

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado ponente

SP5290-2018

Radicación N° 44564.

Acta 401.

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

1. V I S T O S

Se decide el recurso de casación interpuesto por un delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 7 de julio de 2014, mediante la cual confirmó la decisión de absolver a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

Entre los meses de marzo y abril de 2012, en una vivienda ubicada en el barrio Espíritu Santo del municipio de Bello-Antioquia, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, en varias oportunidades, realizó actos sexuales con Y.F.C., tales como mostrarle videos pornográficos, besarla en la boca y restregarle el pene en sus nalgas y vagina, cuando aquélla era una niña que contaba con 10 años de edad.

El acusado era el esposo o compañero permanente de Deisy Marina Triana Cardona, tía de la menor, condición que le confirió autoridad sobre la última y que le permitió mantener una relación de confianza.

2.2 Procesales

El 23 de octubre de 2012, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bello-Antioquia, se formuló imputación a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* (arts. 209 y 211-2, C.P.)¹.

¹ Folio 7 de la carpeta

El 21 de febrero de 2013, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, con función de conocimiento, realizó audiencia durante la cual se formuló acusación al procesado por la conducta punible antes referida, en concurso homogéneo².

El 11 de marzo siguiente, tuvo lugar la audiencia preparatoria³.

El juicio oral se desarrolló en sesiones del 18 y 30 de abril, 17 y 31 de mayo de 2013⁴. En esta última, el Juzgado anunció que la decisión sería absolutoria y, en consecuencia, el 2 de agosto del mismo año profirió la respectiva sentencia⁵.

Ante el recurso de apelación promovido por el delegado de la Fiscalía, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia aprobada el 9 de junio de 2014 y leída el 7 de julio siguiente, confirmó la decisión absolutoria. Contra este fallo, entonces, aquella parte interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación.

Con auto del 21 de febrero de 2017, la Corte admitió la demanda de casación y el 13 de marzo de 2018 realizó la audiencia de sustentación oral.

² Folios 29-30, ibídem

³ Folios 38-40, ibídem

⁴ Folios 48, 49, 55, 60 y 80, ibídem

⁵ Folio 86, ibídem

3. EL RECURSO

3.1 Demanda de casación

El delegado de la Fiscalía denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por sendos falsos raciocinios, para solicitar, finalmente, que se case la sentencia absolutoria y, en su lugar, se dicte una de condena.

3.1.1 En el fallo de segunda instancia, asegura el recurrente, se empleó un postulado científico falso, según el cual *«... la mentira en la infancia es un fenómeno frecuente y hasta característico en los niños»*, para desestimar la conclusión del psicólogo Julio Ernesto Manco Rueda, consistente en que el relato de la menor Y.F.C. era coherente *«...y no presentaba tendencia a mentir o fantasear»*.

Se alega que la premisa del Tribunal se funda en un prejuicio y no en una regla científica, fue tomada de una página web y, por si fuera poco, es un enunciado tergiversado por las siguientes razones: (i) *«lo planteado por Leo Kanner en 1971 y Ajuriaguerra en 1992 fue: “Por lo general el niño realiza observaciones erróneas y son los adultos los que suelen confundirlas con mentiras. (...)”*, y (ii) lo afirmado por Sigmund Freud, en su obra *«Dos mentiras infantiles»*, fue que *«No hay que tener en poco tales episodios en la vida infantil” y que: “Sería un serio error si de*

esas faltas se extrajera la prognosis del desarrollo de un carácter inmoral”.

Agrega el demandante, que la sentencia contradice su propia premisa porque fundó la absolución del acusado, precisamente, en el testimonio que Y.F.C. rindió en juicio. No sería válida la razón, entonces, para otorgarle credibilidad a esa declaración y no a la incriminatoria que efectuó ante su madrastra Diana Casas, su padre Campo Elías Franco, el psicólogo de la Comisaría de Familia y el médico Daniel Ospina Herrera-, en la que describió «sensaciones» y «percepciones visuales» complejas, que ratifican la real ocurrencia de los actos sexuales. Es más, las entrevistas de la «madre y la abuela materna de la niña», corroboran ese relato.

3.1.2 Se desconoció el principio lógico de razón suficiente, cuando el Tribunal concluyó que Y.F.C. mintió en sus declaraciones previas al juicio, «sin argumentar y justificar» lo necesario. Además, continúa, con base en esa aseveración infundada se descartaron las pericias «por sesgadas», siendo éstas las que permitían analizar la veracidad del dicho inicial de la menor. Inclusive, aduce el fiscal, se estimó que éste era contradictorio porque algunos detalles diferían, olvidándose que la narración se refirió a varios episodios abusivos.

Así mismo, destaca, la conclusión según la cual la víctima «...tampoco tiene indicadores sexuales, ni presenta

trastornos funcionales, educativos o de conducta; no tiene desórdenes emocionales, síntomas depresivos y sus sentimientos de culpa o vergüenza son inexistentes...», desconoció, por completo, la valoración psicológica realizada por el Dr. Julio Ernesto Manco Rueda, que contiene hallazgos diferentes.

Es más, recuerda que ese experto advirtió en su dictamen que *«la adolescente se encontraba en un ambiente familiar desfavorable para su mejoramiento anímico»*, lo que ya permitía vislumbrar el peligro de una retractación que, efectivamente, se concretó. Aquel diagnóstico, agrega, se corroboró cuando la madre y la abuela de la niña *«expresaron en juicio su “agradecimiento” por el apoyo económico y emocional que le prestó -el acusado- a la primera tras su separación del padre de la menor y desinteresadas por su suerte, tal y como ésta les reprochó en su entrevista al psicólogo de la Comisaría de Familia de Maceo-Antioquia»*.

Sobre el referido informe pericial, también cuestiona el impugnante que el Tribunal sólo lo valoró como continente de la narración de la niña, es decir, lo redujo a una mera prueba de referencia, con lo cual se ignoró la opinión que, con base en el estudio del caso, emitió el profesional de la psicología. En efecto, a partir de enunciar lo que, para aquél, es una petición de principio: *«la niña decía la verdad en juicio y mentía en sus manifestaciones iniciales»*, se restó cualquier mérito al concepto experto.

De otra parte, se sostiene en la demanda que *«la casación No 40.455 del 25/09/13», aludida en la sentencia absolutoria, al abordar el tema de la «alienación parental», tiene un presupuesto fáctico distinto al del presente caso, porque en éste ninguna prueba soporta una conclusión de tal naturaleza. En efecto, la niña Y.F.C., su abuela y su madre -cuando rindió entrevista ante la policía judicial-, no declararon la existencia de motivos en el padre de aquélla para hacerla mentir y, en todo caso, el sindicado de los actos abusivos ni siquiera era la pareja de su excompañera sentimental. Además, «la afinidad de madre y abuela materna con el procesado explicaba también con suficiencia la retractación de la niña, ya bajo su tutela y cuidado,...). Es más, en la audiencia de Juicio Oral se observó de manera clara cuando la niña declaraba cómo la madre la influenciaba haciéndole señas, constancia que dejó la agente del Ministerio Público...».*

En contravía de las conclusiones del juez de segunda instancia, el recurrente advierte que: (i) el dictamen psicológico determinó la concurrencia de varios de los síntomas de abuso sexual enlistados en la sentencia (p. 11); (ii) si el padre de Y.F.C. fuera «maltratador» y «descuidado», como lo calificó su expareja, aquélla no habría tenido confianza para contarle la agresión sexual de la que era víctima; (iii) el interés económico que, supuestamente, animó a la niña a mentir, más bien corroboraba la escena en la que el acusado, consciente de las carencias de ésta, le ofrecía dinero por favores sexuales; y, (iv) esa precariedad,

además, no le permitía a la víctima contar con una formación sexual de calidad, como la requerida para narrar tantos detalles de un encuentro íntimo falso.

3.2 Audiencia de sustentación

3.2.1 Recurrente

El Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte reiteró los argumentos de la demanda, para solicitar la casación del fallo absolutorio.

Recordó algunas de las premisas centrales de la sustentación: (i) que el psicólogo y el médico que valoraron a la menor víctima, a más de escuchar su declaración, concluyeron, de acuerdo a su conocimiento especializado, la veracidad de aquéllas; (ii) que las pruebas deben apreciarse en conjunto y, además, con respeto por el principio «pro infancia»; (iii) que la credibilidad del relato de un menor deberá examinarse en cada caso, sin que pueda generalizarse, de antemano, ni la verdad ni la falsedad de sus afirmaciones; y, (iv) que en el caso, a más de la prueba de referencia y de la declaración de la menor en juicio, existen otros medios -los periciales- que permiten establecer la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

3.2.2 No recurrentes

3.2.2.1 Procuradora Tercera Delegada ante la Corte

Solicita casar la sentencia para que se condene al acusado, toda vez que el enunciado según el cual la mentira en la infancia es frecuente, es una construcción no probada de la mendacidad de las declaraciones de la menor. En tal sentido, considera que el Tribunal distorsionó o descontextualizó las citas que hizo de literatura especializada sobre la veracidad del relato de los niños.

De otra parte, manifiesta que, junto a la prueba de referencia, existen otras de naturaleza directa, entre las cuales señala el informe pericial del psicólogo, en el que se concluyó que la niña presentaba baja autoestima, rabia y resentimiento, debido al malestar generado por el abuso sexual, así como también las declaraciones del padre y de la madrastra de la víctima, a quienes ésta relató, en forma detallada y espontánea, los actos sexuales que en ella ejecutó el acusado.

Por último, sostiene la Procuradora que entre el momento de la denuncia y el del juicio oral transcurrió más de un año, lapso durante el cual la menor *«pudo haber sido condicionada y motivada a retractarse de su declaración inicial»*. Además, aduce que la jurisprudencia de esta Corte, en casos de retractación de víctimas de delitos sexuales abusivos, ha dado prelación a la declaración inicial.

3.2.2.2 El defensor

Solicita negar la pretensión de la demanda de casación.

En un principio, aclara que los testimonios del papá y de la madrastra de Y.F.C. son pruebas de referencia, mientras que los rendidos por el psicólogo y el médico, reconoce, tienen también contenidos probatorios directos, como son los relativos a las percepciones que tuvieron sobre la menor examinada.

Afirma que a los testigos presentados por la defensa, no se les impugnó la credibilidad, ni tampoco se hizo respecto de la menor en juicio; pues para ello no basta con que los declarantes dieran lectura de sus versiones anteriores. Es la judicatura, continúa, la que debe determinar cuál de las dos declaraciones era más creíble, y, en el caso de la víctima, tuvo por tal, al ser más plausible, la versión que entregó en juicio.

El defensor comparte que no pueden fijarse reglas absolutas sobre la veracidad de las declaraciones de los niños, y que lo procedente es el cotejo de éstas con los restantes medios de prueba. En ese orden, alega que, en el juicio, la menor se retractó sin ningún tipo de apremio y con un vocabulario sencillo. Y, advierte, en todo caso, la retractación no fue el único soporte de la absolución, pues esta decisión se basó en una valoración probatoria conjunta, en la que la sola declaración del psicólogo no es

suficiente para fundar la condena porque fue la propia niña que explicó cómo y por qué hizo la primera narración.

Por todo ello, asegura, de atenderse el primer cargo se estaría construyendo una regla según la cual *«los niños siempre dicen la verdad»*, y este enunciado tampoco es correcto. Y, en cuanto a la infracción del principio de razón suficiente, la considera infundada, pues fue la declaración coherente, clara, sencilla y contundente de Y.F.C., la que permitió acreditar que los hechos investigados no ocurrieron. Por último, alega que, con independencia del respeto al artículo 44 de la Constitución y del principio *«pro infans»*, en el caso no se derrumbó la presunción de inocencia del acusado.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Delimitación del problema

El delegado de la Fiscalía, en postura que es coadyuvada por la representante del Ministerio Público, considera que la decisión de absolver a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, estuvo determinada por errores en la labor de apreciación de las pruebas, especialmente de las testimoniales de la menor Y.F.C. y del psicólogo Julio Ernesto Manco Rueda. En contravía, el defensor alegó que la sentencia se fundó en una valoración probatoria conjunta

que imponía la declaratoria de inocencia del acusado, aunque reconoce que aquélla incurrió en algunas imprecisiones en el manejo de la prueba de referencia.

4.2 Reglas probatorias aplicables

4.2.1 Uso de las declaraciones previas

Tal y como se manifestó en la sentencia SP606-2017, ene. 25, rad. 44950, las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral, pueden ser utilizadas en éste, en la práctica del *«interrogatorio cruzado del testigo»*, como mecanismo de refrescamiento de memoria (art. 392-d) o de impugnación de credibilidad (art. 393-b). Pero también, en dos eventos excepcionales, tales declaraciones pueden constituir pruebas: (i) cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 *ibídem*⁶, adicionado por el 3 de la Ley 1652 de 2013⁷, que habilitan la prueba de referencia; y (ii) cuando el testigo comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma.

⁶ a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;* b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;* c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;* d) *Ha fallecido;* y e) *como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem y en la adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013.*

4.2.1.1 Prueba de referencia

Según el artículo 437 del C.P.P., es 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».*

La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (art. 379), por virtud de lo cual se limita a las hipótesis en las que el testigo no se encuentre disponible para declarar en juicio. Esa naturaleza excepcional obedece, básicamente, a que la declaración foránea lesiona el derecho a la confrontación del testigo⁸ y el principio de inmediación judicial, los que constituyen garantías procesales fundamentales (arts. 250-4 constitucional, y 8-lit. k, 15, 16, 379 y 402 del C.P.P.). Es esa la razón, también, por la que el artículo 381 ibídem dispone que *«la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia».*

⁸ En la SP1664-2018, may. 16, rad. 48284, se indicó que el derecho a la confrontación, incluye: *«(i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo».*

Ahora, en tratándose de declaraciones de menores de edad, ya la Corte, en sentencia SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056, reiterada, entre otras, en la SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, indicó que la protección superior de los derechos de los niños víctimas de delitos, especialmente de abuso sexual y otras conductas graves, impone la flexibilización de las reglas generales sobre prueba testimonial, *«lo que se traduce en la posibilidad de incorporar como prueba sus declaraciones anteriores, así el niño comparezca al juicio oral»*.

4.2.1.2 Declaraciones anteriores incompatibles con el testimonio en juicio

A más de las hipótesis de indisponibilidad del testigo que viabilizan la admisión como pruebas de referencia, las declaraciones previas también podrán introducirse como medio probatorio, cuando el deponente comparezca al juicio oral a rendir testimonio y, en esta oportunidad, cambie la inicial versión o se retracte de la misma. Sobre esta hipótesis, en la precitada SP606-2017, ene. 25, rad. 44950, se hizo claridad sobre la forma de incorporación de la declaración previa y los criterios de valoración que sobre la retractación del testigo deben tenerse en cuenta, así:

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

Ahora, en la SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, se agregaron unas precisiones sobre las declaraciones de los niños que comparecen al juicio oral en la condición de víctimas:

(...): (i)..., la Fiscalía cuenta con múltiples opciones para el manejo del testimonio de las víctimas menores de edad; (ii) cada una de esas posibilidades está sometida a los requisitos y limitaciones allí referidos, que deben ser considerados en la planeación del caso; (iii) el ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de este tipo de declaraciones a título de prueba de referencia; (iv) para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”–, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de

formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo; (v) esta oportunidad debe garantizarse, incluso con las limitaciones inherentes a la práctica del testimonio de menores; y (vi) si esto último no es posible, por la indisponibilidad del testigo o por cualquier otra razón, la declaración anterior tendrá el carácter de prueba de referencia, porque encaja en la definición del artículo 437 y, además, por la completa imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación.

4.2.2 Inexistencia de tarifa legal frente a las declaraciones de menores de edad

La ley de procedimiento penal establece los criterios de valoración del testimonio, sin distinguir entre los que provienen de personas adultas y de menores de edad, por lo que resultan aplicables a ambas hipótesis. Entre aquéllos, se enuncian *«los principios técnicos-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a 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»*.

En esa misma línea, la Corte ha manifestado que, en la apreciación del testimonio de niños, niñas o adolescentes, esta prueba no puede ser estimada ni desestimada por la sola edad del declarante:

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. (...).

(...). 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.⁹

4.2.3 Sobre la prueba pericial

La validez de la prueba pericial, como cualquier otra, está sujeta al cumplimiento de un debido proceso, que incluye las siguientes fases:

a. Descubrimiento del informe base de la opinión pericial, en las oportunidades previstas en los artículos 344 y 356 del C.P.P., y, en todo caso, a más tardar cinco (5) días antes de la celebración de la audiencia pública (art. 415). Esa base o fundamento de la opinión debe contener la explicación de los temas referidos en el literal d.

⁹ SP, feb. 23/2011, rad. 34568.

b. Previa enunciación de la prueba en la audiencia preparatoria, la parte interesada debe solicitarla sustentando su pertinencia.

c. El juez decretará la admisibilidad de la prueba pericial siempre que constate que es pertinente porque guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes (art. 375), necesaria porque se requieren «conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados» (art. 405), y que éstos aportarán claridad al asunto en lugar de confusión (art. 376-b).

En el examen de admisibilidad, tal y como se explicó en la SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, resulta esencial establecer la confiabilidad de la base técnico-científica, para lo cual resultan importantes los criterios establecidos en el artículo 422 para la *«admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel»*, cuales son:

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.

d. En juicio oral, el perito deberá comparecer a rendir interrogatorio, durante el cual, en primer lugar, se

establecerá su condición de experto en la respectiva materia, lo cual dependerá de sus conocimientos teóricos y prácticos, así como del manejo de los instrumentos o medios empleados. Una vez hecho lo anterior, el perito deberá explicar como mínimo: (i) los *«principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis»*, (ii) el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, (iii) los *«métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso»*, y (iv) *«sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza»*. (art. 417 C.P.P.)

Estas reglas del interrogatorio al perito, permiten concluir, como se dijera en la SP1557-2018, may. 9, rad. 47423, 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 palmario en la reglamentación de la admisibilidad de publicaciones y de prueba novel, prevista en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004 (...).

4.3 Examen del caso juzgado

4.3.1 Fundamentos de la absolución

El argumento basilar de la sentencia de segunda instancia, es la existencia de dudas sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, con base en las siguientes premisas:

- Es creíble la retractación de la menor Y.F.C., porque fue espontánea, libre, consistente y aportó la razón de la mentira inicial (quería vivir con su padre).

- Sobre la declaración del psicólogo, se expusieron las siguientes críticas:

- (i) Se limitó a manifestar que el relato incriminatorio era coherente y que la menor no presentaba tendencia a mentir o fantasear.

(ii) No efectuó un examen sobre la retractación de la menor, ni sobre sus causas.

(iii) Partió de la *«falsa premisa de que los menores son incapaces de mentir, cuando la literatura científica ha demostrado todo lo contrario, esto es que la mentira en la infancia es un fenómeno frecuente y hasta característico en los niños»*.

(iv) *«las declaraciones de los peritos psicólogos»* son insuficientes porque si basan sus conceptos en la declaración falsa de la víctima, éstos son sesgados *«y por ende no merecen credibilidad alguna»*. Por ello, se concluye que *«no tiene ningún sentido analizar si las mismas constituyen prueba directa o de referencia,...»*.

- Existen síntomas de alienación parental, entre los que destaca: *«la existencia de un conflicto latente por la custodia de la menor»* y *«la campaña de desprestigio de la madre hacia el padre,...»*. Aunado a ello, la niña no presenta un solo signo de abuso *«pues la versión dada en la denuncia y posteriormente a los profesionales que la examinaron, siempre es repetitiva pero con muchos detalles contradictorios,...; tampoco tiene indicadores sexuales, ni presenta trastornos funcionales, educativos o de conducta; no tiene desórdenes emocionales, síntomas depresivos y sus sentimientos de culpa o vergüenza son inexistentes,...»*.

- Está demostrado que la menor Y.F.C., pese a su corta edad (10 años), *«tiene plenas capacidades para mentir o fabular»*, más aún cuando buscaba que su padre satisficiera apetencias de bienes materiales, que no podía garantizar su progenitora. Agrega que, de ser ciertos los tocamientos sexuales, la menor no habría regresado a su casa materna, donde estaría expuesta a la reiteración de los vejámenes.

- Por último, asegura que las entrevistas de la *«madre y la abuela de la menor»* son poco confiables porque (i) *«frente a la declaración de la menor, su valor probatorio es casi nulo»*, y (ii) *«su contenido no fue reconocido por las declarantes»*.

4.3.2 Errores probatorios de la sentencia

La decisión de absolver a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA viola, de manera indirecta, la ley sustancial, porque se funda en sendos errores de hecho. Estos son:

4.3.2.1 Falsos juicios de existencia

Para arribar a la conclusión de ausencia de síntomas de abuso sexual, el Tribunal tuvo por demostrado que la menor, de una parte, no presenta *«indicadores sexuales, ni presenta trastornos funcionales, educativos o de conducta; no tiene desórdenes emocionales, síntomas depresivos y sus*

sentimientos de culpa o vergüenza son inexistentes,...»¹⁰, y, de la otra, «que pese a su corta edad (10) años, tiene plenas capacidades para mentir o fabular,...»¹¹.

No obstante el razonamiento de la sentencia, ninguna de las pruebas incorporadas al proceso estableció respecto de Y.F.C. (i) la ausencia de trastornos mentales o emocionales, y/o de síntomas psicológicos de abuso sexual en general, ni tampoco (ii) la existencia de «*plenas capacidades*» para faltar a la verdad o fantasear. De esa manera, el juez de segunda instancia vulneró la regla epistemológica fundamental del proceso, según la cual el único conocimiento válido para decidir es el que aporten las pruebas regularmente aportadas (arts. 372 y 381, entre otros, C.P.P.).

Es más, la realidad probatoria, como se verá, desvirtúa algunos de los hechos que el Tribunal supuso probados, pues con el testimonio del psicólogo Julio Ernesto Manco Rueda se estableció que la menor sí presentaba síntomas comportamentales de haber padecido un evento traumático y que no detectó factores que le hicieran dudar sobre la veracidad de la versión inculpatoria que ella le entregó en la Comisaría de Familia de Maceo-Antioquia.

4.3.2.2 Falsos juicios de identidad

¹⁰ Página 12.

¹¹ *Ibidem*.

En la sentencia impugnada se establece que, en muchos casos, la retractación obedece a *«razones de miedo, terror, amenaza, problemas fisiológicos o psicológicos que alteran el raciocinio etc.»* y que, en el caso, *«ninguna de estas actitudes logró evidenciarse en la presunta víctima, por el contrario, durante su declaración en juicio oral estuvo bastante tranquila y expuso su versión sin contradicciones o titubeos,...explicó cuál fue la razón de las falsas imputaciones»*¹².

a. En ese razonamiento se cercenó el contenido del testimonio de la menor Y.F.C., en los siguientes aspectos:

- Al describir -ante el psicólogo Julio Ernesto Manco Rueda- la actitud de indiferencia y hasta de indolencia que adoptaron su madre y abuela, al enterarlas de las conductas sexuales abusivas que en su contra ejecutaba el acusado: *«no me prestaron...atención como si no hubiera pasado y mi mamá me pidió que no le contaran (sic) nada (sic) mi tía,...ella no le dijeron nada y el siguió molestándome y ofreciéndome plata»*; luego de lo cual manifestó, con vehemencia, el siguiente deseo: *«Yo no quiero volver a donde mi mama (sic) y donde mi abuela quiero irme para donde mi papa (sic)...»*.

- Por si lo anterior fuera poco, no se tuvo en cuenta que la niña reconoció a su madrastra Diana Yurledy Casas, según ésta contó, que sentía miedo por denunciar a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, momentos antes de que se

¹² Página 9.

dirigieran a la Comisaría de Familia de Maceo para tal fin. Obsérvese lo pertinente del testimonio de la menor que, como más adelante se explica, se incorporó al juicio –como testimonio adjunto-. Así lo narró su interlocutora:

... ella me dijo: “Diana pero es que... yo no quiero ir sola a la comisaría, ¿me acompaña?”, que para que yo le ayudara a decir a ella eso, entonces yo le dije: “vamos mami, vamos, ¿por qué no? Entonces **ella me dijo a mí: “Diana pero es que, ay no, es yo tengo miedo porque es que me da miedo, qué me irán allá,** que tal”, y yo: “no mami, vamos tranquilamente que ellos ella es la comisaría, cierto, y ella la puede ayudar en eso”, entonces ella estuvo allá y ya comenzamos, ya comenzó ella a decirle todo lo que le había pasado a ella...¹³

b. Respecto del testimonio del psicólogo de la Comisaría de Familia de Maceo, Julio Ernesto Manco Rueda, el Tribunal asegura que se limitó a manifestar que la declaración de Y.F.C., era coherente y que ésta no presentaba tendencia a mentir o fantasear. Ese argumento presupone el desconocimiento de los siguientes contenidos de la prueba testimonial en mención:

- Que, con base en la entrevista que recibió a Y.F.C., el profesional de la Comisaría recomendó: *«se debe atender la solicitud de la niña de compartir y vivir con su padre en su restablecimiento de derechos»*, advirtiendo luego que: *«La Adolescente se encuentra en un ambiente familiar no favorable para su mejoramiento anímico»*. Este punto, obviamente, guarda estrecha relación con el error de identidad señalado en el literal anterior.

¹³ Minuto 27:45, audio No 1, sesión del 30 de abril de 2013.

- Que el psicólogo opinó que Y.F.C., tenía «baja autoestima» con base en la conducta que le observó: «se veía triste, bajaba su tono de voz en momentos,...ella manifestaba, y... esto... transmitía, que se encontraba un poco triste, insatisfecha, como con sentimientos de rabia, por lo que le estaba sucediendo...»¹⁴. En el mismo sentido, agregó: «la encontré regular... porque ella llegó al lugar con su señor padre, con una actitud normal, estaba bien, feliz, y ya cuando empezamos con la entrevista, mostró un poco que es una niña que se sentía inconforme, que sentía un poco mal por lo que ella informaba»¹⁵.

c. Se cercenó el testimonio de Claudia Yamile Calderón Cardona, específicamente el contenido de una declaración previa en la que reconoció que su hija Y.F.C., le contó sobre las propuestas sexuales que le hacía CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA. Esta última fue incorporada por el delegado de la Fiscalía, ante la retractación de la testigo sobre el referido aspecto, mediante la lectura que esta misma hiciera de lo pertinente de la respectiva entrevista y, luego, de reconocer que, efectivamente, la había rendido el 7 de septiembre de 2012. Es de advertir que, no obstante la testigo tachó de falsos algunos contenidos de la entrevista, entre éstos no incluyó el que aquí fue desconocido y que se transcribe a continuación:

... Me enteré de los hechos que se venían presentando con mi hija Y... F.... C.... a través de mi señora madre Marina Cardona, quien

¹⁴ Minuto 1:10:36, sesión del 17 de mayo de 2013.

¹⁵ Minuto 1:14:57, ibídem.

me comentó que la niña le había dicho que el señor Carlos Andrés Díaz de la Ossa le había dicho, le había ofrecido a la niña la suma de 7 mil pesos para que ella le dejara tocar las piernas, este hecho ocurrió como en el mes de marzo de 2012 donde la niña vivía conmigo, en el barrio Espíritu Santo, calle... Esto es muy cerca de donde mi mamá vive, porque mi mamá es quien me la cuidaba, al enterarme de este hecho dialogué con la niña y ella me contó: “¡ay mamil, yo le voy a contar pero no le vaya a decir nada a Deisy porque yo no quiero problemas, es que Carlos me ofreció 7 mil pesos para que yo me dejara tocar las piernas, pero yo le dije que no y que si me seguía molestando yo le contaba a mi mamá y a mi mamita”, entonces Carlos le dijo a la niña: “mentiras mami, yo es por molestar”. Posterior a esto, le manifesté a la niña que si esto volvía a ocurrir me contara y que si yo iba a hablar con Carlos, pero nunca le comenté nada a Carlos porque para esa fecha él ya no era el esposo de mi hermana Deisy Triana,...lo ocurrido con la niña, que mi mamá me contó, sucedió en la casa ubicada en la calle 49 No 59-114, Carlos había ido allá donde se encontraba Yiseth por un jarabe, para su hija que encontraba enferma, al llegar se encontró que Carlos le estaba haciendo señas a la niña y las señas consistían en si aceptaría lo que él le estaba proponiendo y la niña le respondió: “si me sigue molestando, le voy a contar a mi mamá y a mi mamita”, Carlos le respondió: “mentiras mami, perdóneme, yo es por molestar,...”.¹⁶

Se reitera, esta declaración ingresó, efectivamente, al juicio como testimonio adjunto, al ser incompatible con la que expuso en este último. No obstante, ese medio de conocimiento fue desconocido por el Tribunal al considerar, erróneamente, que no hacía parte del acervo probatorio.

4.3.2.3 Falsos raciocinios

En la apreciación del testimonio de Y.F.C., el Tribunal, en dos ocasiones, infringió una regla de la sana crítica: el principio lógico de no contradicción.

¹⁶ Minuto 45:12, audio No 2, sesión del 30 de abril de 2013.

a. En primer lugar, incurrió en el yerro cuando, de una parte, dio por sentado que *«la mentira en la infancia es un fenómeno frecuente y hasta característico...»* para desvirtuar la versión inculpativa inicial de la menor, y, de otra parte, con la misma premisa justificó la credibilidad de la retractación que aquélla manifestara en juicio.

Un razonamiento coherente con una tesis generalizada de mendacidad de los relatos efectuados por los infantes, como la sostenida por el Tribunal, implicaría desestimar todos aquéllos y no solo en los que el declarante reconozca haber mentido antes. En todo caso, este argumento, aunque ganaría en coherencia, sería, igualmente, equivocado, porque supone una inexistente tarifa probatoria negativa.

b. Y, en segundo lugar, resultó contradictorio afirmar la presencia de síntomas de alienación parental para desvirtuar la veracidad de los actos sexuales narrados por la menor, uno de los cuales sería *«la campaña de desprestigio de la madre hacia el padre»*¹⁷ y, al tiempo, sostener que la niña inventó que *«fue víctima de tocamientos sexuales por parte de un pariente, con el fin de lograr quedarse viviendo con su padre, pues como lo dijo en juicio, era la única forma que su madre la dejara vivir con él y de que este le diera todo lo que ella pedía»*¹⁸.

¹⁷ Página 11, sentencia de segunda instancia.

¹⁸ Ibidem.

O sea que, uno los fundamentos de la sentencia para asignar credibilidad a la retractación de la menor víctima y así concluir la existencia de dudas sobre la realización de la conducta punible, se hizo consistir en dos tesis contradictorias sobre el origen de la versión inculpativa: según la primera, lo sería la manipulación de la que era víctima la niña para que tuviera una imagen negativa de su padre Campo Elías Franco Zapata; y, conforme a la segunda, lo sería el deseo ferviente de la niña de dejar a su madre para irse a vivir con aquél. Por si fuera poco, esa explicación contradictoria nada diría sobre un señalamiento que trascendió el ámbito de la pareja separada, para recaer en un tercero que, a lo sumo, sería pariente por afinidad de Claudia Yamile Calderón Cardona.

4.3.3 Correcta valoración de las pruebas

4.3.3.1 Prueba inculpativa

Como se ha venido indicando, la menor Y.F.C., rindió testimonio en el proceso y en éste, básicamente, se retractó de la versión inculpativa que, antes, había relatado a su madrastra Diana Yurledy Casas y al psicólogo de la Comisaría de Familia de Maceo-Antioquia, Julio Ernesto Manco Rueda.

Ante las declaraciones dispares, el delegado de la Fiscalía, quien solicitó dicha prueba, interrogó a la testigo

sobre la existencia de la declaración previa incompatible. En sus respuestas, esta última no solo reconoció ese hecho sino que, además, rememoró su contenido esencial y lo dio a conocer en la audiencia. Luego, en el contrainterrogatorio, el defensor tuvo la oportunidad de abordar dichos aspectos y, efectivamente, la utilizó. En esos términos, la versión previa de la menor fue debidamente incorporada por la vía del testimonio adjunto.

Por la importancia de la prueba en mención, se transcribe lo pertinente del juicio oral¹⁹:

Fiscalía: Conoces el motivo de tu presencia o sabes por qué estás acá hoy?

Y.F.C.: Sí señor.

Fiscalía: Quieres contarlos?

Y.F.C.: Yo estoy acá para decir toda la verdad

Fiscalía: Respecto de qué?

Y.F.C.: Respecto a lo del señor Carlos Andrés

(...)

Fiscalía: Quién es él, lo conoces?

Y.F.C.: Sí señor

Fiscalía: Cuánto hace que lo conoces?

Y.F.C.: Yo lo conocí desde que tenía 4 años

Fiscalía: Y por qué lo conoces, en razón de qué lo conoces?

Y.F.C.: Porque él era el novio de mi tía cuando yo tenía 4 años

Fiscalía: Y cómo se llama tu tía?

Y.F.C.: Deisy

(...)

¹⁹ A partir del minuto 1:40:04 y hasta el 1:46:05, sesión del 30 de abril de 2013.

Fiscalía: Quieres contarnos qué fue lo que ocurrió con el señor Carlos Andrés?

Y.F.C.: **Yo solamente dije todo lo que dije porque yo me quería quedar con mi papá**

Fiscalía: **Quieres contarnos qué fue lo que dijiste?**

Y.F.C.: **Ehh, yo dije que él me manoseaba, que él me ponía a ver videos de porno y todas esas cosas así. Pero todo es mentira.**

Fiscalía: **Y a quién le dijiste eso?**

Y.F.C.: **Primero, le dije a mi madrastra, y después mi madrastra le contó a mi papá.**

Fiscalía: Y tu papá qué dijo?

Y.F.C.: No pues, él dijo que fuéramos a colocar la demanda

Fiscalía: Y qué pasó?

Y.F.C.: No, a los otros días nosotros fuimos, hicimos esas vueltas y colocamos la demanda, pero...

Fiscalía: Y adónde colocaron la demanda?

Y.F.C.: En Maceo

Fiscalía: Y ante quien fueron a colocar la demanda, ante quien se hizo la denuncia?

Y.F.C.: Los que colocamos la demanda fuimos mi papá y yo, y **primero fuimos a la Comisaría** y después a una estación de policía, creo que se llama eso.

Fiscalía: **Y quieres contarnos qué fue lo que dijiste allá?**

Y.F.C.: **No pues, yo dije todo lo que te dije ahorita y ya, pues que él me manoseaba, que me ponía películas de porno, que me cogía a la fuerza, pero todo es mentira.**

Fiscalía: Quieres contarnos si Carlos Andrés visitaba tu casa?

Y.F.C.: Él iba a la casa, pero era por la noche porque él trabajaba desde la madrugada hasta la noche. Él siempre llegaba por la noche y yo siempre estaba con mi mamá cuando él llegaba.

(...).

Fiscalía: Quieres contarnos cómo era la relación que tenías con Carlos Andrés?

Y.F.C.: No pues, ehhl, él me respetaba mucho a mí y yo a él, él lo único que sentía por todos nosotros era un aprecio familiar, él a veces me ayudaba y me daba plata para comprarnos algo y cosas así, él nos llevaba a paseos, pero nada más.

(Negritas fuera del texto original)

Y, en el contrainterrogatorio²⁰, el defensor cuestionó, expresamente, a la menor sobre la existencia de una declaración previa incompatible con la que entregaba en el juicio oral, y ésta la ratificó:

Defensor: Cuéntenos si fue usted entrevistada por una psicóloga o psicólogo?

Y.F.C.: Ehh, pero cuando?

Defensor: En cualquier momento, sobre lo que nos has contado?

Y.F.C.: Eh pues, en Maceo fui entrevistada por una psicóloga, pero fue donde yo dije todas esas mentiras, o sea que yo le dije todas esas mentiras a ella.

En consecuencia, como se anticipó, la declaración anterior de Y.F.C. fue debidamente introducida; además, lo fue con el testimonio de sus destinatarios inmediatos, es decir, de Julio Ernesto Manco Rueda, psicólogo de la Comisaría de Familia de Maceo – Antioquia, y de Diana Yurledy Casas, madrastra de aquélla. Según esa versión inicial, en varias ocasiones, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, compañero sentimental de su tía materna Deisy María Triana Carmona, le exhibía videos pornográficos solicitándole que ejecutara las prácticas allí reproducidas, la besaba en la boca y le frotaba el pene en sus nalgas y vagina.

Así lo narró ante el referido profesional de la psicología, el 27 de enero de 2002, como consta en el documento que contiene la entrevista:

... yo me encontraba en la casa con mi mama (sic) mi padrastro Anderson y mi hermanito Emanuel, entonces cuando ella se iba

²⁰ Minuto 1:53:30, ibídem.

tarde de la noche con mi padrastro Anderson, se iba con mi hermanito o me dejaba con él, y en esos momentos llegaba Carlos Andrés Díaz de la Ossa, entonces él me ofrecía plata y él iba y guardaba la moto en la casa, entonces él aprovechaba y abusaba de mí, me acostaba bocabajo me abría las piernas y me ponía el pene en las nalgas y lo pasaba por encima, otro día yo no quería hacer eso, me acosté a dormir boca arriba, entonces él se me tiro (sic) en cima (sic) yo no podía empujarlo para que se bajara de mí, entonces me cogió y beso (sic) a la fuerza y me bajo (sic) la ropa y entonces se sacó el pene y a mí me ardió dos veces la vagina, y él me siguió besando la fuerza (sic), al rato yo me subí la ropa y el también y me dejo (sic) una algo como una cosa blanca ensima (sic) de mi vagina y saliendo algo blanco de mi vagina.

Yo una vez le dije que por qué no se conseguía una mujer, que si quería que le hiciera eso a ella y él me dijo "que se tenía que conseguir a una mujer", entonces me dijo "que él no sabía que el (sic) estaba pasando conmigo, que él no me iba volver (sic) a molestar", entonces le dije que "ojala (sic) eso si fuera verdad", al día siguiente mi mamita llego (sic), yo había visto unos chores muy bonitos en Medellín, entonces él me dijo que él me los daba si me dejaba hacer lo que él me estaba haciendo antes y yo le dije que no, que si me los quería dar que fuera sin ningún interés los recibía, en ese momento llego (sic) mi abuela y yo ya le había dicho a él que yo no quería hacer eso. Entonces mi abuela al día siguiente pregunto (sic) que (sic) me estaba diciendo el que (sic) me preguntaba él, y yo le dije a ella que él me pedía pornografía y ella me dijo que como así, y le dije que él se sacaba el pene y me lo ponía en las nalgas y yo le dije a mi abuela que él me acostaba bocabajo, estaban las dos mi mama (sic) y mi abuela y les dije a ellas lo que me pasaba y no prestaron ellas atención como si no hubiera pasado y mi mama (sic) me pidió que no le contaran nada mi tía (sic) y yo hice lo que mi mama (sic) me dijo que no le dijera nada a mi tía entonces yo no le dije y le hice caso, ellas no le dijeron nada y el siguió molestándome y ofreciéndome plata. Yo le decía no que no, y él seguía y le dije entonces que cumpliera porque él me dijo que no me iba a molestar más, hasta que el miércoles de la semana pasada antes de venirme para acá él me ofreció 300 mil pesos, él no me lo iba dar de una vez, que él me deba de a 5 mil pesos en la semana eran 300 mil pesos con unos zapatos y unos chores, y yo le dije que así fuera por 300 mil pesos no iba aceptar eso esa (sic) fue la última vez que me volvió a molestar porque nos vinimos el jueves. Yo no quiere volver a donde mi mama (sic) y donde mi abuela quiero irme para donde mi papa (sic). Yo no quiero volver a Medellín.

En igual sentido, la menor Y.F.C., realizó los siguientes comentarios al cónyuge de su padre Campo Elías Franco Zapata²¹:

... Entonces la niña me contó que el señor CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA que abusaba de ella y que le ponía videos de pornografía y que le decía que sí hacían lo mismo que hacían allá en el video de pornografía que él le daba \$7.000, entonces la niña le dijo que no, entonces él, la niña le dijo que no, entonces él le bajó la ropa interior a la fuerza, entonces la niña me dijo a mí que él le echó una cosa blanca transparente que le cayó en los interiores, pero que ella y que él le dijo que se quedara callada que no dijera nada. Bueno, ya la segunda vez, que le dijo que, pues, que si le aceptaba otra vez, que si lo aceptaba para que hicieran lo mismo, entonces ella le dijo que no, entonces le dijo: “yo le ofrecí 7 mil pesos a usted, entonces ahora le voy a ofrecer 300 mil pesos, para que se deje hacer lo mismo allá lo que está viendo en el video de pornografía”, entonces ella le dijo que no, entonces él le contestó que se dejara y que se quedara callada que pa’ que lo hiciera por la hija de él, que no dijera nada, entonces la niña le dijo: “Carlos, ¿usted no sabe que lo que usted me está haciendo a mi le puede dar cárcel?”, entonces que él le contestó: “si, yo se eso, pero quédese callada, hágalo por la hija mía”, o sea por la hija de él pequeñita, que él tiene con Deisy, que lo hiciera por la niña...

Sí, del pene de él, él y que la puso boca abajo y le rastrillaba el pene por las nalgas, entonces que él se desarrolló en ella...que le echó una cosa blanca con transparente en las nalgas, entonces que ella al colocarse los interiores, le cayó en los interiores, entonces ella me dijo a mí que era pegajoso. (...)

4.3.3.2 Mérito de la versión inculpativa

La Corte estima que, entre la declaración anterior al juicio oral de Y.F.C. y la que rindió en este escenario, resulta creíble la primera, es decir, aquella donde relató que, en varias oportunidades, fue víctima de actos sexuales abusivos

²¹ Declaración de Diana Yurledy Casas, a partir del minuto 23:40, audio No 1, sesión del 30 de abril de 2013.

realizados por CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA. Esa conclusión se soporta en las siguientes razones:

a. El relato incriminatorio es circunstanciado y muy detallado, a diferencia de la retractación.

Como se pudo observar, la menor Y.F.C. narró, con suma claridad, varios episodios constitutivos de abuso sexual que pudo percibir, de manera directa y personal, pues fue ella el sujeto pasivo de tales acciones. En efecto, señaló con precisión al autor de las conductas (CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA) y describió las circunstancias de tiempo (noche), de lugar (casa donde residía) y de modo (ofrecimiento de dinero, con fuerza le quitaba la ropa, le mostraba videos pornográficos y demás pormenores narrados).

Además, ese relato incluyó datos objetivos que permiten considerar que es fruto de una experiencia vivida, como fueron: (i) la sensación de ardor en la zona vaginal; (ii) la descripción de una «cosa blanca ensima (sic) de mi vagina»; que indicaría la presencia de semen-; (iii) el contenido de breves conversaciones que sostuvo con el acusado cuando ella le recriminaba por las agresiones sexuales; (iv) la alusión a la –real o supuesta- actitud de arrepentimiento que aquél adoptaba en esos instantes («que él no sabía que el (sic) estaba pasando conmigo, que él no me iba volver (sic) a molestar»); y, por último, (v) la descripción del chantaje emocional que ejercía el abusador para buscar el silencio de la víctima, pues le advertía que una eventual revelación de

sus ilícitos comportamientos comprometía el bienestar de su pequeña hija, prima de aquélla.

En contraste, durante el juicio oral, la menor se limitó a indicar que sus declaraciones previas eran mentirosas y que las realizó porque deseaba quedarse a vivir con su papá. En esas lacónicas expresiones no se observan vestigios de correspondencia con la realidad porque, a más de la ausencia absoluta de detalles sobre la forma, tiempo y lugar en que fabricó la supuesta mentira; el móvil que arguyó para explicar dicha actuación, se advierte infundado.

En efecto, la declarante ni siquiera, de manera somera, expuso razones, ni estas se observan, por las cuales contarle a su madre el deseo de residir con su papá o, inclusive, utilizar cualesquiera otros datos falsos que no implicara la atribución de hechos tan graves a una persona ajena a la situación; no habría sido suficiente para lograr su propósito. Es más, Claudia Yamile Calderón Cardona declaró que siempre permitió los encuentros de su hija con su expareja («...yo a él no le he negado que viera a la niña»²²), por lo que, menos aún, se vislumbra la necesidad para la menor de construir una mentira tan bien elaborada.

b. Coherencia de la declaración inculpativa en las varias oportunidades en que fue expuesta.

²² Minuto 22:33, audio No 2, sesión del 30 de abril de 2013.

Ya se indicó que la versión según la cual CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA realizó actos sexuales en la menor Y.F.C., fue narrada por ésta a Diana Yurledy Casas y al psicólogo Julio Ernesto Manco Rueda, en momentos y escenarios diferentes. Primero, lo hizo ante aquélla, en la vivienda donde reside su papá Campo Elías Franco Zapata y por su condición de madrastra, y, luego, ante el profesional de la Comisaría de Familia de Maceo, adonde fue llevada para que denunciara los hechos delictivos que la victimizaban, en el contexto de un trámite administrativo de *«verificación de la garantía de derechos»* de niños, niñas y adolescentes (art. 52-1 L. 1098/2006).

Entonces, no obstante la diferencia en los destinatarios de la información, en las circunstancias de tiempo, modo y de lugar, y, en general, en los entornos socio-jurídicos de la declaración; la menor Y.F.C., siempre brindó un relato incriminatorio coherente en sus aspectos centrales, esto es, en lo que respecta a las características de las conductas sexuales ejecutadas por el acusado, a las circunstancias en que éstas ocurrieron, a la forma en que enteró a sus ascendientes por la línea materna, y a datos objetivos de la situación que permiten tenerla como una vivencia y no como una fantasía.

Es más, en la anamnesis de la valoración inicial que a la niña realizó el médico general de la E.S.E. Hospital Marco A. Cardona, de Maceo-Antioquia, Dr. Daniel Ospina Herrera, con motivo de la denuncia de los actos sexuales abusivos, se

consignó una información que es coincidente, en sus aspectos principales, con los relatos que fueron ingresados por la vía del testimonio adjunto, como son: que el acusado la ponía a ver videos pornográficos, luego le proponía que ejecutara las escenas que éstos reproducían, y que en dos ocasiones le ardió la vagina. En efecto, en aquélla se indicó:

(...). Paciente refiere que el pasado abril, no recuerda la fecha exacta, el señor Carlos Andrés Días de la Ossa de 30 años de edad, quien es el exesposos (sic) de una tía de la víctima. La paciente refiere que el señor Carlos Andrés la cojió (sic) a la fuerza, le tapó la boca, le bajó los pantolones (sic) él se sacó el pene y que ella sintió que le ardió 2 veces la vagina, posterior al hecho la niña refiere que quedó con un flujo vaginal blanco en cantidad moderada, no fétido, que ha ido disminuyendo de cantidad. Paciente niega que la hubiera golpeado. Refiere que previo al hecho el señor le puso un video de pornografía y le dijo a la niña que hicieran lo del video (sic) a lo cual la paciente no aceptó y posterior a esto ocurrió lo descrito anteriormente.

c. Correspondencia de la versión inculpativa con otras pruebas

Algunos aspectos, principales o periféricos, de la declaración inicial de Y.F.C. fueron corroborados con otros medios de conocimiento, especialmente con el testimonio de su madre, Claudia Yamile Calderón Cardona. En efecto, esta confirmó los siguientes datos:

(i) Que CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA guardaba una motocicleta, todas las noches, en la casa donde se

encontraba la menor -así también lo declaró en juicio Luz Marina Cardona (abuela)²³-.

(ii) Que fue enterada de las propuestas libidinosas que CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA hacía a su hija Y.F.C., una de las cuales consistió en ofrecerle 7 mil pesos a cambio de que le permitiera tocar sus piernas, así como de algunas circunstancias en que aquéllas acontecieron. Ello consta en la entrevista que se adjuntó a su testimonio:

... Me enteré de los hechos que se venían presentando con mi hija Y... F.... C.... a través de mi señora madre Marina Cardona, quien me comentó que la niña le había dicho que el señor Carlos Andrés Díaz de la Ossa le había dicho, le había ofrecido a la niña la suma de 7 mil pesos para que ella le dejara tocar las piernas, este hecho ocurrió como en el mes de marzo de 2012 donde la niña vivía conmigo, en el barrio Espíritu Santo, calle... Esto es muy cerca de donde mi mamá vive, porque mi mamá es quien me la cuidaba, al enterarme de este hecho dialogué con la niña y ella me contó: “¡ay mamil, yo le voy a contar pero no le vaya a decir nada a Deisy porque yo no quiero problemas, es que Carlos me ofreció 7 mil pesos para que yo me dejara tocar las piernas, pero yo le dije que no y que si me seguía molestando yo le contaba a mi mamá y a mi mamita”, entonces Carlos le dijo a la niña: “mentiras mami, yo es por molestar”. (...).²⁴

En este momento, es pertinente recordar uno de los episodios que, según la menor, fue aprovechado por el acusado para intentar persuadirle, y que Claudia Yamile Calderón Cardona admitió conocer en su declaración previa:

Carlos había ido allá donde se encontraba Yiseth por un jarabe, para su hija que encontraba enferma, al llegar -Luz Marina

²³ «Él la guardaba -la motocicleta- en un garaje donde vivía mi hija -Claudia-» (minuto 11:31, audio 3, ibídem).

²⁴ Minuto 45:12, audio No 2, sesión del 30 de abril de 2013.

Cardona- se encontró que Carlos le estaba haciendo señas a la niña y las señas consistían en si aceptaría lo que él le estaba proponiendo y la niña le respondió: “si me sigue molestando, le voy a contar a mi mamá y a mi mamita”, Carlos le respondió: “mentiras mami, perdóneme, yo es por molestar,...”.²⁵

Luz Marina Cardona, abuela materna de la víctima, aunque negó los detalles que incriminan al procesado, admitió la ocurrencia del referido suceso describiéndolo con muchas coincidencias, así:

Resulta que el señor Carlos iba a ir a guardar la moto, entonces yo le dije que si hacía el favor y pedía allá el remedio para la niña que tenía tos, entonces me dijo que sí,... Él fue y pidió el remedio, y se sentó a esperar que le entregaran el remedio.
(...).

En ese momento, no había nadie, en ese momento estaba mi niña, esta niña nieta,... estaba Yiseth, con una vecina, ahí al pie, entonces, porque ella al pie vivía, entonces él la llamo y le dijo que le entregara el remedio. Enseguidita yo fui, cuando yo fui la niña mia no le había entregado el remedio,

Fiscalía: Y usted por qué fue?

Testigo: Porque yo tenía la otra nieta enferma y fui por el rápido, porque a él no le habían abierto la puerta para guardar la moto...²⁶

(iii) Que no le mereció ninguna credibilidad la versión inculpativa de su hija, como lo dio a entender en juicio, aun cuando en este, modificando lo dicho en la declaración previa, sostuvo que de aquélla se enteró sólo cuando la llamaron de la Comisaría de Familia. Así lo narró en aquel escenario:

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Minuto 36:44, audio No 3, sesión del 30 de abril de 2013.

Cuando yo entré a la Comisaría, le dije a la señora comisaria y al psicólogo: “ustedes están actuando por miedo a él, por miedo a él, solo por miedo a él, porque mire que esta niña está es manipulada, y me dijeron: “no, por miedo no, estamos defendiendo a la niña”, y yo: “defendiéndola de qué”, yo le dije: “si quiere me ponen esta niña enfrente del señor CARLOS a ver qué actitud toma ella”, porque nosotros con este señor solamente tenemos es agradecimiento, y ya,...²⁷

(iv) Que omitió cualquier reclamo al agresor en la época en que sucedieron los hechos (*«nunca le comenté nada a Carlos porque para esa fecha él ya no era el esposo de mi hermana Deisy Triana...»*).

Además, uno de los datos centrales sobre la forma como se desarrollaron los episodios abusivos descritos, en un principio, por la niña Y.F.C., cual fue el medio de persuasión que, con frecuencia, utilizó CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA para que la menor accediera a sus deseos sexuales: la oferta de dinero; fue corroborado durante la retractación en el juicio, como una de las conductas usuales de aquél, aunque, obviamente, intentando desligarla de cualquier contexto ilícito: *«... él a veces me ayudaba y me daba plata para comprarnos algo y cosas así, él nos llevaba a paseos,...»*.

d. El estado anímico de la menor corroboró la veracidad del relato de abuso sexual

Antes de referirnos al contenido de la declaración rendida por el Dr. Julio Ernesto Manco Rueda, resulta

²⁷ Minuto 23:57, ibídem.

imperativo determinar la naturaleza de ese medio probatorio: si es un testimonio o una pericia; por cuanto en el trámite de la actuación se incurrió en imprecisiones sobre la naturaleza de ese medio de convicción, tanto así que, por ejemplo, la de primera instancia, para demeritar la referida prueba, aseguró que: «*Se trata de un dictamen o entrevista bastante pobre,...*»²⁸, ambigüedad ésta que revela que el juez no precisaba si lo que valoraba era un peritazgo o un testimonio -que daba cuenta de la existencia y contenido de una entrevista-.

Pues bien, en el escrito -y en la audiencia- de acusación, se descubrió la «*Entrevista realizada en el mes de julio de 2012 a la menor -Y.F.C.- por el sicólogo Julio Ernesto Manco Rueda, adscrito a la Comisaría de Familia de Maceo, Antioquia*», y el testimonio de ambos.

En la audiencia preparatoria, ocurrió lo siguiente:

- La Fiscalía enunció la referida entrevista²⁹, así como el testimonio de la niña³⁰ y del Dr. Julio Ernesto Manco Rueda³¹.

- Luego, entre las solicitudes probatorias formuladas, incluyó, nuevamente, los dos testimonios³². En la explicación

²⁸ Página 14.

²⁹ Minuto 4:58.

³⁰ Minuto 8:37.

³¹ Minuto 9:19.

³² Minutos 14:12 y 19:53.

de la pertinencia del que ofrecería el psicólogo, manifestó la parte interesada:

Esa persona, en cuanto a la pertinencia y conducencia, sí que realmente nos va a dar una contextualización más exacta **de lo que él percibió técnica y científicamente, a través del interrogatorio y de la charla que sostuvo con la menor Y.F.C.** el día 27 de enero, perdón, el día, eso fue... específicamente, en el mes de enero de este año y donde efectivamente, él, a través de esa conversación que sostuvo con la menor, pudo encontrar que los hechos por la niña relatados configuraban o se tipificaban, específicamente, a una conducta delictiva de abuso sexual, de actos sexuales abusivos con la menor y que, en efecto, a través de su estudio valorativo psicológico de la niña, **nos podrá dar mejor conocimiento sobre cuál es la real afectación que la niña ha tenido psicológicamente.**³³

- Por último, el juez decretó la recepción del testimonio del referido profesional, así como de las demás pruebas solicitadas por la Fiscalía.

Ya en el juicio oral, en el desarrollo del interrogatorio al Dr. Julio Ernesto Manco Rueda, el juez de conocimiento aseveró que éste declaraba como testigo y, al tiempo, como perito³⁴, lo que también fue afirmado por el delegado de la Fiscalía, quien, además, catalogó al informe que aquel elaboró como la «base de la opinión pericial» regulada en el artículo 415 del C.P.P.

No obstante, el psicólogo, únicamente, declaró sobre la entrevista que, en su condición de profesional adscrito a la Comisaría de Familia de Maceo-Antioquia, recibió a la menor

³³ Minuto 20:53.

³⁴ Minuto 35:27, audio No 2, sesión del 17 de mayo de 2013.

Y.F.C., el 27 de enero de 2002; así como sobre algunas impresiones que, a partir de la narración y del comportamiento que durante la misma adoptó aquélla, tuvo el experto de la ciencia psicológica sobre su estado mental y emocional. Además, el testigo, ante una pregunta complementaria del juez, reconoció que, más allá de un formato de entrevista elaborado por el I.C.B.F., no aplicó método científico alguno en la labor que desarrolló:

Juez: O sea que usted aquí, por ejemplo en este caso particular de la niña mencionada..., para efectos de rendir ese dictamen o elaborar ese informe, ¿en este caso usted se valió, se utilizó, empleó algún método de investigación o análisis relativo al caso, algún método específico de la psicología o de otra materia relacionada con la misma para dichos análisis o evaluación?

Psicólogo: Solamente se utilizó en el momento la técnica de la entrevista, y la entrevista lleva los parámetros que tiene el formato que aquí les presenté doctor.³⁵

Conforme al anterior recuento procesal, no cabe duda que la declaración bajo examen constituyó un testimonio, por las siguientes razones: (i) así fue descubierto, enunciado, solicitado y decretado; (ii) se refirió a la existencia y contenido de la entrevista que recibió a Y.F.C., y, además, a algunas características del estado anímico de aquélla al declarar, que su formación profesional le permitió percibir (testigo experto); y, (iii) esa valoración inicial psicológica tuvo como único fundamento las impresiones que suscitó el relato de la menor y su conducta al exponerlo, sin que aplicara métodos,

³⁵ Minuto 48:34, ibídem.

exámenes o principios que constituyeran una base técnico-científica de la opinión (art. 417, num. 4, 5 y 6, C.P.P.).

En todo caso, las impresiones que en el declarante suscitó el estado psicológico y emocional de la menor, pueden ser valoradas debido a que se trata de calificaciones, juicios u opiniones que realizó el testigo respecto de hechos que percibió y sobre los cuales ostenta conocimientos especializados, lo que lo convierte en un testigo experto o técnico³⁶. Entre aquéllos destaca, entonces, que el psicólogo conceptuó que la menor presentaba una *«baja autoestima»*, con base en las siguientes observaciones: *«se veía triste, bajaba su tono de voz en momentos,...ella manifestaba, y... esto... transmitía, que se encontraba un poco triste, insatisfecha, como con sentimientos de rabia, por lo que le estaba sucediendo...»*³⁷. En el mismo sentido, agregó: *«la encontré regular... porque ella llegó al lugar con su señor padre, con una actitud normal, estaba bien, feliz, y ya cuando empezamos con la entrevista, mostró un poco que es una niña que se sentía inconforme, que sentía un poco mal por lo que ella informaba»*³⁸.

Recuérdese que, de igual manera, Diana Yurledy Casas –madrastra-, ante pregunta de la delegada del Ministerio Público, manifestó sobre la niña: *«..., yo la notaba a ella como*

³⁶ En la SP, 11 abr. 2007, rad. 2618, citada en el AP3402-2015, rad. 45207; se definió el concepto de testigo experto o técnico así: *«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»*.

³⁷ Minuto 1:10:36, ibídem.

³⁸ Minuto 1:14:57, ibídem.

*triste,...», antes de que ésta se decidiera a contarle sobre las conductas sexuales de las que era objeto*³⁹.

Así las cosas, se concluye que en el estado psicológico y emocional de la menor Y.F.C., percibido por el Dr. Julio Ernesto Manco Rueda- y en parte por su madrastra-, había síntomas compatibles con una situación traumática, como la de abuso sexual que aquélla narró.

e. Motivos de retractación de la menor: obediencia, miedo y falta de apoyo familiar

Se recordará que en la sentencia de segunda instancia se afirmó que en la retractación efectuada por la menor víctima, no se vislumbraban móviles de «*miedo, terror, amenaza, problemas fisiológicos o psicológicos que alteran el raciocinio etc.*». Sin embargo, ya se vio que esa conclusión estuvo determinada por la omisión de algunos contenidos probatorios, debidamente incorporados al proceso, a partir de los cuales se infería, paradójicamente, la conclusión opuesta.

En primer lugar, se desconoció que la menor Y.F.C., ante el psicólogo Julio Ernesto Manco Rueda y ante Diana Yurledy Casas, se quejó de la poca atención que le prestaron su madre y abuela cuando les contó sobre las conductas abusivas de las que era víctima, así como que las mismas omitieron cualquier acción destinada a que los agravios

³⁹ Minuto 03:49, audio No 1, sesión del 30 de abril de 2013.

cesaran. Más grave aún, la primera de tales ascendientes le manifestó que debía guardar silencio sobre el asunto que les acababa de referir, expresión ésta que venía a constituir la orden emitida por el adulto bajo cuya responsabilidad se encontraba. Esa falta absoluta de apoyo de la red familiar primaria permite entender el deseo que, luego, la niña manifestó: *«Yo no quiero volver a donde mi mama (sic) y donde mi abuela quiero irme para donde mi papa (sic)...»*.

En segundo lugar, que el referido profesional de la psicología, con base en las afirmaciones de la declarante y en lo que observó del comportamiento de ésta al rendir la entrevista, hizo la siguiente recomendación: *«se debe atender la solicitud de la niña de compartir y vivir con su padre en su restablecimiento de derechos»*, teniendo en cuenta que *«La Adolescente se encuentra en un ambiente familiar no favorable para su mejoramiento anímico»*. Es más, en juicio, el citado testigo reveló que, en la Comisaría de Familia, la menor afirmó *«que no quería que la abuela estuviera presente en la entrevista»*⁴⁰, lo que fue corroborado por esta señora cuando afirmó en juicio que escuchó que la niña quería conversar a solas con el psicólogo⁴¹.

En último lugar, por si fuera poco lo anterior, la menor Y.F.C. reconoció a su madrastra Diana Yurledy Casas, según esta contó, que sentía miedo por denunciar a CARLOS

⁴⁰ Minuto 44:40, sesión del 17 de mayo de 2013.

⁴¹ Así lo afirmó: *«Ah no, que la niña quiere sola»* (minuto 21:33, audio No 3, sesión del 30 de abril de 2013).

ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, momentos antes de que se dirigieran a la Comisaría de Familia de Maceo para tal fin. Obsérvese lo pertinente del testimonio de la niña que se incorporó al juicio mediante el de su interlocutora, como antes se indicó:

... ella me dijo: "Diana pero es que... yo no quiero ir sola a la comisaría, ¿me acompaña?", que para que yo le ayudara a decir a ella eso, entonces yo le dije: "vamos mami, vamos, ¿por qué no? Entonces **ella me dijo a mí: "Diana pero es que, ay no, es yo tengo miedo porque es que me da miedo, qué me irán allá,** que tal", y yo: "no mami, vamos tranquilamente que ellos ella es la comisaria, cierto, y ella la puede ayudar en eso", entonces ella estuvo allá y ya comenzamos, ya comenzó ella a decirle todo lo que le había pasado a ella...⁴²

En consecuencia, existe prueba, desconocida por el Tribunal, que demuestra que la retractación de la menor Y.F.C. tuvo causas distintas al reconocimiento libre y espontáneo de una mentira, como son: (i) el silencio que sobre los hechos quiso imponerle su madre Claudia Yamile Calderón, (ii) el miedo que aquélla sentía por señalar a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA como autor de actos sexuales abusivos; y, (iii) en general, la falta de apoyo familiar que experimentó la niña cuando padecía la situación traumática. Todas esas razones preexistían a la retractación, por lo que se infiere que fueron las que determinaron a la menor desdecirse de su sindicación inicial; además, como se explicó antes, el móvil con que aquella se pretendió justificar carece de fundamentos razonables.

⁴² Minuto 27:45, audio No 1, sesión del 30 de abril de 2013.

4.3.4 Conclusión

Según todo lo anterior, la sentencia que absolvió a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA fue el resultado de múltiples violaciones –indirectas- de la ley sustancial: errores de existencia, de identidad y de raciocinio; por lo que, tal y como lo solicitó el delegado de la Fiscalía, coadyuvado por la agencia del Ministerio Público, debe casarse el referido fallo.

Además, la apreciación individual y conjunta de las pruebas allegadas permitió concluir que se demostró, más allá de toda duda razonable, que el acusado realizó, en varias oportunidades, conductas típicas de actos sexuales en una menor de catorce años de edad -Y.F.C.-, a través de las cuales vulneró, sin justa causa, la integridad, formación y libertad sexuales de la víctima.

El análisis probatorio impone esa conclusión porque, como se explicó, el relato incriminatorio es (i) circunstanciado y muy detallado, a diferencia de la retractación, (ii) coherente en las distintas oportunidades en que fue expuesto, y (iii) respaldado en otras pruebas. Además, (iv) el estado anímico de la menor corroboró la veracidad del relato de abuso sexual, y (v) esta se retractó de sus señalamientos por obediencia a la autoridad materna, miedo y, en general, por la falta de apoyo familiar.

Además, el procesado es imputable, comprendió la antijuridicidad de sus comportamientos y, en sus

circunstancias, le era exigible que aquéllos se adecuaran a la Constitución y a Ley, asuntos éstos que no fueron cuestionados en el juicio oral.

En consecuencia, se condenará a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, en concurso homogéneo.

4.3.5 Dosificación punitiva

La pena principal imponible al sentenciado por uno de los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, es prisión por un término de 9 a 13 años (art. 209 C.P.), aumentado de una tercera parte a la mitad por concurrir una circunstancia específica de agravación (art. 211-2, ibídem), para un ámbito que va de 12 a 19.5 años o, lo que es igual, de 144 a 234 meses. Este marco de movilidad se divide en cuartos, cuyos límites quedan definidos así:

Cuarto mínimo	1er cuarto medio	2do cuarto medio	Cuarto máximo
De 144 a 166.5 meses	De 166.5 meses - 1 día, a 189 meses	De 189 meses - 1 día, a 211.5 meses	De 211.5 meses - 1 día, a 234 meses

Se impondrá, entonces, una pena de prisión por 150 meses, la que se ubica en primer cuarto dado que concurre una circunstancia genérica de atenuación punibilidad (art.

55-2: «la carencia de antecedentes penales»). El aumento de 6 meses al extremo mínimo, se justifica por las siguientes razones:

1. La conducta juzgada fue especialmente grave, porque consistió en la ejecución no de una sola clase de actos sexuales, sino de varios: enseñarle videos pornográficos, inducirla a repetir las prácticas allí observadas, besarla en la boca y rosarle el pene en sus nalgas y vagina. Además, la edad del sujeto pasivo era, considerablemente, inferior a los 14 años establecidos como límite de la prohibición típica de las conductas sexuales abusivas, por lo que la gravedad es aún mayor.

2. Conforme a lo anterior, el daño ocasionado al bien jurídico de la integridad y formación sexual fue bastante intenso, pues el mismo se lesionó de diversas maneras y, además, la afectación no se circunscribió a los actos sexuales efectivamente ejecutados por el acusado sino a aquéllos que éste obligó a la menor a ver en escenas pornográficas.

3. La pena a imponer se advierte necesaria porque una sanción proporcionada al agravio cometido desestimulará la repetición de la conducta ilícita en los demás, más aún cuando existe corresponsabilidad de la sociedad, la familia y la autoridad en la protección de los niños, niñas y adolescentes. Además, frente al sentenciado, sin duda alguna, la pena contribuirá a reducir la posibilidad de cometer nuevos delitos y le generará el espacio para que se

dedique a realizar actividades que le permitan su reintegración adecuada al medio social.

La pena de prisión dosificada para uno de los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* (150 meses), será adicionada en 36 meses por las conductas concurrentes de esa misma naturaleza. Dicho monto corresponde al aumento de «*hasta en otro tanto*», previsto en el artículo 31 del Código Penal al regular la determinación de la pena en eventos de concurso de conductas punibles. En consecuencia, el término definitivo de la prisión impuesta a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA será de **186 meses**.

Por último, según lo dispone el artículo 52 del C.P. la pena de prisión conlleva la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más. En consecuencia, se impondrá aquella por el mismo término de la prisión, es decir, por 186 meses.

4.3.6 Subrogados penales y orden de captura

Como quiera que se profiere condena por un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, en contra de una niña; se denegarán, por expresa prohibición legal (art. 199 L. 1098/2006 y 68A C.P.), los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión y la prisión domiciliaria.

Siendo así, se ordenará la captura de CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA, para el cumplimiento efectivo de las penas impuestas.

4.3.7 Garantía del derecho a impugnar la -primera-sentencia condenatoria

Según el artículo 29 de la Constitución Política, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio. Sobre la naturaleza y efectividad de esta prerrogativa, en reciente decisión (SP4883-2017, nov. 14, rad. 48820), se indicó:

De acuerdo con el art. 29 inc. 1° de la Constitución, el *ámbito de protección* del derecho al debido proceso está demarcado tanto por *prescripciones constitucionales genéricas* como por la *específica configuración legal* de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada *composición normativa*.

Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo N° 01 de 2018, cuyo objeto estriba en “*implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria*”, no sólo delineó las bases fundantes de un proceso penal de doble instancia para los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, sino que instituyó una garantía fundamental, en cabeza de toda persona *condenada* penalmente, a que la declaratoria de responsabilidad penal sea *corroborada* (doble conformidad de la *sentencia condenatoria*).

El *derecho* a impugnar la primera sentencia condenatoria (art. 235 incs. 2° y 7° de la Constitución, modificados por el A.L. 01 de 2018), más que un asunto de estructura, es una garantía instituida a favor de quien es declarado penalmente responsable, al margen de la *instancia* en que es condenado; de esa manera, se pretende que la presunción de inocencia que

cobija a toda persona deba pasar por un doble filtro *-ordinario-* de revisión, antes de ser desvirtuada mediante declaratoria judicial.

Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de *impugnación* está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria. El derecho a *impugnar* el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad, igualmente prevista en el art. 15-5 del P.I.D.C.P.

De suerte que, en acatamiento de los principios de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución) y de instrumentalidad de las formas procesales (...), pese a que aún el legislador no ha reglamentado el procedimiento legal para la activación del mecanismo especial de impugnación y su respectiva resolución, cuando el fallo condenatorio es dictado por primera vez en casación, la Sala considera que en el Acto Legislativo están dados los presupuestos *básicos* para garantizar ese derecho, dando aplicación transitoria al num. 7° del actual art. 235 de la Constitución, en consonancia con las normas propias para la interposición y resolución del recurso de apelación contra sentencias,...,que por analogía resultan adecuadas para viabilizar la impugnación especial de la primera condena.

Según el art. 235-7 de la Constitución, modificado por el art. 3° del A.L. 01 de 2018, es atribución de la Corte Suprema de Justicia, resolver, a través de una Sala integrada por tres magistrados de la Sala de Casación Penal, *que no hayan participado en la decisión*, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena, proferida por los restantes magistrados de dicha Sala, entre otros, en los asuntos a que se refiere el numeral 1° del presente artículo, esto es, las sentencias que profiera como tribunal *de casación*.

Quiere ello decir, entonces, que cuando la primera condena se dicte en sede de casación, la Sala de Casación Penal ha de *integrarse* de manera tal que tres de sus magistrados no conozcan del asunto, a fin de que queden habilitados para pronunciarse sobre la doble conformidad, si ésta llegare a solicitarse por la defensa.

De ahí que, en asuntos como el aquí analizado, el magistrado ponente ha de convocar a los cinco magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de conformar sala (de seis integrantes) para discutir la ponencia y dictar la sentencia. Los tres magistrados restantes integrarán sala para revisar, dado el caso, la doble conformidad.

Esta posición de la Corte implicó un cambio jurisprudencial, por cuanto antes se había considerado que la garantía de la impugnación especial era inaplicable hasta tanto no fuera reglamentada por la ley. Sin embargo, la variación interpretativa se justificó con las siguientes razones:

Cabe precisar que si bien mediante SP1783-2018, rad. 46.992 y SP722-2018, rad. 46.361 la Sala había determinado que, hasta tanto no se reglamentara legalmente el procedimiento a seguir para garantizar la doble conformidad de la primera sentencia condenatoria dictada en sede de casación, la impugnación especial era improcedente, tal tesis es recogida para implementar *transitoriamente* el procedimiento arriba descrito⁴³. En lo esencial, la Corte considera que la protección de la mencionada garantía *ius fundamental* no puede quedar en el vacío ante la tardanza del legislador para acatar los mandatos del constituyente derivado.

Está próximo a cumplirse un año de la expedición del Acto Legislativo N° 01 de 2018, sin que siquiera existan iniciativas o proyectos de ley para expedir la reglamentación *legal* correspondiente, para dar aplicación a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en sede de casación. Y no pueden pasarse por alto los antecedentes de la consagración constitucional de la garantía de doble conformidad, como integrante del derecho fundamental al debido proceso. Habiendo la Corte Constitucional exhortado al Congreso de la República para que, en el *término máximo de un año*, regulara *integralmente* el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias⁴⁴, sólo después de tres años y dos meses se cumplió *parcialmente* ese mandato. Así que, dadas esas circunstancias, la Corte Suprema no puede dejar en el vacío la protección de las garantías constitucionales y mantenerse impávida ante la omisión legislativa para efectivizar el acceso a la administración de justicia en esos casos.

Por ello, la Sala se ve obligada a activar el ejercicio de la impugnación especial, a través de un procedimiento transitorio, producto del desarrollo judicial del derecho, por analogía, que compatibilice los instrumentos normativos vigentes con el

⁴³ En cuanto al procedimiento a aplicar a trámites regidos por la Ley 906 de 2004, cfr. CSJ SP 14 nov. 2018, rad. 44.564.

⁴⁴ A través de la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014.

mandato de supremacía y vigencia de los derechos fundamentales. Eso sí, exhortando al Congreso de la República para que reglamente *integralmente* del asunto.

En la referida providencia, se determinó que el derecho a impugnar la primera condena, emitida en sede de casación, se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación, directriz ésta que ahora se reitera, aunque precisando que en el presente asunto tal remisión normativa se dirigirá a las prescripciones establecidas en la Ley 906 de 2004, especialmente en su artículo 179 –modificado por L. 1395/2010–, por ser ésta la que rigió la actuación. En consecuencia, el trámite que garantizará la impugnación especial contra sentencias condenatorias, dictadas por primera vez al resolver el recurso extraordinario de casación, será el que se pasa a describir:

a) La impugnación especial de la condena, deberá formularse en la audiencia de lectura del fallo de casación.

b) La respectiva sustentación tendrá lugar, a elección del impugnante, en la misma audiencia de lectura, de manera oral, o dentro de los cinco (5) días siguientes, por escrito.

c) Si ocurre lo primero, se concederá la palabra a la Fiscalía y a los demás intervinientes, que comparezcan a la audiencia, para que ejerzan el derecho a la contradicción.

d) En caso de sustentación escrita, se correrá traslado de la misma a la Fiscalía y a los demás intervinientes, por el término de cinco (5) días.

e) Surtido el trámite anterior, inmediatamente, se remitirá el proceso al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscribió la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad.

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

5. RESUELVE

Primero: **Casar** la sentencia que absolvió a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

Segundo: En consecuencia, **declarar responsable** a CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, e imponerle las siguientes penas: la principal de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ambas por un término de 186 meses.

Tercero: **Negar** al sentenciado la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

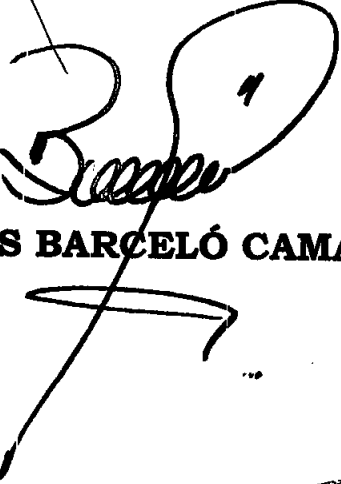
Cuarto: **Ordenar** la captura de CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA para que cumpla las penas aquí impuestas.

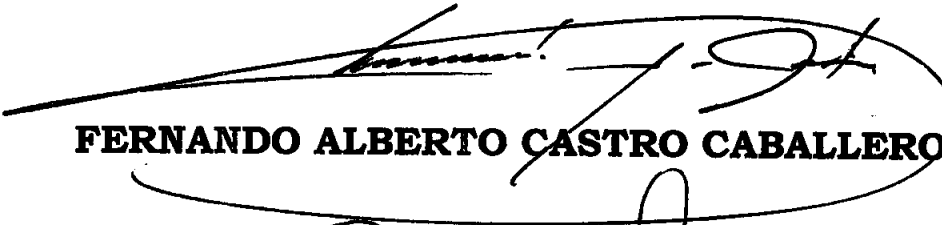
Contra esta sentencia condenatoria **procede la impugnación especial**, conforme a las directrices plasmadas en el numeral 4.3.7.

Cópiese, notifíquese y, una vez resuelta la solicitud de doble conformidad de la sentencia condenatoria, si llegare a activarse tal mecanismo de impugnación, 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



Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

