

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

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

SP7248-2015

Radicación N° 40478

(Aprobado en Acta N° 205)

Bogotá D.C., diez (10) junio de dos mil quince (2015).

Decide la Sala el recurso de casación presentado por el defensor de JDA contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la emitida en el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de esta ciudad, por la cual fue condenado como autor responsable del delito de

actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo.

I. HECHOS Y SÍNTESIS PROCESAL

1. Según los registros, en Bogotá, en julio de 2009, la progenitora de H. Y. Z. B (de 6 años de edad para entonces), formuló denuncia penal porque a través de la mamá de ella se enteró que éste, al ser llevado para evaluación con la psicóloga de un centro de salud de la ciudad, tal profesional concluyó con base en un dibujo elaborado por el menor que *“probablemente había sido abusado sexualmente”*, y que luego, en una de las sesiones de terapia practicadas con el infante, éste le dijo a la misma que JDA(su abuelastro) *“lo tocaba, que lo cogía que lo besaba el cuerpo, lo desvestí a H..., el niño le dijo a la psicóloga, que le bajaba los pantalones, que le cogía los genitales, que no fue una sino muchas veces. Que fue cuando ellos se quedaban solos en la casa”*¹.

2. Tras serle negada a la Fiscalía General de la Nación el 5 de abril de 2010 la captura del aludido indiciado, el 13 de mayo de 2011 dicho organismo presentó únicamente solicitud de audiencia de imputación, la cual se llevó a cabo el 13 de junio siguiente ante el Juez Sesenta y Siete Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, actuación en la que se comunicó a JDA que por los referidos sucesos era objeto de investigación penal por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, en modalidad agravada, y en concurso homogéneo, de conformidad con los artículos 31, 209 y 211-

¹ Carpeta principal, folios 73-75. Por mandato legal se omite el nombre del infante (quien nació el 26 de agosto de 2002) para proteger sus derechos fundamentales.

2°, de la Ley 599 de 2000, cargos a los que, previas las advertencias de ley, no se allanó el imputado².

3. Por la misma conducta y modalidad delictiva el 12 de julio de 2011 el ente instructor presentó escrito de acusación contra el nombrado ciudadano, el cual fue formalizado en audiencia pública en el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá el 22 de agosto siguiente, y luego de practicarse las audiencias preparatoria (el 4 de octubre de ese año) y el juicio oral (en sesiones de 18 de noviembre de 2011, 12 de marzo y 15 de junio de 2012), la titular del referido despacho, en armonía con el anuncio del sentido del fallo, el 16 de junio de 2012, declaró al procesado autor responsable de la conducta punible atribuida, y en tal virtud lo condenó a la pena principal de ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso³.

4. Contra la expresada decisión la asistencia técnica del condenado interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto el 20 de septiembre de 2012 en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de confirmar integralmente el referido pronunciamiento, fallo de segundo grado impugnado en casación por el defensor del procesado⁴.

II. DEMANDA Y AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

² Carpeta principal, folios 1, 2, 6, 13, 14, 17, 18, 23, 24 y 25.

³ Carpeta principal, folios 27-32, 36-38, 43-48, 60, 61, 96, 97, 125, 126 y 128-143.

⁴ Carpeta principal, folios 145-156. Cuaderno del Tribunal, folios 11-24 y 31-42.

5. El actor en la fundamentación oral de su inconformidad reiteró los planteamientos hechos en los dos cargos esbozados en la demanda, los cuales se resumen así:

Como primer reproche adujo la “*violación directa de la ley sustancial*” (Ley 906 de 2004, artículo 181-1) por falta de aplicación de las garantías previstas en los artículos 29 de la Constitución Política, 7° y 381 del Código de Procedimiento Penal, en favor de su prohijado.

Considera que el desacierto ocurrió porque los falladores en relación con la existencia del delito y la responsabilidad del enjuiciado, tuvieron en cuenta la “*entrevista psicológica judicial*” practicada al menor el 17 de diciembre de 2009, pese a que el contenido de la misma no fue corroborado por el infante en el testimonio que rindió en el juicio.

Sostiene que los juzgadores no repararon en aspectos relevantes como la incongruencia en la secuencia cronológica de la prueba incriminatoria, pues si la noticia penal formulada por la progenitora del niño data de 23 de julio de 2009, no es explicable porqué la historia clínica del tratamiento brindado por una psicóloga a H. Y. Z. B., en un centro asistencial, gracias al cual ésta descubrió los supuestos actos abusivos, tiene fecha de inicio el 3 de agosto de ese año, aspecto del que infiere que las circunstancias narradas en la queja son producto de un previo y dañino acuerdo entre la denunciante, su progenitora, y la psicóloga Constanza Sánchez, en contra de su poderdante, en retaliación por los conflictos de convivencia de éste con la mamá del menor.

Concluye que si las instancias hubieran valorado de manera objetiva y conjunta las referidas pruebas para advertir los aspectos resaltados, habrían aplicado el apotegma de in dubio pro reo consagrado en las normas vulneradas.

Propone el actor un segundo cargo por “*violación indirecta de la ley sustancial*” (Ley 906 de 2004, artículo 181-3) a consecuencia de errores en la estimación de las pruebas en las que se sustentó la sentencia condenatoria, los cuales produjeron la exclusión de los artículos 7, 380, 381 y 382 del Código de Procedimiento Penal.

Para acreditar el yerro postulado indica que los jueces de primera y segunda instancia no tuvieron en cuenta las pruebas aportadas en cuanto acreditan los problemas de carácter personal entre la progenitora del menor y el acusado, determinantes, según el censor, de la sindicación penal en contra de su asistido. El memorialista insiste, en líneas generales, en las razones de inconformidad expuestas sobre ese aspecto en el anterior reproche.

Y agrega que no fue materia de valoración en las instancias el reconocimiento sexológico practicado al infante por un galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la misma fecha de la denuncia (23 de julio de 2009), profesional que en el juicio ratificó su dictamen, en el cual plasmó que el niño al ser interrogado por tocamientos desagradables o incómodos, y específicamente por caricias en sus partes íntimas, negó una experiencia semejante y refirió, por el contrario, una controversia doméstica como causa del conflicto entre su abuelastro y su progenitora, y que el experto

no obstante dejó constancia en cuanto que al ingresar la mamá del menor a la consulta, ella reiteró lo narrado en la denuncia y él le preguntó al niño si eso era verdad, a lo que éste respondió que sí, pero acompañando tal afirmación de un gesto consistente en agacharse, bajar la cabeza y taparse la cara, al tiempo que en una frase volvía a aludir el incidente de discordia contado con anterioridad.

Sostiene que la historia clínica del tratamiento recibido por el menor en el hospital donde lo evaluaron, tampoco fue apreciada de manera objetiva ya que, contrario a lo señalado por la progenitora del infante y la psicóloga Constanza Sánchez, en ese documento se consignó que el menor fue llevado allí por iniciativa de su abuela materna, aduciendo violencia del abuelastro contra H Y Z B y “*sospecha de abuso sexual*” por parte de aquél, y al final del tratamiento del que fue objeto el presunto agraviado se consignó que “*SE OBSERVA NEGLIGENCIA Y ABANDONO POR PARTE DE LOS PADRES, LO CUAL LES CAUSA AFECTACIÓN EMOCIONAL Y ES LA RESPUESTA A SU COMPORTAMIENTO*”.

Para terminar señala que si los falladores no hubiesen incurrido en los vicios de estimación probatoria, habrían concluido que no hay prueba idónea para acreditar la ocurrencia del comportamiento delictivo y menos la responsabilidad del acusado, y que en consecuencia se imponía su absolución por duda, sentido en el que solicita a esta Sede pronunciarse al resolver la censura contra la sentencia de segunda instancia.

6. El representante de la Fiscalía General de la Nación ante esta Corporación, frente al cargo por la violación directa de la ley sustancial empezó por evocar las consideraciones de la sentencia de mayo 23 de 2012, radicación N° 30682, acerca de las teorías conspirativas, en la cual señaló la Corte que esa clase de propuestas carecen de mérito explicativo por si solas, en tanto gravitan en rededor de un componente mítico o irracional, de suerte que quien planté teorías conspirativas, ya como hipótesis acusatoria ora como defensiva, tiene la carga de sustentar sus fundamentos.

Advierte que tal y como lo concluyó el ad-quem, en el presente asunto la tesis del presunto complot argüida por la asistencia técnica quedó en una intrascendente especulación por carencia de soporte probatorio, pues lo aducido por la defensa acerca de la incongruencia cronológica entre la fecha de la denuncia y la de la valoración consignada en la historia clínica del infante no tiene el poder suasorio de llevar a demostrar la intriga alegada.

Resalta que los inconvenientes personales que existían entre el acusado y la progenitora del infante, de acuerdo con lo probado en el juicio, no eran más que discrepancias menores, simples discusiones caseras inherentes a la limpieza del inmueble, al volumen de la música o la organización de los utensilios domésticos, naturales a la convivencia que se desarrollaba entre aquéllos, situaciones que por sentido común no tienen magnitud de provocar una represalia o componenda como la aludida por la defensa.

Concluye que todo lo expresado por el censor en el primer reproche se reduce a una intrascendente disparidad valorativa, por lo cual solicita que el cargo sea desestimado.

Respecto de la segunda censura, en la que propuso el demandante la violación indirecta de la ley por errores de hecho en la valoración de la prueba, advierte que como atinadamente lo expuso el juzgador de primer grado, si bien es cierto las entrevistas no son medios de prueba autónomos, una vez recogidas y aseguradas con sujeción a la ley, su contenido puede ser revalidado, cuando su autor no lo hace en el juicio, con otros medios de prueba, como en efecto lo sostuvo la Corte en la sentencia de 9 de noviembre de 2006, radicado 25738, postura jurisprudencial que reiteró en decisiones de 21 de octubre de 2009, radicación 31001, y 24 de abril de 2013, radicado 40240.

Sostiene que para esos fines en el pronunciamiento atacado se valoraron acertadamente otras pruebas testificales que corroboran lo narrado por el niño en su declaración previa, legalmente introducida al juicio por la Fiscalía. Aclara que esas otras pruebas fueron las declaraciones de los peritos que entrevistaron y valoraron al menor a consecuencia del abuso sexual del que fue objeto, y que constituyen núcleo probatorio en el que se cimenta el fallo impugnado.

Refiere que sobre el valor de esos elementos de persuasión la Corte, en decisión de 21 de septiembre de 2011, radicado 36023 advirtió que son suficientes para sustentar una condena, pues en el evento en el que se acredita la idoneidad del experto sus conclusiones están justificadas en

forma plausible, en tanto exponga las razones de orden científico para concluir que el menor ha vivenciado el episodio descrito, que fue lo ocurrido en esta asunto.

Según el Delegado, las sicólogas Constanza Sánchez Herrera y Sonia Esperanza Mercado Arregoces, fueron concordantes en afirmar que es verosímil y coherente el relato del niño acerca de los tocamientos en los genitales por parte del acusado, que el niño estaba seriamente afectado por esa agresión, y que fue necesario iniciar tratamiento de catarsis.

Puntualiza que si bien el otro galeno que practicó el primer reconocimiento sexológico al que fue sometido el infante concluyó que su relato era sospechoso pero no conclusivo de abuso sexual, el profesional explicó en su testimonio que la actitud asumida por el niño durante su reconocimiento, sumamente retraído, triste, callado, evidenciando sentimientos de culpa, son manifestaciones emocionales de situaciones por él experimentadas, por lo que tal prueba pericial es concordante con las apreciaciones de las citadas psicólogas.

Considera el Fiscal que los referidos elementos de persuasión, aún con la ausencia del testimonio del menor en el juicio, son suficientes para sustentar el fallo de condena, razón por la que solicita igualmente desestimar el reproche.

7. A su turno, la Delegada de la Procuraduría General de la Nación resaltó que, aun cuando el censor postuló dos reproches, las razones consignadas en cada uno permiten colegirse que se trata de una sola réplica soportada en la

eventual configuración de errores en la estimación de los medios de prueba, motivo por el que acometió la respuesta conjunta a ambas quejas.

Señala la agente del Ministerio Público que en cuanto al primer problema planteado, atinente a la falta de valoración de las pruebas demostrativas de desavenencias personales entre el acusado y la progenitora del infante, como causa de la sindicación penal, no es cierta la configuración de un desatino semejante pues si bien el Tribunal no fue prolijo en un análisis a ese respecto, de todas maneras sí aparece una estimación acerca de esa hipótesis defensiva, que fue expresamente descartada por el ad-quem aduciendo que precisamente la causa de esos altercados fue el conocimiento de los hechos denunciados.

En cuanto al segundo error de valoración resaltado por el demandante relacionado con la apreciación incompleta de la prueba documental, por cuanto los juzgadores no repararon en la falta de coherencia cronológica entre la fecha de la denuncia presentada el 23 de julio de 2009 por la mamá del infante, y el día en que según la historia clínica del Hospital Pablo VI de Bosa se inició el tratamiento en el que se descubrió el presunto abuso y que corresponde al 3 de agosto del mismo año, la Delegada sostiene que tal omisión es intrascendente porque muy seguramente se debe a un lapsus o confusión, pues del expediente resulta claro que desde antes de la calenda de la queja la progenitora del infante ya tenía noticia, en virtud de hallazgos de otros psicólogos, sobre los actos abusivos de que había sido objeto el menor.

Por último, en términos generales, la agente del Ministerio Público expresó no encontrar error alguno de valoración frente al primer dictamen sexológico en el que si bien con base en el examen físico no se pudo afirmar o descartar la ocurrencia de los hechos, con el testimonio de quien lo suscribió si se acreditó que el infante presentaba síntomas compatibles con los que suelen exteriorizar niños que han sido abusados, lo cual es a su vez concordante con la declaración de la psicóloga Constanza Sánchez, e incluso con el testimonio de la señorita LVZA (tía del niño) quien narró haber sido objeto de actos semejantes por parte del acusado cuando era una infante.

Con base en lo anterior solicita desestimar los reproches y no casar la sentencia confutada.

III. CONSIDERACIONES

8. Es criterio de la Sala que una vez ha declarado desde un punto de vista formal ajustada a derecho la respectiva demanda, le asiste la obligación de dar respuesta de fondo a los problemas jurídicos que emergen de la inconformidad planteada por el actor, en armonía con los fines a los cuales sirve este mecanismo extraordinario de impugnación, y que no son otros distintos a los de buscar la indemnidad del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

Con tal propósito la Corte, sin reparar en las deficiencias argumentativas de la queja, buscando hacer eficaz la comunicación establecida, debe desentrañar lo correcto de las diversas aserciones empleadas por quienes aquí son sus interlocutores, atendiendo cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

De acuerdo con lo anterior, la Sala coincide con la postura de la Delegada de la Procuraduría General de la Nación, pero sólo en cuanto a que no obstante son dos los cargos presentados por el demandante, los argumentos plasmados en uno y otro reconducen a problemas de estimación probatoria relacionados con la acreditación más allá de toda duda, como lo exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, de la ocurrencia de la conducta imputada como delito y la responsabilidad del acusado.

Pues bien, la Sala se ocupará del análisis consignado en las instancias respecto de los elementos de conocimiento incorporados en el juicio en procura de acreditar esas categorías, advirtiendo desde ahora que de manera contraria a lo solicitado por el representante de la Fiscalía y la Agente del Ministerio Público, encuentra que el juzgador de segundo grado y el de primera instancia incurrieron en graves y trascendentes desatinos en el ejercicio de ponderación de las pruebas, por virtud de lo cual llegaron a conclusiones que no están cabal e inequívocamente acreditadas, razón por la que, como lo demanda la defensa, constituye un imperativo jurídico absolver al acusado en aplicación del axioma de *in dubio pro reo*.

9. La falladora de primer grado sustenta la decisión confutada en la siguiente apreciación probatoria:

9.1. Destaca del testimonio rendido por H. Y. Z. B, que cuando le formularon preguntas acerca del acusado, guardó silencio, actitud que la juez valoró como “*alteración emocional*” o “*miedo*” que sufre el niño al tener que referirse a los hechos relacionados con el abuso sexual de que fue objeto por parte del acusado⁵.

9.2. Califica de “*contundente*” la declaración de Constanza Sánchez Herrera, psicóloga del Hospital Pablo VI de Bosa, quien a través de un “*método científico*” consistente en el “*test proyectivo de la figura humana*” practicado a H. Y. Z. B, “*tuvo la sospecha del abuso sexual*” del que era objeto éste, situación que luego confirmó aquél en una de las sesiones del tratamiento que le brindó, en la que narró que el acusado “*lo tocaba en sus partes genitales*” y que lo “*amenazó*” con “*matar a su progenitora y a su abuela*”, relato que el infante hizo en medio de una “*crisis emocional*”⁶.

9.3. Asegura que la misma “*versión del menor*” fue reiterada por éste ante la psicóloga de la SIJIN, Sonia Esperanza Mercado Arregoces, a quien se le encomendó practicarle una “*Entrevista y Valoración Pericial Psicológica*”⁷.

9.4. Resalta que ante el galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que efectuó el reconocimiento sexológico “*el menor no contó de manera directa los*

⁵ Carpeta principal, folios 140.

⁶ Carpeta principal, folios 139 y 133.

⁷ Carpeta principal, folio 139.

tocamientos”, pero sin embargo si “lo hizo de manera indirecta a través de su progenitora”, a quien “corroboró con un sí contundente” frente a lo expuesto por ella acerca de los tocamientos de contenido sexual consumados por el acusado⁸.

9.5. Advierte que la “misma versión fue entregada por el menor” a su mamá, quien declaró en el juicio, así como a su hermano mayor B. D. B. M, testimonio este al que concede “absoluta credibilidad” “por la espontaneidad y contundencia de sus afirmaciones” con las que recreó lo comentado por su consanguíneo acerca de lo que el acusado “le hacía en su cuerpo”⁹.

9.6. Finalmente, indica que con el testimonio de MABM, madre de H. Y. Z. B., se estableció que el acusado realizó con las hermanas de él actos semejantes a los endilgados, situación que ella conoció por comentarios de ODA, hermano del acusado, aspecto al que suma lo relatado por LVZA, tía paterna del menor, la cual refirió cómo en una ocasión el enjuiciado ejecutó con ella actos abusivos y lesivos de su libertad, integridad y formación sexual.

Con base en ello la juez a-quo adujo que “...un pedófilo, un agresor sexual, no es de generación espontánea, puesto que tal como se demostró en este juicio, dicha situación venía con sus hermanas, pasó con su hijastra y ahora se concretó a quien consideraba su nieto, el menor H. Y. Z. B”, y en consecuencia concluyó que el acervo probatorio permite “demostrar de manera contundente que el señor Y [sic] DA ataca sexualmente precisamente a quienes están con él de manera afectiva y habitacional, y quienes tienen además la condición de menores de edad”¹⁰.

⁸ Carpeta principal, folio 138.

⁹ Carpeta principal, folio 138.

¹⁰ Carpeta principal, folio 135 y 134.

A su turno el Tribunal consignó las siguientes razones para confirmar la sentencia de primer grado¹¹:

9.7. Antes del juicio “*con apego a la legalidad*” se llevó a cabo con el menor H. Y. Z. B, una “*entrevista*” en la que dijo haber sido sometido por el acusado “*varias veces*” a “*vejámenes sexuales*”.

9.8. Como el infante en el testimonio que rindió en el debate oral y público “*al abordar el tema del abuso sexual*” “*evidenció deterioro emocional*”, “*entró en crisis*” y “*simplemente guardó silencio al respecto*”, el aludido elemento de conocimiento (la “*entrevista*”) fue incorporado “*con respeto de los derechos y garantías constitucionales*”.

9.9. Además, la “*exposición inicial del pequeño H. Y. Z. B, respecto a los hechos denunciados fue reiterada en varios momentos, lugares y ante distintas personas, [como] la profesional de la psicología, su abuela materna, su señora madre y su hermano*”.

9.10. Por último, señaló que la “*reacia postura en el juicio oral, público y contradictorio*” asumida por el infante “*es indicativa, sin duda alguna, de la gran afectación que la vivencia sexual precoz a la que fue sometido por el adulto le ocasionó, de la carga emocional que representa para el menor la sola mención del tema del abuso*”.

La reseñada valoración probatoria permite advertir que los falladores sustentaron la condena en la tesis según la cual el menor H. Y. Z. B., varias veces (indeterminas en cantidad y circunstancias de modo, tiempo y lugar) fue objeto de caricias o tocamientos de contenido sexual por parte del acusado, hipótesis que hallaron demostrada, de una parte, con la actitud que observaron en el citado menor cuando al rendir

¹¹ Cuaderno del Tribunal, folios 19-23.

testimonio guardó silencio frente a las preguntas de la Fiscalía con las que pretendía obtener su narración de los hechos; y de otra, con las “entrevistas” que durante la investigación, “con apego a la legalidad”, rindió ante los peritos que lo auscultaron, lo mismo que con las “versiones” suministradas por el infante a familiares y allegados antes de la noticia penal, medios de conocimiento acerca de los cuales los juzgadores predicen “coincidencia” y “persistencia en la incriminación”, ausencia de “ambigüedades”, y la inexistencia de motivos de “animadversión” que socaven la credibilidad conferida.

Sin embargo, un estudio juicioso, fidedigno y desapasionado del conjunto de pruebas practicadas en el debate oral, permite advertir que esa declaración de justicia hecha en las sentencias, vistas como unidad jurídica inescindible, se encuentra enervada por crasos y evidentes errores de apreciación, los cuales serán precisados enseguida.

10. Los juzgadores cometieron *falso juicio de identidad* al apreciar el contenido del testimonio rendido en el juicio por el menor H. Y. Z. B., en la sesión de 18 de noviembre de 2011, pues, de una parte, limitaron o circunscribieron el respectivo ejercicio a la actitud que asumió (guardar silencio) frente a las preguntas con las que la Fiscalía pretendía que él repitiese lo supuestamente dicho a terceros acerca de las “caricias” de contenido sexual que le prodigó el acusado; y de otra, justamente la actitud observada por el menor en desarrollo de su testimonio, fue calificada por los falladores como “grave estado de alteración emocional”, sin que una tal perturbación en verdad sea palpable en el único registro video-gráfico del testimonio en cuestión adjunto al expediente.

10.1. En efecto, en primer lugar omitieron cualquier análisis de lo referido de viva voz por el joven (para entonces de 9 años de edad), cuando tras establecer el fiscal interrogador que éste distinguía entre los conceptos verdad y mentira, que conocía las consecuencias derivadas de una u otra, y que sabía cuáles eran las zonas íntimas de su cuerpo, al preguntarle: “...te han alguna vez acariciado en tus partes íntimas...”, el menor respondió “...no...”¹².

10.2. Luego de ello, el fiscal le formuló preguntas dirigidas a que el joven reiterara el suceso que su progenitora denunció, y con la misma fluidez perceptible desde el inicio de su relato aquél aceptó conocer al procesado, saber su ocupación, y negó haber estado en contacto con él¹³.

Sin embargo, como el acusador de nuevo lo inquirió por el conocimiento que tenía del acusado, el menor simplemente no contestó ese interrogante, y a partir de ese instante no respondió la reiteración de esa pregunta ni otra acerca de la forma como había conocido al procesado. La psicóloga que mediaba en el interrogatorio le pregunto si estaba asustado o tenía miedo, y el niño negó con la cabeza, momento en el que intervino la Juez para sugerirle a esa profesional suspender la diligencia, a lo cual accedió ésta, so pretexto de “...estabilizarlo un poquito, le da como pena hablar de lo relacionado con el señor, entonces voy a estabilizarlo un poquito”, pero sin que, en verdad, el registro de video permita constatar en el joven un comportamiento o reacción que pueda ser

¹² Carpeta principal, DVD # 7, segundo registro, N°..._110013109041_1, minuto 12:13 a 16:35.

¹³ Ídem, minuto 16:50 a 17:50.

calificada de grave alteración o descomposición emocional, como lo consideraron las instancias¹⁴.

Después, según constancia dejada por la juez, la segunda parte del testimonio de H. Y. Z. B., no quedó registrada debido a una falla técnica, y como en esa sesión el infante tampoco respondió el interrogatorio hecho por el fiscal, es decir, no hizo sindicación contra del procesado porque guardó silencio, tal parte del testimonio, con la aquiescencia del instructor y la defensa, no se repitió por orden de la falladora con el fin de “no revictimizar al niño”¹⁵.

10.3. En conclusión, los falladores, pretermitieron, cercenaron, la expresión verbal del testimonio del niño, esto es, ninguna valoración hicieron acerca del alcance de sus manifestaciones habladas, no obstante que a través de las mismas negó haber sido objeto de caricias o tocamientos en las partes íntimas de su cuerpo por persona alguna, y redujeron o centraron su análisis en la actitud asumida por aquél frente a las preguntas relacionadas con el acusado, ninguna de las cuales aludía a los hechos denunciados.

Además, esa reacción que evidenció el menor y que los juzgadores, sin correspondencia con la realidad, calificaron con los más variados adjetivos —“dolor”, “alteración emocional”, “crisis” o “gran afectación”—, fue valorada por aquéllos como un hecho del que infirieron o dedujeron que la misma se correspondía o era expresión congruente con la “vivencia sexual

¹⁴ Ídem, minuto 17:50 a 20:30. En la filmación se aprecia cómo la psicóloga, desde cuándo el infante dejó de responder, constantemente, sin motivo evidente, entraba en contacto físico con éste, y lo prevenía con frases como “debes estar tranquilo”, “no te va a pasar nada”, “nadie se va a enterar de lo que cuentas”, “no te de pena”, etc.

¹⁵ Carpeta principal, DVD # 7, cuarto registro, N°..._110013109041_3, minuto 01:08 a 03:36.

precoz” a la que fue sometido el infante, construcción viciada tanto en el hecho indicador, por su apreciación deformada, como en el conector que permite arribar a la conclusión indicada, pues un tal razonamiento no es más que una deleznable petición de principio o argumento circular.

En efecto, no hay máxima de la experiencia o parámetro de disciplinas especializadas como la psicología, que permita afirmar de manera inequívoca que cuando un menor en una declaración se abstiene de responder preguntas orientadas a constatar su condición de víctima frente a una conducta delictiva como la de actos sexuales abusivos, tal actitud necesariamente confirme lo ocurrencia de un atentado semejante, pues esa es apenas una eventual o posible reacción, como de manera detenida y en términos abstractos lo explicaron los peritos que en este asunto rindieron dictamen¹⁶.

11. Ahora bien, lo antes puntualizado lleva a la Sala a advertir que en el ejercicio de estimación probatoria que sustenta la condena, ante la ausencia de una **concreta** y **directa** imputación contra el acusado a través del testimonio de H. Y. Z. B., los falladores acudieron a los dictámenes sexológico y psicológico practicados tras la queja penal instaurada por su progenitora.

Primera y Segunda instancia coincidieron en sostener que esos medios de conocimiento tienen aneja la “*entrevista*” que en su oportunidad rindió el menor ante los respectivos

¹⁶ Carpeta principal, DVD # 8, segundo registro de video N°..._110013109041_1, minuto 26:15 a 30:56, y DVD # 10, primer registro de audio N°... _110013109041_0, minuto 27:08 a 32:18.

profesionales, en la que éste habría dado cuenta detallada de los actos sexuales abusivos que en diversas circunstancias de modo, tiempo y lugar consumó el enjuiciado.

11.1. No suscita discusión que esa especie de medios de prueba (la pericial), en tratándose de delitos sexuales como el que es objeto de debate en este asunto, en los que suele ser víctima un menor de edad, han recibido un tratamiento especial en la jurisprudencia de la Sala, como que se ha considerado que la narración del suceso investigado hecha por el presunto afectado al experto es *“...de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia..., como componente esencial de las mismas experticias”*¹⁷.

Sobre el particular la Corte ha puntualizado que en los supuestos de prueba técnica relacionada con la versión transmitida al especialista por el menor de edad víctima en delitos sexuales, el dictamen no constituye prueba de referencia porque *“el punto a dilucidar no es el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos sobre los hechos”*¹⁸, aserto que encuentra explicación en que los peritos en cualquier área científica:

“...recopilan en sus evaluaciones todos los datos clínicos que presenta el paciente al momento de la entrevista (exploración de procesos mentales, estado de la memoria, del pensamiento, del lenguaje, sucesión detallada del episodio, contexto personal, familiar y social; conciencia al momento de la valoración y situación de las esferas afectivas, volitivas y cognitivas, entre otros); a su turno, proyectan un diagnóstico de su estado actual y las consecuencias negativas generadas en la salud de la víctima por la ilegal acción ejercida contra su humanidad; todo esto, de la mano de sus raciocinios, experiencias y especialidades.

¹⁷ CSJ. SP16817-2014, 10 dic. 2014, rad. 42738.

¹⁸ CSJ. SP. 29 feb. 2008, rad. 28257.

“Para ello, también se fundamentan en los antecedentes fácticos suministrados por los examinados en aras de realizar un escrito que contenga pautas concretas de credibilidad o de descarte (fantasías, ilusiones), y en sus atestaciones (explican y exponen) ante la administración de justicia los pormenores de su dictamen, introduciendo el informe pericial como también respondiendo el pertinente interrogatorio, contrainterrogatorio y redirecto, si a él acuden los intervinientes...”¹⁹ (subrayado ajeno al texto).

En síntesis, la línea jurisprudencial aludida con anterioridad, reliva que la prueba técnica es un elemento de persuasión compuesto (Ley 906 de 2004, artículo 415), integrado por el informe escrito base de la opinión pericial —previamente descubierto en la oportunidad legal— y el testimonio del respectivo experto en el juicio, quien debe concurrir a sustentar oralmente su dictamen, de suerte que atendida la naturaleza y características de ese medio de prueba, y **su especial trascendencia en el esclarecimiento de delitos sexuales**, el análisis y conclusiones pasibles de extraer de la misma, han de estar en correspondencia objetiva con lo expresado en sus dos componentes (la base escrita y el testimonio), que deben entenderse integrados en un mismo sentido.

Y, justamente, en el presente asunto se desconoció por parte de los juzgadores el diagnóstico concreto emitido por los profesionales acerca del objeto evaluado por cada uno de ellos, incurriendo por esa vía en sendos *falsos juicios de identidad*.

11.2. Durante el debate oral se incorporó el “Informe Técnico Médico Legal Sexológico” practicado el 23 de julio de 2009 al menor H. Y. Z. B., en el Instituto de Medicina Legal y

¹⁹ CSJ. SP. 18 may. 2011, rad. 33651. En igual sentido confrontar: SP. 21 feb 2007, rad. 25920; SP. 17 sep. 2008, rad. 29609; SP. 3 feb. 2010, rad. 30612; SP. 10 mar. 2010, rad. 32868; SP. 21 sep. 2011, rad. 36023 y SP8611-2014, 2 jul. 2014, rad. 34131, entre otras.

Ciencias Forenses, con ocasión de denuncia formulada por la progenitora del niño por los sucesos que hoy son materia de controversia, elemento de conocimiento que fue introducido y sustentado a través del testimonio de Luis Jesús Prada Moreno, galeno que llevó a cabo ese reconocimiento²⁰.

Tras la acreditación del facultativo como perito, éste dio lectura a la base escrita de su dictamen, al tiempo que explicó que en cuanto a posibles actos de contenido sexual, con la “ayuda de dibujos anatómicos” estableció los siguientes hallazgos con el menor: “*Se exploran tocamientos positivos: besos: la mamá. Abrazos: la mamá, el papá. Caricias: la mamá, el hermano, el papá. Se exploran tocamientos negativos: Besos: los niega. Abrazos: los niega. Caricias: las niega. Se pregunta directamente sobre tocamientos en partes íntimas, privadas, y los niega*”²¹ (resaltado ajeno).

El perito dejó constancia en el sentido de que al abordar con el menor el incidente objeto de la consulta, éste “(se queda callado, tiene dificultad para hacer esta narración, agacha la cabeza)...” y que refirió una controversia del procesado con su progenitora ocasionada porque un hermano de él le adicionó “...sal a la aguapanela (sic)...”; puntualizó que luego hizo ingresar al consultorio a la progenitora del infante, quien narró cómo, con base en un dibujo y un dictado elaborados por el menor y analizados por una psicóloga del Hospital Pablo VI (de Bosa), ésta les dijo que aquél “probablemente había sido abusado sexualmente”, y que a esa profesional el niño le dijo “...que Jimmy lo tocaba, que lo cogía que le besaba el cuerpo, lo desvestía...el niño le dijo a la psicóloga que le bajaba los pantalones, que le cogía los genitales, que no fue una sino muchas veces. Que fue cuando ellos se quedaban solos en

²⁰ Carpeta principal, DVD # 8, segundo registro de video N°... _110013109041_1, minuto 02:30 a 45:00.

²¹ Carpeta principal, folios 73-75.

la casa [...] Cuando estaba pasando eso, le dijo al niño que no dijera nada, que no hablara porque sino mataba a la mamá y la abuelita y le pegaba a él si decía algo. Dijo el niño que tenía miedo de que me pasara algo”, refiriendo además la mamá del infante quejas del colegio relacionadas con la indisciplina y agresividad de éste en esa institución²².

Destacó el forense que le preguntó a H. Y. Z. B., “...sobre lo que dice la mamá y dice que es verdad (se agacha, baja la cabeza, se tapa la cara), mi hermano le echó sal en el aguapanela (sic)...”²³.

Finalmente en el acápite “CONCLUSIONES” frente a todo el cuadro valorado conceptuó: “HISTORIA SOSPECHOSA PERO NO CONCLUSIVA DE ABUSO SEXUAL. NIÑO DURANTE LA ENTREVISTA PRESENTA GRAN ACOMPAÑAMIENTO EMOCIONAL”, “SUGIERO QUE ESTE NIÑO RECIBA ATENCIÓN PSICOTERAPEUTICA, Y DICHA EVALUACIÓN SEA TENIDA EN CUENTA EN ESTA INVESTIGACIÓN, SI DURANTE DICHO PROCESO DE ATENCIÓN SE ENCUENTRA QUE EL NIÑO QUIERE PARTICIPAR DE ESTE PROCESO DE DENUNCIA”²⁴.

Las instancias pretermitieron valorar con objetividad el diagnóstico pericial introducido en el juicio, y tergiversaron su contenido en cuanto interpretaron que el menor le hizo un relato de los actos lascivos al médico, cuando es claro, y así lo puntualizó el galeno en su testimonio, que H. Y. Z. B., **no le suministró** versión alguna de los sucesos, sino que frente a la narración que de los mismos hizo su ascendiente (llegados a su conocimiento a través de un tercero) y de otros aspectos puestos de presente por ella, fue preguntado en términos generales por el

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

facultativo acerca de si todo lo dicho por aquélla era verdad (es decir, en presencia de quien para el niño representa y ejerce autoridad parental), asintiendo a tal interrogante, pero con la salvedad de que reiteró o aludió nuevamente la desavenencia doméstica antes rememorada por él, situación que llevó al perito a dictaminar que **la historia de la mamá**, no del menor, era apenas **sospechosa** y no conclusiva de abuso sexual.

11.3. También se incorporó otra prueba de naturaleza técnica, a saber: la “*Entrevista y Valoración Pericial Psicológica*” realizada a H. Y. Z. B., el 17 de diciembre de 2009 por una perito de la SIJIN MEBOG, Unidad de Delitos Contra la Vida²⁵, cuya base escrita fue introducida con el testimonio de Sonia Esperanza Mercado Arregoces, quien la practicó y le dio lectura en el debate oral y público²⁶.

El objeto de la referida experticia era establecer las “...*circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia de los hechos que son materia de investigación...*”, el “...*estado emocional y psicológico del menor durante la entrevista*” y “...*la credibilidad del testimonio*”.

Al remitirse la Sala al contenido de la base o informe pericial escrito, en cuanto tiene que ver con la “*entrevista*” efectuada al menor, observa que la profesional encargada de rendir el dictamen, tras indicar la metodología que empleó para la valoración, en el acápite “*Indagación sobre Tocamientos Positivos y Negativos*” consignó: “...*a continuación se hace un resumen de lo manifestado por la [sic] menor de los momentos que el psicólogo que*

²⁵ Carpeta principal, folios 110-113.

²⁶ Carpeta principal, DVD # 10, primer registro de audio N°... _110013109041_0, minuto 08:10 a 44:50.

[sic] son pertinentes resalta en cuanto a los hechos materia de investigación...”, y en los siguientes términos recapituló la versión que obtuvo de H. Y. Z. B:

“Nosotros vivíamos en la casa de un señor el [sic] es el abuelo de mi papá se llama Y [sic] es un señor adulto, el menor refiere que este señor le toco [sic] una vez sus partes intimas [sic] el pene y la cola, el [sic] manifiesta que esto paso [sic] en el cuarto del señor, el menor manifiesta que estaba acostado cuando esto pasaba (¿Cuándo se le pregunta que como [sic] estaba este señor vestido?) el [sic] refiere que estaba empeloto y se le pregunta (¿que [sic] es estar empeloto), manifiesta que el señor estaba en pantaloneta porque siempre le gusta dormir así pero sin medias, también manifiesta que el señor le pellizcaba sus partes intimas [sic] por encima de la ropa y le pegaba puños en sus partes intimas [sic], pero también manifiesta que lo quería mucho, y me compraba cosas, manifiesta que cuando su mamá le manifiesto [sic] al señor Y que se iban de la casa el [sic] casi le pega a su mamá” (subrayado ajeno al texto).

Luego, en el apartado titulado “ANÁLISIS DE LA ENTREVISTA”, la perito puntualizó: “LA [SIC] ADOLESCENTE NO PRESENTA ALTERACIÓN EN SUS PROCESOS SUPERIORES”; sintetizó la narración advirtiéndole que “El menor en su [sic] narraciones manifiesta vivencias de tipo sexual ocasionadas por un señor al que el menor reconoce con el nombre de Y, y que le toco [sic] sus partes intimas [sic], la cola y el pene, que esto lo hizo [sic] por encima de la ropa y que esto sucedió una vez...”, y conceptuó acerca del relato que “**Para el profesional en psicología es indeterminado**”, opinión que la experta aclaró en su testimonio, a petición del fiscal del caso, explicando que

“...cuando hablamos de la parte indeterminada, eh, en algunos momentos de la entrevista que se hace con el menor es donde se observa que el menor no concluye, no hay conclusiones frente a algunas preguntas que se le hacen a él, por eso nosotros tenemos

que ser muy claros, en este caso yo lo hago, eh, se consideró indeterminado en cuanto a algunos apartes que él hace...”²⁷.

La segunda instancia, en relación con esta prueba técnica entendió que con la misma se incorporó la “*Entrevista psicológica judicial en Cámara de Gesell*” practicada por la perito, en la que H. Y. Z. B., expuso las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los **distintos y repetidos** actos contra la libertad, integridad y formación sexual consumados por el acusado.

Sin embargo, esa es una descontextualizada apreciación de la aludida prueba técnica (falso juicio de identidad), porque, como viene de verse, ello no corresponde a la realidad, pues lo allí consignado, y que resulta de interés para la acreditación del aspecto objetivo del delito, es un resumen con probables afirmaciones del infante (las que subrayó la Sala), y la reconstrucción, en palabras de la psicóloga, de la restante y presunta crónica del infante.

No se desconoce que en la base escrita de la comentada prueba técnica, en lo concerniente a la narración del menor, se hace alusión a que en **una oportunidad** el acusado le tocó “*el pene y la cola*”, o le dio “*pellizcos*” o “*puños*” en las “*partes íntimas*” por “*encima de la ropa*”, sin embargo, también es verdad que esas manifestaciones recapituladas por la perito, se insiste, no aportan al operador jurídico, como lo exige el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal “*...un conocimiento ... más allá de duda razonable...*” sobre los hechos debatidos, porque no ofrecen circunstancias concretas de modo, tiempo y lugar que hagan

²⁷ Carpeta principal, DVD # 10, primer registro de audio N°... _110013109041_0, minuto 25:23 a 26:33.

posible advertir la existencia o configuración de una conducta punible de la especie imputada al enjuiciado.

Obsérvese que la respectiva profesional no emitió concepto ni dejó constancia alguna acerca del estado emocional y psicológico del niño al recapitular los sucesos, esto es, sobre posibles reacciones (miedo, ansiedad, vergüenza, llanto, sentimientos de animadversión hacia el agresor, etc.) compatibles con una vivencia de abuso sexual, siendo ese un objetivo central del dictamen, limitándose a señalar, tras sintetizar lo que entendió de la narración, que para ella era **indeterminada** (como en efecto lo es) por las razones que expuso en su testimonio, luego si la prueba técnica hubiese sido apreciada por los jugadores en su exacta y fidedigna dimensión no le habrían otorgado mérito suasorio como elemento directo demostrativo del hecho típico²⁸.

11.4. En conclusión, los juzgadores prescindieron del diagnóstico u opinión pericial emitido en función del objeto de evaluación, tanto en el “*Informe Técnico Médico Legal Sexológico*”, como en la “*Entrevista y Valoración Pericial Psicológica*”, y en lugar de ello se concentraron o prefirieron las explicaciones teóricas y abstractas suministradas por los especialistas cuando fueron interrogados por la Fiscalía en el juicio, entre otros aspectos, acerca de si era posible que un menor abusado, inicialmente hiciera una narración de los hechos y

²⁸ Además de las reservas que despierta esta pericia por la insuficiencia en lo que era su objeto de análisis y el concreto diagnóstico emitido, la Sala no puede dejar de destacar la ostensible cantidad de errores ortográficos que ostenta, así como una falencia cardinal, consistente en que las opiniones expresadas en general corresponden a *lugares comunes* previamente estandarizados, además que están redactadas en función de un paciente de sexo femenino, pues es recurrente la referencia al niño examinado como “*la menor*”, circunstancia que igual puede advertirse al confrontarla con el dictamen realizado a B. D. B. M. (Carpeta principal, folios 104-107), hermano medio de H. Y. Z. B., conceptos forenses entre los que no hay mayores diferencias pese a las distintas edades de los auscultados, a saber: 12 y 7 años, respectivamente.

luego no quisiera volver a contar lo sucedido, o si el silencio era una eventual reacción de las víctimas menores de edad en delitos sexuales²⁹.

Con base en las respuestas dadas por los peritos a esas preguntas fundadas en una situación hipotética (el presunto abuso del menor), reiterase, sin atender el dictamen de aquéllos para el caso concreto, los falladores concluyeron que la actitud asumida por H. Y. Z. B., en su declaración durante el juicio al ser interrogado por su relación con el acusado —e incluso la observa ante los especialistas que lo examinaron, ante quienes no hizo narración detallada y concreta del suceso—, sólo podía explicarse por el hecho de haber sido sometido a una vivencia sexual precoz, colofón que terminó por desconocer el exacto contenido y alcance de las comentadas pruebas técnicas.

11.5. Resulta oportuno aquí aclarar la equivocación del sentenciador de segundo grado, pues sostuvo que antes del juicio a H. Y. Z. B., le fueron recibidas “*entrevistas*” con las formalidades legales, y que debido a los fallidos resultados de su testimonio en el debate oral, esos elementos de conocimiento se incorporaron con sujeción a la ley para ser valorados, criterio que compartió el Delegado de la Fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, y en respaldo del cual citó decisiones de esta Sala.

Pues bien, la percepción del Tribunal diríase que implica un falso juicio de existencia por suposición, habida cuenta que no es cierto que como **acto de investigación** se haya elaborado un documento (escrito, o en formato de audio o video) que

²⁹ Carpeta principal, DVD # 8, segundo registro de video N°..._110013109041_1, minuto 26:15 a 30:56, y DVD # 10, primer registro de audio N°... _110013109041_0, minuto 27:08 a 32:18.

recoja entrevista o declaración rendida por el joven presuntamente ofendido en los términos que lo prevé el artículo 206 de la Ley 906 de 2004.

El ad-quem, injustificadamente, confundió la base o informe escrito que hace parte de los dictámenes aquí reseñados, con la entrevista que alude la citada norma, siendo lo cierto que esos elementos de conocimiento son en estricto rigor pruebas técnicas, cuya práctica y apreciación, están regladas en términos generales en los artículos 405 a 423 de Código de Procedimiento Penal, además que cuando se llevan a cabo para esclarecer delitos como el aquí debatido respecto de menores de edad, las pautas específicas para su valoración son las expuestas por la jurisprudencia conforme se indicó en precedencia (supra 11.1.).

De ahí que resulte impertinente la doctrina de esta Sala evocada por el Delegado de la Fiscalía para brindar apoyo a las consideraciones del ad-quem sobre ese punto, toda vez que las aludidas decisiones tienen que ver con la forma de introducir en el juicio la entrevista rendida por un testigo como **acto de investigación** practicado por la autoridad competente, cuando ese exponente en su posterior testimonio en el debate oral se retracta de las manifestaciones anteriores³⁰, situación que no se presentó en este asunto con el menor H. Y. Z. B.

12. De manera preliminar, según lo hasta ahora discurrido y una vez depurados los errores de apreciación en relación con los elementos probatorios directos atrás

³⁰ Cfr. CSJ. SP. 9 nov. 2006, radicado 25738; SP. 21 oct. 2009, rad. 31001, y SP8611-2014, 2 jul 2014, rad. 34131. En igual sentido los autos: AP 11 dic. 2013, rad. 40239; AP 28 agt. 2013, rad. 41764, y AP. 28 sep. 2011, rad. 34235.

rememorados, es decir, el testimonio de H. Y. Z. B., y los dictámenes sexológico y psicológico practicados a éste, puede afirmarse, contrario a lo señalado en las instancias, que la valoración individual y en conjunto de tales medios de persuasión no permite obtener conocimiento más allá de duda razonable (Ley 906 de 2004, artículo 372) acerca de la configuración de un supuesto fáctico (definido por circunstancias de modo, tiempo y lugar) que se adecue a la hipótesis delictiva de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, en modalidad de concurso homogéneo y sucesivo, por la que fue acusado y condenado el procesado, y el restante material probatorio incorporado en el debate oral tampoco permite llenar ese vacío.

13. En efecto, entre las pruebas de cargo que resta por apreciar, fungen como tales los testimonios de Constanza Sánchez Herrera, MABM, el menor B. D. B. M., y LVZA, así como la historia clínica del tratamiento brindado por la primera a H. Y. Z. B., en un centro asistencial de esta ciudad.

Tales elementos de persuasión no cumplen a satisfacción el fin que les asigna la ley (artículo 372 y 381 del C. de P.P.), bien por ausencia de validez de algunos aspectos incorporados con los mismos, ora porque aquellos susceptibles de apreciar introducen circunstancias que llevan a considerar, seriamente, la probabilidad de que lo expuesto por el infante a la perito oficial Mercado Arregoces no obedezca a una real vivencia precoz de contenido erótico, sino a la sugestión provocada por comentarios prejuiciosos de algún familiar, surgidos con ocasión de las condiciones irregulares del ambiente familiar en el que venía creciendo el infante, así como por las agrias relaciones de convivencia entre su progenitora y el acusado o,

incluso, por la eventual errada intervención de la profesional que develó el presunto abuso sexual.

13.1. Impera señalar que si bien es cierto la discusión acerca de la admisibilidad de las pruebas tiene su momento en la audiencia preparatoria, también es verdad que esa circunstancia no habilita el que llegada la oportunidad de practicarlas, tal ejercicio se lleve a cabo sin consideración a la finalidad con la que fueron solicitadas por la parte interesada y **sin observar las reglas que disciplinan frente a cada una su producción dentro del juicio oral y público.**

Así, respecto de los testimonios de MABM y el menor B. D. B. M., la pertinencia en relación con los hechos debatidos se justificó en que eran conocedores o sabían de su ocurrencia; empero, en el juicio aquéllos refirieron haberse enterado del suceso delictivo, la primera, por los comentarios que al respecto le hizo su progenitora (LM, quien no fue citada a declarar), luego, Constanza Sánchez Herrera, y en última instancia H. Y. Z. B (el niño supuestamente agraviado)³¹; y el segundo, fue enfático en indicar que sólo se enteró de lo ocurrido cuando le dijeron que iba a ser testigo en este asunto³².

En lo que sí dijeron tener un conocimiento personal directo los referidos declarantes fue acerca de las desavenencias o conflictos de convivencia con el acusado. Al respecto MA expresó que ello obedecía, entre otros aspectos, al desaseo y falta de higiene de éste y a la ausencia de privacidad

³¹ Carpeta principal, DVD # 8, primer registro, N°..._110013109041_0, del minuto 12:00 a 37:20; específicamente: 16:01 a 17:09 y 17:40 a 19:30.

³² Carpeta principal, DVD # 7, cuarto registro, N°_110013109041_3, minuto 05:13 a 21:13; específicamente: 10:28 a 10:48; 16:43 a 17:47, y 19:20 a 20:20.

porque aquél interfería en la relación de pareja, en tanto que B. D. B. M., indicó que su trato con el procesado era “*malo*” porque éste constantemente le “*pegaba*” y lo “*regañaba*”. Además, ambos declarantes sostuvieron que H. Y. Z. B., era el “*niño consentido del enjuiciado*”, a quien siempre “*trataba de darle lo mejor*” y “*todo lo que él pedía*”³³.

Se trata entonces de elementos probatorios que tienen un contenido mixto: de una parte, aseveraciones acerca de circunstancias fácticas que los declarantes percibieron de manera directa (las últimamente aludidas) intrascendentes para los aspectos sustanciales del debate; y de otra, aserciones que tienen que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos del delito endilgado, que no fueron percibidos en forma directa por los comentados testigos, sino por un tercero.

Por lo tanto, dado que según el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, un testigo **únicamente** puede declarar “*sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o de percibir*”, surge indiscutible que los anunciados declarantes en relación con la materialidad de la conducta penal investigada ostentan la condición de ser pruebas de referencia, pues, salvo el tratamiento especial que la misma jurisprudencia de la Corte otorga a la prueba pericial en casos de delitos como el aquí debatido, en todos los demás eventos cuando:

“...a instancia de las partes —o de los intervinientes— en el juicio se pretende incorporar, o se introducen de manera efectiva, manifestaciones o declaraciones extraprocesales relacionadas con un determinado suceso o hecho con incidencia sustancial en el

³³ Carpeta principal, DVD # 7, cuarto registro, N°_110013109041_3, minuto 13:12 a 15:03. DVD # 8, primer registro, N°..._110013109041_0, minuto 19:56 a 21:43.

debate, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa lo percibió, con el propósito de que la fuente indirecta sea estimada como prueba de la veracidad del correspondiente supuesto fáctico, se está indefectiblemente ante prueba de referencia”³⁴.

A este respecto la jurisprudencia³⁵ ha sido insistente en señalar que con la denominación de *prueba de referencia* se alude al medio de conocimiento (grabación, escrito, audio, o incluso testimonio) llevado al debate oral para transmitirle al juez la declaración (entendiendo por tal la manifestación de hechos pasados) realizada fuera de ese escenario por un tercero, con el objeto de demostrar que son ciertos los sucesos a los que se contrae la aludida fuente indirecta.

Y en la misma dirección la respectiva doctrina judicial ha sido enfática en que como ese medio de convicción (la prueba de referencia) riñe con los principios del **debido proceso probatorio** en el juicio, entre otros, con los de inmediación y contradicción, **su admisibilidad es excepcional**, esto es, que se halla penada con una cláusula de exclusión, por virtud de la cual, en principio, no procede su práctica en el debate oral, y aún si fuese aceptada su aducción en el juicio por ajustarse con rigurosidad a las causales que para ello están consagradas en la ley, de todas formas su fuerza demostrativa es menguada también por expreso mandato legal:

“...[L]a prueba de referencia, no sólo se enfrentará a inconvenientes sobre el poder suasorio, sino a cuestiones que afectan el debido proceso constitucional en lo que atañe a los principios que regulan la práctica de los medios de convicción en el juicio, de allí que su admisibilidad se torne inusual, exista una cláusula de exclusión de este medio de convicción, se haya

³⁴ CSJ. SP6700-2014, 28 may. 2014, rad. 40105.

³⁵ CSJ. SP8611-2014, 2 jul. 2014, rad. 34131.

*establecido una tarifa legal negativa, artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y el legislador en su artículo 438 ibídem regule las situaciones en las que pueda permitirse una prueba que no ha sido practicada en presencia del juez de conocimiento en el escenario propio del juicio*³⁶ (subrayado ajeno al texto).

En ese orden de ideas, como en el presente asunto la fuente que en forma directa percibió los acontecimientos ilegales que se endilgan al procesado es el menor H. Y. Z. B., quien acudió a declarar al juicio y, como ya se puntualizó (supra 10.3), no revalidó expresa ni tácitamente lo aducido por los testigos en cuestión, es también irrefutable que las manifestaciones sobre el particular vertidas por MABM y el joven B. D. B. M., constituyen de facto **prueba de referencia inadmisibile** que no podían ser objeto de valoración (ni siquiera apreciada con valor suasorio menguado) por parte de los juzgadores para sustentar el fallo de condena.

En efecto, debe la Sala resaltar que la producción de las señaladas pruebas **no** fue autorizada en la audiencia preparatoria o en desarrollo del juicio con base en que se requiriera su práctica ante la indisponibilidad de la víctima o por cualquiera otra de las hipótesis que como causales de admisibilidad excepcional están señaladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 vigente al tiempo de los hechos³⁷.

³⁶ CSJ. SP 21 sep. 2011, rad. 36023. También: SP, 27 feb. 2013, rad. 38773; SP, 9 oct. 2013, rad. 36518, y SP10986-2014, 20 ago. 2014, rad. 41390.

³⁷ La citada norma, con posterioridad a los hechos y a los fallos de primero y segundo grado, fue adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 12 de julio de 2013, al incorporar el literal e), en el que consagró como causal de admisión de la prueba de referencia, cuando el declarante “*Es menor de dieciocho (18) años y es víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales [sic] tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo Código*”.

Y aun cuando la realización de esos elementos de conocimiento careció del adecuado control de la parte contra quien iban a ser esgrimidos, la cual con base en los artículos 402 y 438 de la Ley 906 de 2004 debió pedir la exclusión de las respectivas aseveraciones de los exponentes, no por ello los juzgadores estaban avalados para su estimación integral, sino que, por el contrario, les asistía la obligación legal de suprimir o no tener en cuenta esos segmentos o contenidos parciales de las reseñadas pruebas, conforme perentoriamente lo dispone el artículo 439 de la Ley 906 de 2004, norma del siguiente tenor:

*“Cuando una declaración contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible, **deberán suprimirse** aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad”* (subrayado y negrilla ajeno al texto).

Síguese entonces de lo puntualizado que como en la práctica o evacuación de los comentados testimonios surgieron señalamientos en contra el procesado que constituyen prueba de referencia inadmisibile, por contera los juzgadores incurrieron en *falso juicio de legalidad* al valorar y no suprimir de conformidad con la norma citada, los contenidos de las indicadas declaraciones que acerca de la realización de los actos constitutivos de la conducta punible atribuida al acusado son prueba, reiterase, de referencia no cobijada en alguna de las excepciones consagradas en la legislación aplicable.

13.2. Ahora bien, en las sentencias fue objeto de especial consideración el testimonio de Constanza Sánchez Herrera,

recibido en la sesión de audiencia pública de 12 de marzo de 2012. Con el mismo se introdujo la historia clínica relacionada con el tratamiento que ella le brindó del 3 al 28 de agosto de 2009 a de H. Y. Z. B., (de 7 años de edad para entonces), en el Hospital Pablo VI de Bosa.

De la citada declaración impera destacar que, más allá de las suspicacias despertadas a la defensa porque los hechos referidos por Sánchez Herrera no están en relación cronológica con la denuncia³⁸, lo relevante para su adecuada estimación es, por una parte, que tal declaración carece de la condición de prueba técnica, como equivocadamente la tuvo la juez de primer grado, avalada en segunda instancia; y por otra, que en cuanto a los señalamientos que de su narración se extraen en contra del procesado, los mismos tienen la condición de ser prueba de referencia inadmisibile, por las mismas razones anotadas en precedencia (supra 13.1).

Y, si lo anterior no fuera suficiente, el contenido general de su testimonio se encuentra infirmado o controvertido con las anotaciones que plasmó en la historia clínica que ella misma suscribió, elemento de prueba de carácter documental que las instancias omitieron valorar.

13.2.1. Constanza Sánchez Herrera señaló en su declaración que conoció del caso del menor H. Y. Z. B., porque su abuela materna (LM, quien no declaró en el juicio) llevaba

³⁸ Cuestiona el defensor que si los comentarios de la aludida profesional a los familiares del infante fueron los que determinaron que el 23 de julio de 2009 instauraran la respectiva queja penal, es incomprensible porqué la época de los supuestos hallazgos y tratamiento es posterior (del 3 al 28 de agosto de 2009).

insistiendo ante la respectiva institución³⁹ durante casi un mes, en que si el niño no manejaba esfínteres y presentaba indisciplina en el colegio era porque “*había violencia en algún aspecto*”, motivo por el que esa profesional le autorizó un tratamiento de varias sesiones. Aseguró que en la primera dejó registrados los antecedentes del caso, y en la segunda realizó con el infante el “*test proyectivo de la figura humana*”⁴⁰. Sobre tal evaluación indicó lo siguiente:

*“...ahí fue cuando yo pues detecte algo, unas cosas en el niño, y fue que, el test de la figura humana se trata de un dibujo de él mismo, donde se le dice cómo te sientes tu, como eres tu, identificate, y el niño empezó a identificarse, y empezó a decir, bueno, hizo el dibujo, el dibujo era como un monstruo grande, con una cabeza grande, con colmillos, el cuerpo era muy pequeño, y los genitales estaban expuestos⁴¹, cuando los genitales están expuestos **uno presume, porque yo no soy médico legal ni mucho menos para decir que sí existe, pero se presume** que puede haber abuso sexual, empecé, entonces llamé a la abuela que en ese momento era la persona que siempre lo llevaba, yo le comenté y le dije mira lo que está sucediendo, mira el dibujo, esto es lo que se especifica, me gustaría hablar con los papas del niño porque hay presunción y me parece que cuando hay este tipo de dibujos o de sospechas hay que hacer una denuncia, que es el procedimiento que se lleva allá, y yo lo tengo que pasar a Vigilancia Epidemiológica, la cual se encarga de remitir el caso a Bienestar Familiar...”⁴² (resaltado ajeno).*

³⁹ Para cuando declaró ya no trabajaba en el Hospital Pablo VI de Bosa, sino que se desempeñaba como funcionaria de la *Defensoría del Espacio Público*.

⁴⁰ Carpeta principal, DVD # 9, tercer archivo N°..._110013109041_3, minuto 02:06 a 03:50.

⁴¹ Advierte la Sala que el rasgo del dibujo del niño resaltado por la declarante no fue también destacado por ella ante la progenitora del menor, a quien se lo exhibió, y ésta no advirtió la característica que causó alarma en aquélla. Según se lo narró al galeno de Medicinal Legal: “...la psicóloga, Constanza, es del Hospital Pablo VI, atiende en el centro de salud de San Bernardino, nos contó que H... probablemente había sido abusado sexualmente. Ella les mandó hacer un dibujo a mis dos hijos y ella se preocupó más por el dibujo de H... Dijo, el niño tiene un problema y lo vamos a saber cuánto antes. Dijo me preocupa el dibujo de H... le hizo un dictado al niño para mirar la letra y dijo que era un caso especial. El dibujo que ella me mostró era de H..., era una cabeza grande con el pelo parado, con los oídos grandes, no bien hechos sino como torcidos, con ojos grandes saltones, con dientes como de Drácula, con el cuerpo como pequeño, con las manos como pegadas al cuerpo...” Carpeta principal, folio 74.

⁴² DVD # 9, tercer archivo N°..._110013109041_3, minuto 03:57 a 05:18.

Los juzgadores de instancia coincidieron en señalar que gracias a un “*método científico*” la aludida testigo descubrió o tuvo la “*sospecha*” acerca de la ocurrencia de los actos sexuales abusivos cometidos con el menor; empero, es de advertir, en primer lugar, que con la declaración de aquélla no se aportó el “*test*” realizado a H. Y. Z. B.; y en segundo término, que la exponente no abundó en los fundamentos teóricos y metodológicos de la respectiva evaluación, evocada en la historia clínica como “*TEST DE LA FIGURA HUMANA DE MACHOVER*”⁴³.

Pese a lo anterior, al consultar la fuente de donde habría obtenido el cimiento de su apreciación la declarante, se observa que tal prueba psicológica no fue realizada con sujeción a las directrices que la misma exige, y que su práctica no es tan simple como para advenir que cuando un niño(a) elabora el dibujo de una figura humana con “*genitales expuestos*” necesariamente se presume abuso sexual.

Empezando porque la evaluación no se dirige respecto de una determinada persona (como la testigo aseguró que la llevó a cabo), sino que es de libre confección; no es un solo dibujo sino varios, en relación con los cuales se pide al paciente elaborar una historia que involucre esas representaciones; comprende más de cuarenta y cinco aspectos que se estudian de manera correlacionada, y, lo más importante, ninguno de ellos consagra o prevé como indicador de la presunción referida por la testigo el hecho de que el dibujo de la figura humana presente los órganos genitales exhibidos⁴⁴.

⁴³ Carpeta principal, folio 89.

⁴⁴ “*La Figura Humana. Test Proyectivo de Karen Machover*”, cuya metodología y forma de aplicación puede consultarse en: <http://thevalle323.xtrweb.com/test->

Es más, otros doctrinantes que se ocupan de la materia sostienen que cuando se investiga, sin declaración previa de la supuesta víctima, la ocurrencia de un abuso sexual pasado o crónico en menores de edad, los resultados obtenidos mediante evaluaciones psicológicas a través de juegos lúdicos con muñecas anatómicas o por interpretación de dibujos infantiles, no son confiables para dictaminar un suceso semejante, y en particular respecto del último método precisan:

“No menos problemática que la interpretación de la conducta lúdica con muñecas anatómicamente correctas resulta la de los dibujos infantiles en relación a supuestos actos abusivos. No existe ninguna clase de diagnóstico empírico fidedigno, según el cual se justifique la interpretación de dibujos concretos como síntomas de abuso sexual. Las interpretaciones propuestas son, por ello, en su mayoría, especulaciones inconsistentes basadas en suposiciones de la psicología popular (Endres, 1997), las cuales permiten sacar más conclusiones sobre la fantasía de la persona que efectúa la exegesis, que sobre los posibles hechos vividos por el menor que ha realizado el dibujo”⁴⁵.

De acuerdo con lo anterior, el carácter científico que le atribuyeron los falladores, a la evaluación o test de la figura humana que llevó a cabo la psicóloga Sánchez Herrera con el menor, para este caso concreto resulta poco menos que deleznable e impide conferirle mérito suasorio a las afirmaciones que sobre el particular hizo la citada testigo.

[psicologia-valle-vallester/Test%20Proyectivo%20de%20Karen%20Machover%20By%20Luis%20Vallester%20.pdf](http://www.psicologia-valle-vallester/Test%20Proyectivo%20de%20Karen%20Machover%20By%20Luis%20Vallester%20.pdf). En otros ámbitos en los que se comenta esta prueba psicológica se considera que la misma es pertinente frente a sujetos de 12 años en adelante. En <http://www.saltamundoeducativo.com/wp-content/uploads/2012/12/Test-de-la-Figura-Humana.pdf>.

⁴⁵ A este respecto consultar: <http://www.psicologiadeltestimonio.com/p/anomalias-en-la-conducta-como.html>.

13.2.2. Por otra parte, Sánchez Herrera aseguró que en una de las sesiones del tratamiento, al entrevistar a H. Y. Z. B., éste hizo señalamientos en contra del acusado por tocamientos de contenido sexual. La siguiente es su versión:

“...no lo recuerdo precisamente, pero si recuerdo dos cosas fundamentales que fue, pues primero el niño muy asustado, empezó a llorar, luego dijo que, pues que Jimmy, yo no sabía quién era Jimmy, pero él me dijo es que Jimmy me toca, y le dije en qué partes te toca, entonces él me decía aquí, me mostraba, él no me decía específicamente dónde, sino me decía me toca aquí, me mostró sus genitales. Le dije bueno entonces que es lo que está pasando mi amor, porque estas llorando, no llores, tranquilo que todo está bien, no mi abuelita me va a regañar si yo digo, y fuera de eso algo si me dijo como que él tenía mucho miedo. En ese momento como el niño empieza a tener su crisis emocional llamé a la abuela, cuando la abuela le dice pero papi porque no habías dicho que lo que pasa, entonces el niño se retrae y dice: es que me amenaza, me dice que te va a matar o mata a mi mamá, esas fueron las palabras más o menos del niño, yo alcanzo a recordar algo esas palabras...”⁴⁶.

Impera aclarar que indistintamente de la profesión de Sánchez Herrera, ello no la hace de por sí **testigo técnico**, que es la declaración de una persona experta en una determinada ciencia o arte, la cual utiliza esos conocimientos para relatar los hechos debatidos por haberlos presenciado, condición que en este asunto no tiene aquélla⁴⁷, y por contera sus aseveraciones acerca del reseñado aspecto tienen en estricto rigor el carácter de prueba de referencia inadmisibile (supra 13.1). Pero además, sin perjuicio de lo anterior, al contrastar esa narración del presunto acto lascivo con lo que al respecto adujo la progenitora del infante que le fue informado (bien por la abuela del

⁴⁶ Carpeta principal, DVD # 9, tercer archivo N°..._110013109041_3, minuto 05:40 a 06:44.

⁴⁷ CSJ. AP2020-2015, 22 abr. 2015, rad. 45711; SP 11 abr. 2007, rad. 26128 y SP 3 feb. 2010, rad. 30612, entre otras.

niño, por la propia psicóloga o el menor), se encuentran ostensibles e inconciliables diferencias en aspectos esenciales⁴⁸.

Lo más relevante es que esa versión de la profesional (o la referida por la mamá del menor) no tiene respaldo en la historia clínica que aquélla suscribió en relación con el tratamiento prestado al menor de edad, medio de prueba documental que fue introducido con su testimonio⁴⁹, y acerca del cual las instancias esquivaron valorar su contenido, incurriendo así en *falso juicio de existencia por omisión*.

13.2.3. En efecto, en la respectiva historia clínica en parte alguna están relacionados los hallazgos que presumió la psicóloga con base en el dibujo o test de la figura humana, y tampoco documentó, al menos en forma puntual o sintética, las supuestas revelaciones hechas por el menor en una de las sesiones en las que fue intervenido por la citada profesional, quien no supo explicar el porqué de esa omisión⁵⁰, pese a que según su propia narración esa fue la causa determinante para sugerir a los parientes del menor formular la denuncia.

Revisado ese medio de prueba⁵¹, se aprecia que en la primera sesión, de 3 de agosto de 2009, con la que se inicia la historia clínica, la declarante anotó que la persona que llevó al menor, LM (su abuela materna), expresó como “*Motivo de la consulta:*

⁴⁸ Según lo dicho al galeno de Medicina Legal: “El niño a ella, la psicóloga [le dijo] que Jimmy lo tocaba, que lo cogía que le besaba el cuerpo, lo desvestía...el niño le dijo a la psicóloga que le bajaba los pantalones, que le cogía los genitales, que no fue una sino muchas veces. Que fue cuando ellos se quedaban solos en la casa”. Carpeta principal, folio 74. Y en su testimonio adujo que su hijo le “...comentó que había sido en el cuarto de él, que le quitaba la ropa, que lo acariciaba, que lo besaba..., el niño nos dijo que había pasado varias veces en el lugar, pero no sabemos cuántas, él dijo que pues varias veces, pero con exactitud no...”, DVD # 8, primer registro N°..._110013109041_0, minuto 17:40 a 19:12.

⁴⁹ Carpeta principal, DVD # 9, tercer archivo N°..._110013109041_3, minuto 15:00 a 16:10 y 17:04 a 18:00.

⁵⁰ Ídem, minuto 11:25 a 14:00.

⁵¹ Carpeta principal, folios 76 a 92.

TRAIGO A MIS NIETOS YA QUE TIENEN MUCHOS PROBLEMAS CON EL ABUELASTRO, LOS GOLPEA Y CREO QUE A H... LO HA TOCADO". En otro acápite de esa sesión consignó:

*"Circunstancias Especiales: Método de castigo: AGRESION VERBAL Y FÍSICA. ... Factores que anteceden el problema: POCAS ESTRATEGIAS DE AFRONTAMIENTO. MANEJO DE IDEAS IRRACIONALES A NIVEL FAMILIAR. NEGLIGENCIA EN LA CRIANZA Y MALTRATO EMOCIONAL Y PSICOLÓGICO. Factores de mantenimiento: A-S. NEGLIGENCIA EN LA EDUCACIÓN. POCO MANEJO DE CONFLICTOS. TIA CON IDEAS PARANOIDES DE ABUSO SEXUAL... Diagnóstico y Tratamiento: Causa Externa: SOSPECHA DE ABUSO SEXUAL. DX. PRINCIPAL: NEGLIGENCIA O ABANDONO. DX. RELACIONADO: ABUSO PSICOLÓGICO... Plan de Manejo: PAQUETE DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR 13 SESIONES"*⁵² (subrayado ajeno).

En la sesión efectuada el 4 de agosto ningún hallazgo relevante reportó. En la tercera sesión, realizada el 11 de agosto, en el punto "*Evolución Clínica*" aparece la siguiente anotación "SE REALIZA TEST DE LA FIGURA HUMANA DE MACHOVER Y SE DETECTA ANSIEDAD AGRESIVIDAD Y BAJA AUTOESTIMA Y AUTOIMAGEN" y en "*Plan de Tratamiento*": "A NIVEL INDIVIDUAL CONOCIMIENTO DE SEXUALIDAD EN TODOS LOS ÁMBITOS, MANEJO DE AUTOESQUEMAS, RESTRUCTURACIÓN COGNITIVA Y MANEJO DE LA ANSIEDAD Y EL ESTRÉS. A NIVEL FAMILIAR RESPONSABILIDAD EN LA CRIANZA, COMUNICACIÓN Y EXPRESION DE SENTIMIENTOS, MANEJO DE LA AGRESIVIDAD Y TOLERANCIA Y RESPETO EN LA RELACION AFECTIVA"⁵³.

Luego, en las sucedáneas consultas de 12, 14, 18, 21 y 22 de agosto no hay nota o comentario acerca de los hallazgos que refirió la aludida psicóloga en su testimonio, y en la sesión del 25 de agosto, en el acápite "*Evolución Clínica*", hizo la siguiente glosa "EL PADRE DE LOS MENORES VIENE A CONSULTA NEGANDO

⁵² ídem, folio 91 y 92.

⁵³ ídem, folio 89.

LOS HECHOS DE MALTRATO DE SU PADRASTRO CONTRA LOS MENORES, COMENTA QUE ES UN CHISME DE SU SUEGRA, SIN EMBARGO SE LE EXPLICA LAS CONSECUENCIAS DE PERMITIR ESE TIPO DE CONDUCTAS CONTRA LOS NIÑOS Y SE LE VERIFICA QUE EL CASO FUE REMITIDO A FISCALIA. NO ACEPTA AYUDA”⁵⁴ (subrayado ajeno).

Finalmente, en el reporte de las sesiones de 26, 27 y 28 de agosto de 2009, la psicóloga tratante tampoco consignó observación alguna sobre los supuestos actos abusivos comentados por el menor, y en la penúltima consulta, titulada “*CIERRE DE CASO*”, en el acápite “*Diagnóstico*”, consignó la siguiente opinión: “*DX. PRINCIPAL: NEGLIGENCIA O ABANDONO. Diagnóstico de Egreso: MAYORES Y MEJORES EXTRATEGIAS PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS. FINALIDAD DE LA CONSULTA: NO APLICA. CAUSA EXTERNA: SOSPECHA DE ABUSO SEXUAL. DX. RELACIONADO. ABUSO PSICOLÓGICO*” (subrayado ajeno).

Y en el punto “*Logros del Plan de Tratamiento*” anotó:

“SE INSTRUYE AL MENOR Y SU FAMILIA EN SEXUALIDAD RESPONSABLE. VALORES DE RESPETO AUTO CUIDADO Y GENERACIÓN DE REDES DE PROTECCIÓN CONTRA EL ABUSO SEXUAL, LOGRANDO INCREMENTAR AUTOESTIMA Y AUTOIMAGEN Y LOGRANDO DE ESTA MANERA EL CAMBIO COGNITIVO Y COMPORTAMENTAL SIGNIFICATIVO EN CUANTO A SU AMBIENTE SOCIAL, ESCOLAR Y FAMILIAR. ASÍ MISMO SE MANEJA ANSIEDAD Y ESTRÉS. SE REMITE A LA MENOR [sic] A NEUROLOGÍA Y A PSIQUIATRÍA DEBIDO A LOS SÍNTOMAS SOMÁTICOS QUE SIGUE PRESENTANDO. A NIVEL FAMILIAR SE GENERA DIÁLOGO, TOLERANCIA, EXPRESIÓN DE SENTIMIENTOS Y EXPRESIÓN VERBAL Y FÍSICA DEL AFECTO LO QUE AYUDA A FORTALECER EL VÍNCULO AFECTIVO Y LA GENERACIÓN DE PARÁMETROS VALORATIVOS CLAROS”⁵⁵.

La última consulta termina con una recapitulación de la causa del tratamiento, consignando al respecto lo siguiente:

⁵⁴ idem, folios 81-88.

⁵⁵ idem, folios 78-80.

“LA ABUELA DEL MENOR REFIERE QUE HIZO LA SOLICITUD DIRECTA DEL PROCESO DE PSICOLOGÍA POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. REFIERE QUE SUS NIETOS TIENEN MUCHOS PROBLEMAS CON EL ABUELASTRO Y ÉL LOS MALTRATA FÍSICA [sic] Y CRE QUE A H... HA SIDO ABUSADO SEXUALMENTE PORQUE LE MANIFIESTA QUE LO HA TOCADO PERO NO LE EXPLICA BIEN. REFIERE QUE TIENEN COMPORTAMIENTOS INADECUADOS COMO LA AGRESIVIDAD Y H... SE ORINA EN LA CAMA. SE OBSERVA NEGLIGENCIA Y ABANDONO POR PARTE DE LOS PADRES LO CUAL LES CAUSA AFECTACIÓN EMOCIONAL Y ES LA RESPUESTA A SU COMPORTAMIENTO. CONDICIONES SOCIOECONÓMICAS INESTABLES”⁵⁶
(subrayado ajeno).

De acuerdo con las anteriores citas de la historia clínica suscrita por Constanza Sánchez Herrera, introducida con su testimonio, el origen del tratamiento brindado a H. Y. Z. B., fue la solicitud directa de la abuela materna para los dos nietos, quien los llevó al respectivo centro asistencial aduciendo violencia física y psicológica de parte del abuelo (abuelastro) paterno contra ambos —aspecto con el que se controvierte lo expuesto por la mamá y hermano del menor acerca de que H.Y.Z.B., era el nieto consentido—, así como la sospecha de aquélla, **no de la psicóloga**, en el sentido de que quizás “había tocado” al menor en quien se hizo radicar la condición de víctima.

En el decurso del tratamiento seguido con el infante, en ninguna de las sesiones fue superada esa *sospecha*. El test de la figura humana únicamente permitió evidenciar en el menor ansiedad, agresividad y baja autoestima, y como causas de tal comportamiento, diagnosticadas por la profesional, se relacionan diversas circunstancias que van desde métodos equivocados de castigo, abandono y negligencia en la crianza, abuso psicológico, ideas irracionales a nivel familiar, hasta la

⁵⁶ idem, folios 77.

influencia de una tía con ideas paranoides acerca de atentados sexuales y, por supuesto, la aprensión de la abuela —no de la psicóloga— de un posible abuso sexual, aspectos revalidados con la firma de la testigo de marras y que contradicen lo expresado por ella en su testimonio durante el juicio oral.

13.3. Finalmente, en la sentencia de primer grado, aspecto en el que no fue revocada por la de segunda instancia, se esgrimió también en contra del acusado, de una parte, lo aducido por MABM en el sentido de que antes de que naciera su hijo H. Y. Z. B., cuando fueron a vivir en la casa del procesado, en dos ocasiones el hermano de éste, ODA, bajo los efectos del alcohol, le advirtió que debía “*tener mucho cuidado con sus hijos*” porque el acusado había abusado de las hermanas⁵⁷.

Y de otra parte, igualmente se valoró el testimonio de LVZA, tía paterna de H. Y. Z. B., quien adujo que cuando ella era menor de edad, después de que el acusado dejó de hacer vida marital con su progenitora, en una oportunidad en que fue a la casa de éste y se quedó a dormir con él, el procesado la sometió a caricias de contenido sexual⁵⁸.

Con base en lo anterior la juez a-quo concluyó que “*el señor Y [sic] DA ataca sexualmente precisamente a quienes están con él de manera afectiva y habitacional, y quienes tienen además la condición de menores de edad*”, ya que de acuerdo con las pruebas valoradas “*...un pedófilo, un agresor sexual, no es de generación espontánea, puesto que tal como se demostró en este juicio, dicha situación venía con sus hermanas, pasó con su hijastra, y ahora se concretó en quien consideraba su nieto, el menor H. Y. Z. B.*”⁵⁹.

⁵⁷ Carpeta principal, DVD # 8, primer registro N°..._110013109041_0, minuto 21:56 a 23:00 y 25:35 a 30:06.

⁵⁸ Carpeta principal, DVD # 9, cuarto registro N°..._110013109041_4, minuto 05:00 a 07:40.

⁵⁹ Carpeta principal, folio 135.

En otras palabras, a partir de los aspectos reseñados por las citadas testigos los falladores consideraron que el acusado tenía un perfil como delincuente sexual habitual con menores de edad, y tal circunstancia la esgrimieron como indicativa de la responsabilidad de aquél en el delito por el que se adelantó la presente actuación, construcción valorativa en la que son manifiestos los errores de apreciación probatoria.

13.3.1. En primer lugar es de destacar que acerca de las presuntas conductas punibles pasadas atribuidas por las declarantes, los juzgadores no tuvieron en cuenta, con el fin de aquilatar la solidez de esas graves imputaciones, que según el artículo 248 de la Constitución Política **únicamente** *“las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen el carácter de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”*.

Y, en consecuencia, al no atender ese mandato superior, desconocieron otro de la misma estirpe estrechamente ligado con aquél, pues al considerar como verídicas esas imputaciones de hechos delictivos pasados, desconocieron la presunción constitucional y legal de inocencia (artículo 29, inciso tercero, de la Carta Política y Ley 906 de 2004, artículo 7, inciso primero), dado que con la simple y llana atribución al enjuiciado por parte de terceros de tales conductas punibles, se le tuvo como autor responsable de las mismas, sin que previo proceso legal y mediante sentencia en firme se le hubiese declarado como tal.

Dicho de otra manera, como de acuerdo con la Constitución sólo las condenas impuestas por conductas

punibles mediante sentencias en firme constituyen antecedentes penales, y dado que las escuetas atribuciones conocidas a través de los testimonios de las señoras BM y ZA no cumplen con ese estándar, es manifiesto el *falso juicio de convicción* acerca de los hechos con base en los cuales concluyeron que el acusado era un “*pedófilo*”.

13.3.2. Ahora bien, si del anterior dislate pudiera hacerse abstracción para flexibilizar el análisis y considerar los señalamientos de las declarantes de marras, no como antecedentes penales en estricto sentido, sino como referencias negativas acerca del pasado del acusado, con las que se pone de manifiesto su tendencia a realizar actos rechazados por la moral social convencional, tales aspectos tampoco son unívocos e inequívocos para afirmar la responsabilidad del procesado en el comportamiento delictivo que se le atribuyó en esta causa.

Importa señalar que al sistema procesal penal implementado con la Ley 906 de 2004, no le es ajena la tradición jurídica expresada en anteriores regímenes acerca de las reglas de apreciación de las pruebas, según la cual éstas deben ser valoradas no sólo de acuerdo con las exigencias inherentes a la práctica o incorporación de cada medio en particular, sino con sujeción a lo que la doctrina denomina apreciación racional, que no es otra cosa que la estimación en conjunto o articulada de los elementos de conocimiento, conforme a los postulados que integran la sana crítica, actividad que debe desarrollar el juzgador con sujeción a los principios que gobiernan la lógica, la ciencia y la experiencia.

Igualmente debe destacarse que si bien es cierto en la Ley 906 de 2004 no hay norma expresa que regule o establezca pautas en cuanto a la pertinencia de pruebas relacionadas con el *carácter* del acusado y la incidencia o peso valorativo que puede tener la acreditación de aspectos semejantes frente al hecho delictivo investigado, de la misma manera es verdad que esta Sala tiene decantada una pacífica y reiterada jurisprudencia sobre ese tema en particular que debió ser atendida por los juzgadores, como criterio orientador en la valoración de las aludidas circunstancias (Constitución Política, artículo 230, inciso segundo).

En efecto, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el colombiano, con sujeción al artículo 29 de la Carta Política⁶⁰, el sistema de protección de los bienes jurídicos inmanentes al mismo está sustentado en el principio de derecho penal de acto, por virtud del cual la condición de punible de una hipótesis normativa tiene como exclusivo fundamento el concreto hecho (como sinónimo de acción u omisión humana) del sujeto en la ejecución de un comportamiento previsto como delito, y la correlativa sanción también tiene a la vez como sustento solamente ese hecho individual⁶¹.

Es por lo anterior que esta Corporación tiene establecida una inveterada, pacífica y reiterada línea jurisprudencial, según la cual, de la misma manera que la demostración de antecedentes conductuales positivos del procesado **no** es

⁶⁰ “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las preexistentes al **acto que se imputa...**”. En igual sentido la Convención Americana sobre derechos Humanos, artículo 8, numeral 2, literal b), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 3, literal a).

⁶¹ Jauchen, EDUARDO M. “Derechos del Imputado”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, páginas 26 a 33.

idónea para sustentar la ausencia de responsabilidad frente a la imputación de una conducta punible⁶², la acreditación de anotaciones negativas similares o no al comportamiento atribuido, anteriores, concomitantes o posteriores a este, tampoco es eficaz para, con base en un aparente perfil antisocial del implicado, asegurar su compromiso en el delito endilgado⁶³ en ausencia de otros elementos que de manera efectiva lo comprometan, pues valoraciones de ese calado constituyen una inaceptable manifestación del proscrito *derecho penal de autor*, en desmedro de su par opuesto, el *derecho penal de acto*.

A este respecto ha aclarado la jurisprudencia de la Sala que “*indicio de capacidad moral para delinquir [es] el derivado ‘de la vida anterior y las cualidades personales de las cuales se puede inducir un hábito criminoso’*”⁶⁴⁶⁵. Y en relación con la **univocidad** de ese llamado indicio para fundamentar la atribución de responsabilidad frente a un concreto delito, en la misma decisión puntualizó:

“*[E]s de destacar que no sólo los tratadistas que admiten como razonable el indicio de capacidad para delinquir lo catalogan con un ‘valor secundario o supletorio’*”⁶⁶, o poco importante para acreditar la participación del procesado⁶⁷, sino que además la Corte, en anteriores oportunidades, ha concluido que, [es] ‘contrario al contenido del artículo 29 de la Constitución Política condenar a

⁶² Cfr. CSJ. SP 8 jul. 2003, rad. 18025; SP 12 nov. 2003, rad 18363; SP 4 feb. 2004, rad. 13362, y SP 5 sep. 2013, rad. 36411, entre otras.

⁶³ Cfr. CSJ. SP 16 abr. 2008, rad. 25543; SP 15 jul. 2008, rad. 28362; SP 21 may 2009, rad. 22825; SP 1 de jul 2009, rad 21977, y AP1282-2014, 17 mar 2014, rad 41741, entre otras.

⁶⁴ Ellero, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia criminal*, Reus, Madrid, 1968, p. 69.

⁶⁵ Cfr. CSJ. SP 1 de jul 2009, rad 21977.

⁶⁶ Ellero, Pietro, *Op. cit.*, p. 69.

⁶⁷ Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Cunzoni, Buenos Aires, 2004, p. 601.

una persona con base en lo que es, y no en lo que hizo, [porque] desconoce el *principio del hecho* fundamentar la responsabilidad o gravedad del injusto en la existencia de antecedentes penales⁶⁸:

”[...] atribuir credibilidad a una imputación hecha por un tercero con base en los antecedentes del procesado, y erigir tal señalamiento como fundamento de la responsabilidad, es contrario al derecho penal de acto propio de Estados Sociales y de Derecho, pues de acuerdo con aquél el juicio de reproche acerca de un comportamiento únicamente debe tener sustento en la concreta conducta del sujeto en la ejecución del hecho previsto como delictivo, y no en la personalidad o en los antecedentes del autor, ni en reflexiones vinculadas a esos aspectos para colegir eventuales peligros esperados en el futuro del mismo individuo⁶⁹.

”En este orden de ideas, si es derecho penal de autor deducir la participación o responsabilidad a partir de los antecedentes penales que obren en contra del procesado, también lo será si la inferencia se construye a partir de registros, anotaciones, manifestaciones o cualquier otro elemento de convicción que acerca de la personalidad del individuo figuren en el expediente”.

En conclusión, de acuerdo con lo anterior, la falladora de primera instancia, avalada tácitamente por el juzgador de segundo grado, al traer como soporte para la atribución de responsabilidad al procesado en el comportamiento delictivo objeto de debate, los comentarios de MABM y LVZA acerca de supuestas acciones semejantes, cometidas por el procesado en épocas anteriores y remotas en relación con los hechos materia de juzgamiento, incurrió en un *falso raciocinio* por desatención de las reglas que constituyen pautas de valoración racional de los medios de prueba, de conformidad con la lógica, la ciencia y la experiencia.

⁶⁸ Sentencia de 15 de julio de 2008, radicación 28362 (por un lapsus en la fuente se cita la radicación 28859, que corresponde a un trámite de extradición).

⁶⁹ Sentencia de 21 de mayo de 2009, radicación 22825.

14. Recapitulando, la Corte encuentra que los juzgadores incurrieron en falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio rendido en el juicio por el infante H. Y. Z. B., pues cercenaron de su contenido la parte en la que negó haber sido objeto de caricias en las partes íntimas de su cuerpo, y valoraron de manera subjetiva, sin correspondencia con la realidad, la actitud o reacción del menor al no responder preguntas generales relacionadas con el procesado.

Los juzgadores incurrieron en falso juicio de identidad al apreciar los dictámenes practicados a H. Y. Z. B., esto es, el “*Informe Técnico Médico Legal Sexológico*” de 23 de julio de 2009 y la “*Valoración Pericial Psicológica*” de 17 de diciembre del mismo año, dado que en el primero el experto conceptuó que los sucesos conocidos por él a través de la narración de la progenitora del infante apenas permitían concluir una “*HISTORIA SOSPECHOSA PERO NO CONCLUSIVA DE ABUSO SEXUAL*”, y en el segundo la respectiva profesional al analizar el relato del menor en aras de “*Establecer la Credibilidad del Testimonio*” opinó que tal aspecto resultaba “*indeterminado*”, valoraciones técnicas que los funcionarios, con base en el marco teórico y abstracto expuesto por los galenos al sustentar sus trabajos, tergiversaron para apartarse de las mismas y llegar a conclusiones de signo opuesto.

Los falladores tomaron como pruebas demostrativas de la materialidad de la conducta reprochada al enjuiciado, las aseveraciones que al respecto ofrecieron MABM, el menor B. D. B. M., y Constanza Sánchez Herrera, a pesar de que los respectivos apartes de esos testimonios tienen el carácter de

prueba de referencia inadmisibles que debía ser excluida de acuerdo con el artículo 439 de la Ley 906 de 2004, y por lo tanto al ser valorados para asegurar la configuración del injusto incurrieron los juzgadores en falso juicio de legalidad.

También cometieron los jueces falso juicio de existencia al no apreciar la historia clínica del tratamiento psicológico brindado al menor H. Y. Z. B., en el Hospital Pablo VI de Bosa, del 3 al 28 de agosto de 2009, documento en el que se registra como causa del comportamiento de aquél y que motivó su atención, circunstancias diversas al presunto abuso sexual, acerca del cual de manera reiterada se dejó consignado en la misma que era apenas una “*sospecha*” de un pariente (su abuela).

Finalmente, los funcionarios incurrieron en falso juicio de convicción dado que con base en medios de prueba (testimonios) que no son suficientes para acreditar la existencia de verdaderos antecedentes penales del acusado, concluyeron que éste era un “*pedófilo*” por haber cometido en el pasado supuestas conductas delictivas sexuales con menores de edad.

Y si bien los actos reprochables anteriores cargados al enjuiciado y conocidos a través de declaraciones de terceros pudieron ser estimados por los falladores como simples referencias negativas acerca del *carácter* o conducta pretérita de aquél, como tales aspectos, de acuerdo con la jurisprudencia, en ausencia de otras pruebas, no son unívocos e inequívocos para asegurar la responsabilidad del enjuiciado en la concreta hipótesis punible objeto de debate, al constituir una manifestación inaceptable de derecho penal de autor en

desprecio del principio de derecho penal de acto que gobierna el sistema penal, los sentenciadores incurrieron en falso raciocinio por vulneración de la sana crítica.

15. Ahora bien, en el debate oral y público, fueron legalmente practicadas como pruebas de descargo por parte de la defensa:

El testimonio del perito particular Ricardo Alberto Suárez Castro⁷⁰, con el cual se introdujeron tres dictámenes rendidos por éste, dos con diagnóstico descartando, en el primero, en términos generales, un perfil antisocial del acusado, y en el segundo, específicamente, trastornos de conducta relacionados con pedofilia o tendencia a agresiones sexuales por parte de aquél; en el tercero el experto realizó un estudio en el que cuestionó la metodología y la forma en que se llevó a cabo la *“Entrevista y Valoración Pericial Psicológica”* de 17 de diciembre de 2009 por parte de la forense de la SIJIN, Sonia Esperanza Mercado Arregoces, al tiempo que concluyó que el relato del menor presentado en esa pericia *“...no es espontáneo y no aporta elementos claros en cuanto a una situación de abuso”*⁷¹.

Así mismo se le recibió testimonio a MLDA, hermana del acusado, quien declaró acerca del buen comportamiento social y familiar de su consanguíneo, y negó la realización por parte aquél de actos semejantes al investigado⁷². También, como el procesado renunció a su derecho a guardar silencio, fue

⁷⁰ Carpeta principal, DVD # 10, tercer registro N°..._110013109041_2, minuto 07:20 a 01:07:06; cuarto registro N°..._110013109041_3, minuto 03:04 a 03:43.

⁷¹ Carpeta principal, folios 114 a 122.

⁷² Carpeta principal, DVD # 10, cuarto registro N°..._110013109041_3, minuto 03:58 a 09:25.

escuchado en declaración, en cuyo decurso negó la específica conducta imputada en esta causa, así como las otras reseñadas por la progenitora del menor y por LVZA, y agregó que los señalamientos respecto del menor H. Y. Z. B., obedecían a sentimientos de animadversión de MABM y la mamá de ésta, por problemas surgidos durante la convivencia con aquélla⁷³.

16. Siendo entonces el panorama probatorio el reconstruido en los puntos que anteceden, sin necesidad de adentrarse la Sala en una rigurosa valoración de los elementos de conocimiento allegados en favor del enjuiciado, frente a las pruebas que a instancia de la Fiscalía desfilaron en el juicio, una vez depuradas éstas de los vicios de apreciación en que incurrieron los falladores de primero y segundo grado, surge evidente que con las últimas no se concreta el estándar exigido en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, norma rectora que en su inciso tercero prevé que para emitir sentencia condenatoria “...deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda”, exigencia que replica el artículo 381 de la misma codificación al puntualizar que para los mismos fines “...se requiere conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad...” del procesado.

Y es que si, en términos elementales, conocer es percibir un objeto como distinto de todo lo que no es él, el acervo probatorio que aportó el ente instructor no permite conocer de manera clara, precisa e indubitable que en verdad respecto del menor H. Y. Z. B., el acusado haya ejecutado una o varias conductas que se adecuen al delito investigado, pues el

⁷³ Carpeta principal, DVD # 10, cuarto registro N°..._110013109041_3, minuto 10:12 38:36.

carácter *indeterminado* del relato que al respecto pudo hacer el infante a la perito oficial Mercado Arregoces, no se despeja con las comprobaciones que sobre el mismo aspecto obtuvo el otro galeno, el médico Prada Moreno, para quien la historia que conoció de labios de la mamá del infante es simplemente *sospechosa* de una acción delictiva como la denunciada.

El joven H. Y. Z. B., en su testimonio en el juicio, lejos de corroborar o aclarar las situaciones informadas a través de los referidos medios de prueba, negó de viva voz haber sido objeto de caricias en su partes íntimas, y por más que se esfuerce la razón para inferir a partir de la actitud que asumió (guardar silencio) frente a las preguntas que buscaban esclarecer lo ocurrido con el procesado, ese comportamiento resulta altamente equívoco para conocer la efectiva y real materialización del delito investigado.

El restante material probatorio de orden testimonial (de la mamá y hermano mayor de H. Y. Z. B., y de Constanza Sánchez Herrera) es ineficaz para distinguir la configuración del supuesto objetivo del punible, debido a la condición de prueba de referencia inadmisibles que ostentan los contenidos relacionados con ese aspecto. Y así tal falencia fuera obviada, relativizada o flexibilizada, para asegurar, en gracia de discusión, que esas versiones de los testigos son admisibles por el hecho de que la fuente directa del aludido aspecto no estuvo disponible⁷⁴, en cuanto optó por guardar silencio en el debate oral, ello de todas formas no les suprime la calidad de prueba de referencia con valor suasorio menguado por mandato legal.

⁷⁴ Ley 906 de 2004, artículo 438, literal b).

Además, las aludidas declaraciones se hallan fuertemente controvertidas o refutadas por otro medio de prueba, a saber la historia clínica del tratamiento que se brindó al menor H. Y. Z. B., previamente a la queja penal, en la cual está consignado que la *sospecha* del abuso sexual sobre aquél, provino de una pariente de éste (su abuela materna), recelo o preocupación que no fue confirmada con la catarsis a la que fue sometido el infante y que a la vez permitió establecer que el comportamiento observado en el niño (estrés, ansiedad, agresividad, baja autoestima, etc.), estaba siendo determinado por el ambiente en el que crecía, enrarecido por las más disimiles circunstancias, como equivocados métodos de castigo, irresponsabilidad en la crianza, violencia e intolerancia entre los miembros de su clan familiar, hasta la influencia de una *“tía con ideas paranoides de abuso sexual”*.

De suerte que aquellos medios de pruebas valorados individualmente y de manera articulada con los de naturaleza técnica, tampoco aportan un conocimiento del que se derive convencimiento más allá de toda duda acerca de la hipótesis delictiva, lo cual redundando en que ese primero y principal extremo de la teoría del caso de la Fiscalía no abasteció las exigencias legales para emitir fallo condenatorio.

Y por lo tanto, lo que se impone ante tal panorama es la aplicación de la máxima de in dubio pro reo consagrada en la constitución y la ley, pues el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena debe estar anclado en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, siendo la justicia que administra el hombre falible, se impone en nombre de esa

misma justicia decisión absolutoria, disyuntiva falladora que previene el inaceptable riesgo de condenar a un inocente.

17. En conclusión, ante la constatación de los errores de estimación probatoria y su trascendencia, aspecto determinante de la prosperidad del reproche propuesto en la demanda, la Corte, con sustento en el apotegma de in dubio pro reo, casará la sentencia condenatoria de segundo grado emitida contra JDA, y en su lugar lo absolverá del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, en modalidad agravada, imputado en concurso homogéneo y sucesivo.

Por virtud de lo anterior y en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 449 del Estatuto Penal Adjetivo se ordenará la libertad inmediata de JDA, siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial, además se dispondrá el levantamiento de las medidas cautelares impuestas en su contra, y se librarán al efecto las órdenes correspondientes.

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 la Ley,

RESUELVE:

1. CASAR, en razón de la prosperidad del cargo formulado en la demanda, la sentencia de 20 de septiembre de 2012 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual fue confirmado el fallo proferido el 16 de julio del mismo año en el Juzgado

Cuarenta y uno Penal del Circuito de esta ciudad, contra JDA en calidad de autor responsables de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. ABSOLVER, en su lugar, a JDA de condiciones civiles y personales reseñadas en la actuación, de los cargos por los que fue llamado a juicio dentro del presente proceso.

3. ORDENAR, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 449 de la Ley 906 de 2004, la libertad inmediata de JDA, lo cual se hará efectivo siempre que el citado no sea requerido por otra autoridad judicial. Así mismo se dispone el levantamiento de las demás medidas cautelares adoptadas contra aquél. Sin dilación, líbrense las órdenes de rigor.

4. COMUNICAR a las autoridades correspondientes lo aquí resuelto con el fin de que sean canceladas las anotaciones que le generó al mencionado ciudadano la iniciación y trámite de este proceso, así como las órdenes de captura que por este proceso estuvieren vigentes contra el procesado absuelto en esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
PRESIDENTE

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria