuera de la cancha, no tenía ningún contacto con ellos, ni fotos, ninguna relación con L.P.M.R. (minuto 22:40).

En esta misma línea, mientras el procesado se empeñó en alegar que no permanecía en el primer piso de la residencia, al punto que prefería llevarse la comida para la cafetería de un amigo, su hermana, Diana, declaró que

incluso lo observó viendo televisión en la alcoba de la denunciante.

Así, es evidente que la versión del procesado, orientada a demostrar que no tenía contacto con la víctima y que no frecuentaba el primer piso de la vivienda, donde L.P.M.R. vivía con sus padres y sus hermanos, riñe con lo que expresaron los otros testigos de la defensa e incluso con los alegatos del censor en cuanto afirma que la niña se iba constantemente con WILMER para el parque a jugar y no mostraba miedo o rechazo hacia este. Por demás, PÁEZ JIMÉNEZ se refirió a las razones que tuvo la madre de la víctima para dirigir un montaje para perjudicarlo, lo que será objeto de análisis más adelante.

De otro lado, el censor resaltó lo que expresaron los testigos en el sentido de que la madre de L.P.M.R. pudo tener dos razones para determinar a su hija para que mintiera. Primero, estaba celosa porque su esposo decidió enseñarle a conducir a Diana una camioneta, a lo que se aunó que esta chocó el carro y le causó daños significativos. Además, porque el procesado tenía imágenes religiosas en su cuarto, contrarias a las creencias que ella profesaba, y estaba empeñada en que los hermanos PÁEZ JIMÉNEZ se “*convirtieran*”. Agregó que cuando la señora Romero llevó a la menor para el reconocimiento médico legal, dos policías le dijeron que tenía que denunciar, so pena de convertirse en cómplice del delito, lo que pudo determinarla para presentar la queja que dio inicio a la

presente actuación. Al respecto, la Sala considera lo siguiente:

Si la denunciante, con su escasa formación (estudió hasta quinto de primaria), optó por realizar un “*montaje*”, consistente en que su hija dijera que el procesado “*se le montó encima*”, ambos con la ropa puesta, y realizó los ya referidos movimientos, no tiene sentido que haya decidido llevar a la niña a un hospital para que “*la revisaran*”, pues de antemano sabría que los médicos no hallarían nada, lo que, en principio, le podría favorecer a WILMER ALBEIRO.

En el mismo sentido, cuando el censor plantea que los policiales determinaron a la madre de la víctima para que formulara la respectiva denuncia (le advirtieron que podría ser penalizada si no lo hacía), contradice la hipótesis de que se trató de un montaje, pues la intervención de los uniformados ocurrió luego de que la señora Claudina Romero decidió pedir ayuda estatal para constatar si su hija había sido víctima de abuso sexual. La postura del censor frente a las presiones de los policiales es compatible con la idea de que la denunciante realmente estaba convencida de la ocurrencia de los hechos ilegales y por ello llevó a su hija al hospital, donde descartaron el acceso carnal pero se dejó sentado, a la luz de lo narrado por la menor, que posiblemente había sido objeto de abuso sexual.

Lo anterior guarda armonía con lo planteado por los testigos de la defensa en el sentido de que ese día Claudina Romero, por primera vez, reaccionó violentamente en contra del procesado, luego de que su hija le contara lo que venía sucediendo. Esto por cuanto no es extraño que una madre reaccione de esa manera al enterarse de una situación de tal magnitud.

Bajo el entendido de que las relaciones de la señora Romero y WILMER eran buenas (hasta ese momento no se habían presentado enfrentamientos o situaciones relevantes) y que su supuesto ánimo de venganza estaba centrado en la joven PÁEZ JIMÉNEZ, era de esperarse que el alegado montaje fuera dirigido en contra de esta, sin necesidad de involucrar a sus hijos y mucho menos en un asunto tan grave como el abuso sexual. Al respecto, debe resaltarse la forma detallada como la víctima describió los hechos, pues no se redujo a describir tocamientos indebidos u otros hechos de más fácil invención, sino a una particular forma de abuso, consistente en que el agresor ponía su cuerpo sobre el de ella y realizaba movimientos eróticos que fueron claramente descritos.

La otra línea argumentativa del censor se orienta a demostrar que el señor Pablo Murillo, padre de la víctima, al parecer expresó reiteradamente que no creía que los hechos hubieran ocurrido, al tiempo que resaltó el mal carácter de su esposa y se refirió a ella en términos despectivos. Estos planteamientos no son de recibo, porque: (i) este testigo no fue citado al juicio, ni su

declaración se incorporó como prueba de referencia, lo que impide su valoración; (ii) el hecho de que el padre de la víctima “*no creyera*” que los hechos ocurrieron, no le resta mérito a los testimonios de la víctima y su progenitora; (iii) los testigos de la defensa coinciden en que el dictamen médico legal fue determinante para descartar el hecho delictivo, lo que hace evidente que la inexistencia del acceso carnal fue asimilado a la ausencia de abuso sexual; y (iv) los testigos de la defensa se refirieron a las malas relaciones del señor Murillo y su esposa, lo que puede explicar por qué este al parecer la descalificaba reiteradamente.

Por último, las manifestaciones que hizo la denunciante luego de enterarse de lo que venía sucediendo no se contraponen a la real ocurrencia de los hechos, pues no es extraño que una madre desee que el sujeto que abusó sexualmente de su hija (de 11 años) asuma las respectivas consecuencias punitivas. Por tanto, si la señora Claudina Romero dijo que quería que WILMER ALBEIRO “*se pudriera en la cárcel*”, de ello no puede inferirse la mendacidad de su relato ni el ánimo de determinar a su hija para que faltara a la verdad.

6.2.2. Las supuestas máximas de la experiencia que no fueron consideradas por el Tribunal

En reiteradas ocasiones la Sala ha precisado las cargas argumentativas que deben asumirse cuando se propone un falso raciocinio, concretamente la trasgresión de las

máximas de la experiencia. En la decisión CSJ SP, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, reiteró:

Es pacífico que las máximas de la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana (CSJ AP, 29 Ene. 2014, Rad. 42086, entre muchas otras).

Es de su esencia que se refieran a fenómenos cotidianos, pues frente a los que no tienen esta característica no es factible, por razones obvias, constatar que siempre o casi siempre ante una situación A se presenta un fenómeno B, al punto que sea posible extraer una regla general y abstracta que permita explicar eventos semejantes.

De ahí que un error, frecuente por demás, consista en tratar de estructurar máximas de la experiencia frente a fenómenos esporádicos o frente a aquellos que no son observables en la cotidianeidad, en un determinado entorno sociocultural.

Cuando el proceso inferencial pueda hacerse a partir de una máxima de la experiencia, la argumentación suele expresarse como un silogismo, donde la máxima de la experiencia es la premisa mayor, el dato demostrado (otrora llamado hecho indicador) constituye la premisa menor, y la síntesis dará lugar a la respectiva conclusión.

Así, por ejemplo, si no existe “prueba directa” de que varias personas acordaron previamente realizar una conducta punible (elemento estructural de la coautoría), pero se tiene el dato de que actuaron coordinadamente, el dato desconocido (el acuerdo previo) puede inferirse razonablemente a partir del dato conocido (actuaron coordinadamente), a partir de un enunciado general y abstracto que puede extraerse de la observación cotidiana y repetida de fenómenos, que podría expresarse así: casi siempre que varias

personas ejecutan una acción de forma coordinada es porque previamente han acordado su realización.

Valga aclarar que este tipo de reglas no se extrae de la observación frecuente de acuerdos para cometer delitos (esto escapa a la posibilidad de observación cotidiana), sino de la percepción de fenómenos frecuentes sobre el comportamiento de los seres humanos cuando interactúan armónicamente entre sí: eventos deportivos, trabajos grupales, etc.

Como es apenas obvio, el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento. Así, por ejemplo, entre mayor sea la cobertura de la regla: “casi siempre que los seres humanos actúan coordinadamente es porque previamente han acordado realizar la acción conjunta”, mayor será la fuerza del argumento estructurado a partir del dato de que varias personas actuaron coordinadamente, claro está, bajo el entendido de que el mismo está demostrado.

*Un argumento de esa naturaleza suele ser suficiente, **incluso si se le considera aisladamente**, para sustentar un determinado aspecto de la responsabilidad penal.*

Frente a esas estructuras argumentativas, es un error frecuente que se tomen como máximas de la experiencia enunciados generales y abstractos que no tienen esa categoría, bien porque no se trate de fenómenos que puedan observarse en la cotidianidad, ora porque los mismos transcurran de forma diferente o irregular, lo que impide extraer una ley o máxima uniforme.

Aunque las máximas de la experiencia constituyen una importante expresión de la sana crítica, no puede asumirse que los datos que no queden cobijados por uno de estos enunciados generales y abstractos carezcan de importancia en el proceso de determinación de los hechos en materia penal.

En muchos casos, la fuerza argumentativa emanada de las máximas de la experiencia puede suplirse por la convergencia y concordancia de los datos, al punto que de esa forma puede alcanzarse el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal para emitir un fallo condenatorio: certeza –racional-, en el ámbito de la Ley 600 de 2000, y convencimiento más allá de duda razonable, en los casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004.

Por ejemplo, si tres meses después de ocurrido un homicidio a una persona se le encuentra en su poder el arma utilizada para causar la muerte, sería equivocado pretender, a partir de este hecho aislado, concluir con un alto grado de probabilidad, en virtud de una supuesta máxima de la experiencia, que es el autor del delito, porque no se trata de un fenómeno de observación cotidiana, que además ocurra siempre o casi siempre en un mismo sentido y que, por tanto, permita extraer una regla general y abstracta que garantice el paso del dato a la conclusión.

Sin embargo, no cabe duda de que ese dato (el hallazgo, tres meses después, del arma homicida), sumado a otros que apunten en idéntica dirección, puede dar lugar al nivel de conocimiento necesario para emitir la condena, verbigracia cuando se aúna a que el procesado fue visto cuando huía del lugar de los hechos segundos después de la agresión, a que éste había amenazado de muerte a la víctima, entre otros.

En estos casos, los datos, aisladamente considerados, no permiten arribar a la conclusión en un nivel alto de probabilidad, pero ese estándar de conocimiento puede lograrse por la convergencia y concordancia de los mismos, esto es, porque todos apuntan a la misma conclusión y no se excluyen entre sí.

Son, sin duda, dos formas diferentes de argumentación.

La primera (basada en máximas de la experiencia) adopta la forma de un silogismo, donde el enunciado general y abstracto, extraído de la observación cotidiana de fenómenos que casi siempre ocurren de la misma manera, permite extraer una regla que se utiliza para explicar el paso del dato a la conclusión en un evento en particular.

En el ejemplo inicial, esta argumentación se plantearía así:

Premisa mayor: Siempre o casi siempre que los seres humanos realizan una acción coordinada es porque previamente acordaron realizar esa acción.

Premisa menor: Los procesados realizaron la acción de manera coordinada

Conclusión: los procesados previamente habían concertado la realización de la acción.

La segunda, está estructurada sobre la idea de que los datos, aisladamente considerados, no tienen la entidad suficiente para arribar a una conclusión altamente probable, pero analizados en su conjunto pueden permitir ese estándar de conocimiento: le fue hallada el arma utilizada para causar la muerte, huyó del lugar de los hechos instantes después de que las lesiones fueron causadas, había proferido amenazas en contra de la víctima, etcétera.

Cuando el fallador estructura la argumentación que le sirve de soporte a la condena a partir de máximas de la experiencia, el reproche en casación puede orientarse a cuestionar: (i) errores de hecho o de derecho en la determinación de los hechos indicadores, (ii) la falta de universalidad de los enunciados generales y abstractos utilizados como máximas de la experiencia, entre otros.

Si el fallo se estructura sobre la idea de datos que por su convergencia y concordancia permiten alcanzar el nivel de conocimiento exigido para la condena, la censura puede orientarse en sentidos como los siguientes: (i) errores de hecho o de derecho en la determinación de los “hechos indicadores”; (ii) falta de convergencia y/o concordancia de los mismos; (iii) la posibilidad de estructurar, a partir de esos datos (o en asocio con otros, que estén debidamente probados) hipótesis alternativas a la de la acusación, verdaderamente plausibles y que, por tanto, puedan generar duda razonable, entre otros.

*Frente a este último tipo de argumentos, no puede tenerse como sustentación adecuada del recurso de casación una disertación que: (i) analice **aisladamente** los datos a partir de los cuales se hace la inferencia, con el propósito de demostrar la inexistencia de una máxima de la experiencia que garantice el paso de cada dato (mirado de forma insular) a la conclusión; (ii) tergiversar los datos a partir de los cuales se hizo la inferencia; (iii) analice en su conjunto los datos, pero suprima uno o varios, principalmente cuando se dejan por fuera los que más fuerza le imprimen a la conclusión; (iv) incluya datos que no fueron demostrados; entre otros.*

Lo anterior sin perjuicio de que en una disertación se articulen estas dos formas argumentales, evento en el cual se deberá precisar, frente a cada una de ellas, en qué consistieron los yerros que se le atribuyen al fallador.

Los anteriores criterios coinciden con el desarrollo jurisprudencial de la denominada “prueba indiciaria”. En efecto, de vieja data se ha dicho que:

[c]uando se denuncia un error de hecho por falso raciocinio en la apreciación de la prueba indiciaria, el impugnante debe precisar si el error lo predica de los medios demostrativos del hecho indicador, de la inferencia lógica o del proceso de valoración

conjunta al apreciar la articulación, convergencia y concordancia de los indicios entre sí y de éstos con los demás medios probatorios.

(...)

Cuando el error corresponde al proceso de inferencia lógica, el censor acepta la validez del medio de prueba que acredita el hecho indicante, procediendo enseguida a demostrar que el juzgador se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, con señalamiento preciso del contenido quebrantado u omitido, así como de su correcto entendimiento u operatividad.

Pero si el equívoco se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia de los diversos indicios y de estos con las demás pruebas, o en su fuerza persuasiva con ocasión de su apreciación conjunta, al impugnante le corresponde establecer que el fallador desconoció las reglas de la sana crítica, acreditando que la corrección del error denunciado conduce a conclusiones diversas de aquellas a las que se arribó en el fallo atacado (CSJ SP, 09 Mar. 2011, Rad. 34896, entre muchas otras).

A la luz del anterior marco teórico, cabe precisar lo siguiente frente a las supuestas máximas de la experiencia que fueron ignoradas por el Tribunal:

Ninguno de los enunciados propuestos por el censor pueden catalogarse como máximas de la experiencia, bien porque no corresponden a reglas deducidas de la observación reiterada de fenómenos, ora porque no dan cuenta de la forma como casi siempre ocurren las cosas. Por tanto, no es aceptable que “*desde la óptica de la común*

ocurrencia de los hechos, en atención a las reglas generales de la experiencia y de la lógica, se torna determinable y verificable, que casi siempre, los familiares de sangre de la víctima tiendan a protegerla a ella y no al procesado”.

Incluso si se aceptara, para la discusión, que se trata de una verdadera máxima de la experiencia, el censor no explicó cuál es la premisa menor (fáctica) que permite extraer una conclusión a partir de la operación lógica de carácter silogístico. Al efecto, se limitó a afirmar que los testigos ofrecidos por la defensa no presenciaron que WILMER se comportara inadecuadamente y, por ello, asumieron una actitud defensiva a favor de éste. Ello no descarta que el procesado haya realizado las conductas objeto de juzgamiento, máxime si se tiene en cuenta que el abuso sexual suele ocurrir en la clandestinidad.

A lo anterior debe agregarse que esos testigos, salvo la hermana del procesado, residían en lugares distintos, lo que les generaba un obvio impedimento para percibir lo que sucedía cotidianamente en el inmueble donde habitaban la víctima, sus familiares y el procesado, y en el que también funcionaba una fábrica de colchones. Además, los parientes del señor Pablo Murillo, padre de la víctima, resaltaron que éste era maltratado verbalmente por la denunciante, lo que explica su actitud frente a ésta y su notoria intención de restarle crédito a su versión sobre la ocurrencia del abuso sexual.

Del mismo nivel es lo que plantea el impugnante en el sentido de que “*la experiencia nos indica, que cuando una persona tiene conocimiento que en su contra pesa una denuncia por un delito tan grave como este, teniendo la oportunidad de fugarse lo hace*”. No se trata de un fenómeno de observación cotidiana, que permita deducir una regla que, luego, pueda ser utilizada como premisa mayor en un específico proceso inferencial. Además, no puede afirmarse que exista uniformidad en el comportamiento de las personas en ese concreto ámbito, al punto que pueda deducirse una máxima como la que propone el censor, pues un sospechoso puede optar por permanecer en el mismo domicilio por múltiples razones. De la misma manera, no puede afirmarse que si un indiciado, imputado o acusado decide alejarse de su lugar habitual de residencia, es porque realizó la conducta punible.

6.2.3. La prueba pericial

Finalmente, la Sala analizará lo concerniente al dictamen rendido por la perito Claudia Alexandra Rodríguez Yepes.

6.2.3.1. Reglas generales de la prueba pericial, relevantes para la solución del caso

El artículo 405 de la Ley 906 de 2004 dispone que “*la prueba pericial es procedente cuando **sea necesario***²”

² Negrillas fuera del texto original.

efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados". Esta disposición debe armonizarse con lo establecido en el artículo 376 ídem, en cuanto dispone que toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista "*probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto (...) exhiba escaso valor probatorio*" o "*sea injustamente dilatoria del procedimiento*".

En complemento de lo anterior, el ordenamiento jurídico establece quiénes pueden comparecer al juicio en esa calidad (Artículos 406 y 407), regulan la emisión de la base de opinión pericial (Artículos 415 y siguientes) y consagra las instrucciones para interrogar y contrainterrogar al experto (Artículos 417 y 418, respectivamente).

Al margen de la discusión sobre la admisibilidad de las opiniones emitidas por quienes no tienen la calidad de peritos (CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899), la ley establece las condiciones para que las opiniones de los expertos puedan ser valoradas. De manera puntual, el artículo 417 consagra la secuencia lógica de ese interrogatorio, así: (i) en primer término, debe establecerse la calidad de perito, a lo que apuntan los temas tratados en los tres primeros numerales -conocimiento teórico, conocimiento y experiencia en uso de instrumentos, y conocimiento práctico-; (ii) la explicación de los "*principios científicos, técnicos o artísticos en los que verifica fundamenta sus verificaciones o análisis*"; (iii) el grado de aceptación de los mismos; (iv) los "*métodos*

empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso"; (v) la aclaración sobre si *"en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza"*; entre otros.

A la luz de esta reglamentación, es claro que los peritos comparecen al juicio oral a explicar unas determinadas reglas o principios técnico-científicos, que sirven de fundamento a sus conclusiones frente a unas situaciones factuales en particular. Igualmente, deben precisar el nivel de probabilidad de la respectiva conclusión, que, a manera de ejemplo, suele ser más alta en los exámenes de ADN que en algunos conceptos psicológicos. Del experto se espera que, en cuanto sea posible, traduzca al lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el Juez: (i) identifique y comprenda la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular; (ii) sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; (iii) comprenda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; (iv) pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión; etcétera.

Visto de otra manera, al perito le está vedado presentar conclusiones sin fundamento, opinar sobre asuntos que escapan a su experticia, eludir las aclaraciones que debe hacer sobre el fundamento técnico científico de sus apreciaciones, no precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad científica,

abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, etcétera.

La intención del legislador de evitar que los expertos emitan opiniones que no tengan un adecuado soporte técnico-científico se hace palmaria en la reglamentación de la admisibilidad de publicaciones y de prueba novel, prevista en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004:

Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

- 1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada;*
- 2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica;*
- 3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de opinión pericial;*
- 4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.*

6.2.3.2. Los dictámenes psicológicos en caso de abuso sexual

La clandestinidad que suele rodear los delitos sexuales dificulta su investigación y hace que la versión de la víctima, en muchas ocasiones, constituya la principal prueba de cargo. Ante este panorama, en el ordenamiento jurídico nacional es notoria la utilización de dictámenes periciales de diferente orden, que pueden erigirse en apoyo

importante de la labor judicial. Esta tendencia también es notoria en el derecho comparado. En Puerto Rico, por ejemplo, de tiempo atrás se ha planteado lo siguiente:

No hay duda (...) que en un caso de alegado abuso sexual – especialmente en situaciones donde el menor perjudicado es de tierna edad- el testimonio pericial resulta ser de incalculable ayuda al juzgador de los hechos en su difícil función de pasar juicio sobre la inocencia o culpabilidad del acusado de esta clase de delito; razón por la cual resolvemos que prueba de esa naturaleza es admisible en nuestra jurisdicción bajo las disposiciones pertinentes, antes mencionadas, de las Reglas de Evidencia.

Esto es, nuestros tribunales de instancia deberán permitir –vía el testimonio de un perito debidamente cualificado- prueba sobre las características generales que, de ordinario, exhiben las víctimas de abuso sexual; prueba sobre si la alegada víctima del abuso, en el caso particular, exhibe o no dichas características generales; y si en la opinión del perito, por ende, el niño ha sido o no víctima de abuso sexual.

*Ahora bien –y en cuanto estamos conscientes del hecho de que prueba de la naturaleza arriba descrita tiene el efecto inevitable de, hacia cierto punto, “corroborar” la declaración del menor y, por ende, de darle visos de credibilidad al testimonio prestado por éste- los tribunales de instancia **no deben permitir que el perito opine, directamente, respecto de la veracidad de la versión del menor o sobre la confiabilidad de su testimonio***³.

*Reconocemos que la “línea, o distinción, es fina y, quizás, difícil de deslindar”, pero es importante que la misma sea establecida. La función de adjudicar credibilidad es exclusiva del juzgador de los hechos*⁴.

³ Negrillas fuera del texto original.

⁴ Tribunal Supremo de Puerto Rico, Pueblo v. Canino Ortiz (1993).

De otro lado, el Tribunal Supremo de España, al referirse al análisis de validez de las declaraciones sobre delitos sexuales, ha resaltado su relativa utilidad para la determinación de la responsabilidad penal:

*En los parámetros en que se mueve esa ciencia **no es posible proclamar de manera apodíctica la credibilidad absoluta, en ningún caso.** Las calificaciones al uso oscilan entre la “incredibilidad” y la “credibilidad” pasando por la “imposibilidad de determinar” o el “probablemente creíble” o “increíble”, o “muy probablemente creíble”. Para llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que sí han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento. **El juicio del psicólogo jamás podrá suplantar al del Juez,** aunque puede ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor se establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados en esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes **no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad.** Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la existencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, manipulación o invención (...)⁵.*

Sin el ánimo de dogmatizar acerca de los principios científicos en los que se fundamenta esta actividad especializada, pues para ello precisamente son presentados los peritos en el juicio, la Sala traerá a colación algunos rasgos generales de las técnicas conocidas como SVA y CBCA, a las que ha hecho alusión en otras oportunidades

⁵ STS 891/2017. Negrillas fuera del texto original.

(CSJSP, 9 Dic. 2010, Rad. 34434), con el único propósito de precisar varias reglas procesales atinentes a la prueba pericial. Debe aclararse que se alude a estas técnicas y no a otras, porque fueron las que supuestamente utilizaron los peritos presentados por la Fiscalía y la defensa para emitir los conceptos a los que se contrae buena parte del debate.

La evaluación de la validez de una declaración (SVA, por su sigla en inglés⁶) está concebida como un sistema de generación y falsación de hipótesis sobre el origen de una declaración (experiencia real, engaño deliberado, errores no intencionales, etcétera). La generación de las hipótesis supone el estudio pormenorizado de la información, tanto la relacionada con las capacidades cognitivas del menor y su relación con el presunto agresor, como las características del hecho, entre muchos otros datos. Así, esta metodología está orientada, entre otras, por preguntas atinentes a la fuente de la declaración, a su correspondencia con hechos reales y a las posibles causas de una “*declaración incorrecta*”. La doctrina especializada sugiere contemplar hipótesis como las siguientes, sin que deba entenderse que se trata de un listado taxativo, que evite el análisis cuidadoso de cada caso en particular: “(a) *la declaración es válida; (b) la declaración es válida pero el menor ha sido influenciado o ha inventado información adicional que no es verdadera; (c) el menor ha sido presionado por una tercera persona para que formule una versión falsa de los hechos; (d) por intereses personales o para ayudar a terceras personas el menor ha presentado una declaración falsa y (e) a*

⁶ Statement validity assessment

consecuencia de problemas psicológicos el menor ha fantaseado o inventado su declaración”. Lo anterior sin desatender la posibilidad de que el menor “esté relacionando un hecho falso por un error de interpretación o por contaminación no intencional de sus recuerdos, dando lugar a un falso recuerdo”⁷.

La lista de validez del SVA, que incluye el análisis de las características psicológicas del niño (limitaciones cognitivo-emocionales, lenguaje y conocimiento, emociones durante las entrevistas, etcétera), el estudio de la calidad de la entrevista (tipo de preguntas, procedimientos, influencias sobre los contenidos de las declaraciones) y la motivación (aspectos motivacionales que pueden influir en una posible declaración falsa), debe articularse, en cuanto sea procedente, con el análisis de la credibilidad basada en criterios (CBCA, por su sigla en inglés⁸), lo que, en su conjunto, obedece a la idea de que “*los relatos verdaderos de las víctimas de abuso sexual difieren de los relatos imaginados o creados*”⁹.

La técnica CBCA recae sobre una declaración en particular, a partir de 19 criterios, entre ellos: (i) la estructura lógica del relato, (ii) la cantidad de detalles; (iii) el engranaje contextual, (iv) la descripción de interacciones, (v) detalles inusuales, etcétera. Dependiendo de si cada uno de estos aspectos está o no presente en la declaración objeto de análisis, se asigna una puntuación, sin perder de vista el

⁷ Günter Köhnken, Antonio L. Manzanero y M. Teresa Scott. Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones. Anuario de Psicología Jurídica, 2015 (www.elsevier.es).

⁸ Criteria based content analysis.

⁹ Ídem.

carácter cualitativo y no cuantitativo de la evaluación. Estos análisis se realizan a partir de presupuestos como los siguientes:

Contenidos específicos: se cuantifican los detalles, sean contextuales, descriptores de informaciones o conversaciones, o inesperados. Se asume que un niño que inventara la declaración no sería capaz de incluir en la misma estos contenidos, ya que ello superaría sus capacidades cognitivas (...).

Particularidades del contenido: son aquellas características del testimonio que incrementan su concreción y viveza. Se asume que un niño que inventara la declaración no sería capaz de incluir en la misma estos contenidos, ya que ellos superarían sus capacidades cognitivas (...).

Contenidos referidos a la motivación: alguien que, de forma deliberada, ofrezca un testimonio falso para acusar a una persona inocente no introduciría estos contenidos, porque entendería que le restarían credibilidad.

Frente a estos dictámenes, la doctrina especializada ha resaltado aspectos importantes, los que, en buena medida, se avienen a la reglamentación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004. Se ha resaltado, por ejemplo, la necesidad de que el perito tenga suficiente formación, para evitar la tergiversación del instrumento, lo que corresponde a lo regulado en el ordenamiento procesal penal sobre la procedencia de la prueba pericial (405), los requisitos para ser perito (Art. 408), la acreditación de las respectivas calidades (Art. 413), y el deber de incluir en el interrogatorio las preguntas orientadas a aclarar los conocimientos teóricos, así como sus “*antecedentes que acrediten su*

conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto” y “su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables” (Art. 417), entre otros.

También se ha resaltado la importancia de aclarar que: (i) la prueba es de carácter cualitativo y no cuantitativo, (ii) no está libre de la influencia de los sesgos que pueda tener el perito; (iii) las conclusiones pueden estar incididas por diversos factores, como la calidad de la entrevista objeto de análisis, la intención del interrogador de “*entrenar*” al testigo para que produzca “*una declaración de alta calidad con respecto al CBCA*”, etcétera; (iv) cada uno de los 19 criterios puede tener un peso mayor o menor, según las particularidades del caso; entre otros¹⁰. Aspectos como estos deben ser aclarados durante el interrogatorio al perito, según lo establece el artículo 417, en los numerales 4, 5 y 6, que, en su orden, aluden a “*los principios científicos, técnicos o artísticos*”, “*los métodos empleados en la investigación y análisis relativos al caso*” y a si se utilizaron “*técnicas de orientación, probabilidad o de certeza*”.

En este orden de ideas, la Sala debe resaltar los siguientes aspectos generales frente a los dictámenes psicológicos que suelen presentar las partes como fundamento de sus teorías en casos de abuso sexual: (i) en cada caso debe precisarse si es “*necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos artísticos o especializados*” (Art. 405); (ii) es imperioso

¹⁰Ídem.

verificar si el dictamen se edifica sobre una base científica aceptable (Arts. 415, 417 –numerales 4, 5 y 6-, 422, entre otros); (iii) en todo caso, debe establecerse si la prueba resulta útil, bajo el entendido de que no lo será cuando exista “*probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiba escaso valor probatorio (...) o sea injustamente dilatoria del procedimiento*” (Art. 376); (iv) debe constatarse la idoneidad del perito (Arts. 408 –inciso segundo-, 413, 417, entre otros); (v) el experto debe explicar la base fáctica de su opinión y la forma cómo analizó la misma a la luz de los respectivos principios científicos (Art. 417); y (vi) debe explicar el alcance de las reglas o principios utilizados –orientación, probabilidad o certeza- (Art. 417 – numeral 6-), la manera como ello incide en el nivel de probabilidad de sus conclusiones, el margen de error inherente a la misma, entre otros.

Al margen de la discusión sobre la confiabilidad del análisis de la validez de declaraciones en casos de abuso sexual, las partes y el juez deben tener en cuenta lo siguiente: (i) el respectivo dictamen psicológico no exonera a la Fiscalía de diseñar y ejecutar un programa metodológico orientado a recaudar la “*mejor evidencia*”, en procura de que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para tomar la decisión (CSJAP, 08 Nov. 2017, Rad. 51410); (ii) por las características de estos casos, suele tener una importancia notoria la “*corroboración periférica*” (CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras); (iii) las entrevistas a los menores, además de ser practicadas adecuadamente, deben ser debidamente documentadas, no solo por mandato

expreso de la Ley 1652 de 2013 (CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras), sino además porque ello constituye un presupuesto necesario para la aplicación de técnicas como el CBCA, facilita el ejercicio de la contradicción, le proporciona al Juez un mejor acercamiento al relato, etcétera; (iv) debe evitarse la doble victimización o victimización secundaria, pero también es importante proteger las garantías del procesado (CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866); (v) para ambos propósitos puede resultar útil que la declaración del menor se tome como prueba anticipada (ídem); (vi) en todo caso, el Juez no puede eludir la obligación de valorar las pruebas, individualmente y en conjunto, bajo el entendido de que el dictamen psicológico constituye, precisamente, uno de esos medios de conocimiento; (vii) al realizar esa valoración debe tener en cuenta los criterios previstos en la Ley 906 de 2004, entre los que cabe destacar “*el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas*” (Art. 420); etcétera.

6.2.3.3.El caso sometido a conocimiento de la Sala

La psicóloga Rodríguez Yepes fue presentada en el juicio oral a instancias de la defensa, con tres propósitos puntuales: (i) referirse a los yerros en que incurrió su colega del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía; (ii) expresar su opinión sobre la credibilidad de la víctima, a partir de las técnicas conocidas como CBCA (análisis de contenido basado en criterios) y SVA (evaluación de la

validez de la declaración); y (iii) el daño psicológico evidenciado por la menor.

Sobre estos temas, la experta concluyó: (i) lo expuesto por la perito presentada por la Fiscalía no es un dictamen sino una entrevista, en la que se cometieron varios errores; (ii) a la luz de las técnicas CBCA y SVA, la versión de la víctima es *“muy probablemente no creíble”*; y (iii) la menor no presenta daño psicológico.

Frente a este dictamen el Tribunal planteó que: (i) la valoración de la prueba, individualmente y en su conjunto, está reservada al fallador; (ii) la perito no entrevistó a la víctima, *“sino que se limitó a cuestionar a la funcionaria del CTI quien sí lo hizo”*; (iii) las técnicas CBCA y SVA *“son utilizadas para valorar el alcance que se le puede dar a una entrevista, lo cierto es que la psicóloga Rodríguez Yepes no sostuvo diálogo alguno con la niña sino que acudió a lo que esta última le había dicho a su colega Charris Gutiérrez del CTP”*; (iv) la psicóloga presentada por la defensa *“lo que hizo fue sobreponer su criterio valorativo a la primera entrevista, en otras palabras, la psicóloga de la defensa aplica, desde su particular visión, las técnicas que a su modo de ver revisten mayor confiabilidad sobre las entrevistas cognitivas”*. Y concluye:

El rigor profesional aplicado de esta forma no permite atender las apresuradas aseveraciones de la doctora Rodríguez Yepes – apartadas de las técnicas científicas en la materia-, puesto que sin haber entrevistado a la afectada con las técnicas que estimaba

pertinentes mal podría concluir, a partir de la entrevista cognitiva realizada por su homóloga, que la declaración no es válida.

Al margen de lo anterior, no puede dejarse de lado que es al Juez a quien le corresponde valorar las pruebas practicadas legalmente, en especial, el testimonio rendido por la víctima en la audiencia pública y no aducir, como lo da a entender en su motivación, que la base de su análisis estaba en lo dicho por la psicóloga Rodríguez Yepes, pues como se vio ésta no entrevistó a la niña y su experticia gira en la valoración que hace de la entrevista realizada por la experta del CTI.

Por su parte, el impugnante sostiene que: (i) al igual que la perito presentada por la defensa, ninguna de las personas que valoraron el testimonio de L.P.M.R. la entrevistaron directamente; (ii) esa entrevista adicional no se dio, porque legalmente es improcedente someter a un menor de edad a plurales interrogatorios sobre el abuso sexual; (iii) si se desestima el concepto de la perito de la defensa, debe tomarse la misma decisión frente a la experta adscrita a la Fiscalía; (iv) la psicóloga Rodríguez Yepes alternó las técnicas CBCA y SVA, que también vienen siendo aplicadas por peritos de la “SIJIN y INML, donde se están realizando este tipo de peritajes”; (v) así, “en lugar de alegar una falsa falta de utilidad de la citada técnica, la ciencia psicológica obliga a los operadores judiciales a conocer los 31 criterios que componen las dos técnicas, las cuales son y serán objeto de debate entre la Fiscalía y la defensa”; (vi) la actividad de la perito de la Fiscalía se limitó a una entrevista, “no fue una actividad pericial que valorara la credibilidad del relato que recogió, quedando así la Fiscalía sin poder probar la presunta credibilidad de ese

relato, a diferencia de la defensa quien probó la muy **poca** credibilidad del mismo relato”.

Sobre el daño sufrido por L.P.M.R., concluye:

[d]ice el Tribunal que se “interrumpió el normal desarrollo de la sexualidad”, -se entiende que de la menor-, lo cual está alejado de la realidad si se tiene en cuenta que se probó la ausencia de daño psicológico en la niña, lo cual incluye que ninguna de sus funciones sexuales fueron afectadas así, por ejemplo, nada se dijo de que la niña hubiese tenido cambios en su sexualidad tales como masturbación compulsiva, exhibicionismo, interés sexual desproporcionado por los adultos o por niños de su edad, juegos sexuales de tipo coital con muñecos, en fin, nada de esto se dijo en el juicio, como para que el Tribunal afirme tan categóricamente que la sexualidad de la niña vio interrumpido su normal desarrollo.

Los argumentos del censor no son de recibo, por lo siguiente:

La niña L.P.M.R. rindió testimonio en el juicio oral, donde fue sometida a un interrogatorio cruzado que garantizó el derecho a la confrontación. Según se indicó, el disco que contenía la entrevista anterior al juicio oral no fue incorporado como prueba, de un lado, porque la Fiscalía no lo solicitó, y de otro, porque la defensa no lo usó durante el conainterrogatorio toda vez que no dispuso lo pertinente para ello y porque desistió de esa utilización a pesar de que el Juez le ofreció suspender la audiencia para que consiguiera los respectivos recursos técnicos.

Así, se tiene que el concepto emitido por la perito de la defensa se centró en una entrevista que no fue incorporada durante el juicio oral, a lo que se aúna que la experta no explicó de qué manera las supuestas falencias que le atribuye a su colega del C.T.I. pudieron afectar el testimonio rendido en el juicio, que constituye la verdadera prueba.

La psicóloga Rodríguez Yepes centró su análisis en la falta de detalles del testimonio de L.P.M.R., que permitieran obtener una calificación satisfactoria a la luz de las técnicas CBCA y SVA. Al efecto, debe resaltarse que la experta obvió aspectos relevantes del testimonio de la víctima, como la explicación detallada del motivo por el que subió a la terraza donde laboraba y dormía el procesado (fue a dejar sus medias) y el relato puntual de la forma como este realizó en su cuerpo el ya descrito acto sexual.

Como si ello fuera poco, se tiene que la referida profesional hizo alusión a las supuestas contradicciones en que incurrió la menor, sin tener en cuenta sus explicaciones. En efecto, la niña aceptó que en su primera versión mencionó que el abuso ocurrió a la una de la tarde, y en el juicio oral agregó que también sucedió en horas de la noche, lo que tiene como explicación, obvia por demás, la pluralidad de contactos sexuales, en diferentes fechas y lugares. Por la misma razón, la niña explicó que en su entrevista inicial se refirió al evento ocurrido en su cuarto y en el juicio oral incluyó el otro abuso, acaecido en la terraza de la vivienda.

Además, aun si se aceptara, en contra de lo que se acaba de referir, que dicha profesional presentó un dictamen sobre la falta de credibilidad de la niña, con la suficiente base fáctica y una correcta explicación de las reglas técnico científicas que permiten entender el paso de los datos observados a la conclusión (sobre la inverosimilitud del relato), se tiene que el censor le restó importancia a lo que dijo el Tribunal en el sentido de que, finalmente, la valoración de la prueba le corresponde al Juez, lo que no solo se aviene a la jurisprudencia nacional, sino al desarrollo de esa misma temática en el derecho comparado, según se indicó en precedencia.

De otro lado, el interrogatorio de la perito, en lo que concierne al comportamiento que usualmente asumen las víctimas de abuso sexual, no se ajustó a las reglas analizadas en los numerales 6.2.3.1 y 6.2.3.2, pues no explicó el soporte científico de esas conclusiones y, menos, aclaró por qué esas supuestas reglas técnico científicas son aplicables a este caso. No se refirió, por ejemplo, a los estudios que han puesto en evidencia ese tipo de reacciones, la frecuencia de las mismas, ni a si existen variaciones en atención a la edad de la víctima, el tipo de abuso sexual, la empatía con su victimario, etcétera.

Lo mismo puede predicarse de su opinión sobre la ausencia de daño psicológico en la menor, toda vez que: (i) dio por sentado que la niña estuvo tranquila durante el interrogatorio, pero no sentó mientes en la alteración que

esta tuvo en el juicio oral, cuando se le indagó sobre el abuso sexual, que dio lugar a la intervención del psicólogo asignado para el interrogatorio, el Juez y el funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; y (ii) si se admitiera, para la discusión, que L.P.M.R. estaba tranquila para cuando declaró, la perito no explicó cuáles son las reglas técnico científicas que garantizan el paso de ese dato a la conclusión sobre la ausencia de daño. Lo anterior sin perder de vista que en estos casos se presume la afectación de la libertad, la integridad y formación sexuales del menor, que no necesariamente está asociada a los comportamientos que el impugnante describe en su escrito.

De idéntico jaez son las conclusiones que presenta el censor, según los cuales la mayoría de casos de abuso sexual corresponden a denuncias falsas. No aclaró cuáles fueron los estudios a partir de los cuales se arribó a esa conclusión, sin dejar de considerar que el concepto no fue incorporado, como corresponde, a través de un experto, sujeto a contradicción y confrontación (Art. 16 de la Ley 906 de 2004).

En síntesis, la pretensión del censor será desestimada porque: (i) la condena tiene como soporte principal el testimonio de L.P.M.R., rendido en el juicio oral con plenas garantías de contradicción y confrontación; (ii) las conclusiones del Tribunal sobre la verosimilitud de ese relato son razonables, tanto por la coherencia interna y la riqueza de los detalles, como por las aceptables explicaciones que dio la menor durante el

contrainterrogatorio; (iii) la versión de la niña fue corroborada por los testigos de la defensa, en lo que concierne a la permanencia del procesado en el inmueble donde ocurrieron los hechos, y por la señora Claudina Romero, en cuanto se refirió a la actitud nerviosa de WILMER ALBEIRO cuando ella llegó intempestivamente al lugar donde se encontraba a solas con la menor; (iv) el censor se duele de que el testimonio del procesado no fue valorado, pero no tuvo en cuenta que la versión de este sobre el contacto con L.P.M.R. (dice que prácticamente nunca interactuaba con ella), es contrario a lo que afirman los testigos de la defensa en el sentido de que iban constantemente a jugar al parque, y a lo expuesto en la demanda en torno a la cercanía de la víctima con el procesado; (v) los testigos presentados por la defensa se orientaron a demostrar que se trató de un montaje, organizado por la denunciante por celos, por su fanatismo religioso y por las presiones de los policiales que la abordaron cuando llevó la niña al hospital, lo que no es de recibo, bien por la incongruencia interna del argumento (si la idea de denunciar falsamente se gestó por las presiones de los policiales, debe descartarse el propósito inicial de fingirlo todo para perjudicar al procesado), ora porque estos testigos, que hicieron palmaria su animadversión hacia la denunciante, se limitaron a hacer conjeturas sobre lo que pudo haber sucedido; y (vi) la psicóloga de la defensa se centró en cuestionar una entrevista que no se aportó como prueba y un dictamen sobre credibilidad inexistente, al tiempo que presentó unas conclusiones infundadas y no vinculantes sobre el mismo aspecto (la verosimilitud) y se

refirió a la ausencia de daño sin exponer el más mínimo fundamento técnico científico, sin perjuicio de que la afectación de la libertad, integridad y formación sexuales se presume cuando la víctima es menor de edad.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria