

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP1714-2019

Radicación No. 45718

(Aprobado Acta No. 118)

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Jaime Jiménez Osorio contra la sentencia del 18 de diciembre de 2014, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la que en sentido condenatorio dictó el Juzgado Tercero Penal de ese Circuito condenando al acusado en mención como autor de los delitos de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo.

HECHOS:

Para el año 2007 residía la menor D.H., entonces de 9 años de edad, con su progenitora en el Pasaje 7F No. 64.14, 2° piso, Barrio Las Ceibas de Cali, cuando al mismo conjunto llegó a morar el señor Jaime Jiménez Osorio con su cónyuge al primer piso del apartamento contiguo, donde, desde agosto de 2008 y hasta febrero de 2010, se bañaba desnudo en el patio y se masturbaba en presencia de la citada menor, de quien llamaba su atención para que precisamente lo observara.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Denunciados los anteriores sucesos el 9 de febrero de 2010, la Fiscalía solicitó se ordenara la captura de Jaime Jiménez Osorio, de modo que producida ésta, se realizó, el 22 de febrero de 2012, audiencia en la cual se legalizó dicha aprehensión, se formuló imputación contra el indiciado por los delitos de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 30 de abril siguiente la Fiscalía presentó escrito de acusación contra el detenido, por los punibles objeto de imputación, llevándose a cabo ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali la respectiva audiencia en sesión del 1° de junio de dicho año.

Celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el juzgado de conocimiento dictó el 23 de mayo de 2014 sentencia para condenar al acusado como autor de dos delitos de actos sexuales con menor de 14 años a la pena principal de 12 años de prisión.

3. La anterior decisión fue recurrida por la defensa del procesado; en tal virtud el Tribunal Superior de Cali profirió la suya el 18 de diciembre de 2014, a través de la cual confirmó la impugnada.

A su turno, contra la providencia del ad quem, el defensor del acusado interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal segunda de casación acusa el demandante la sentencia recurrida de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa, en tanto infringió el principio de congruencia.

Lo anterior, dice, por cuanto no se dio cumplimiento al artículo 448 de la Ley 906 de 2004, toda vez que la Fiscalía se limitó a solicitar la condena del procesado como autor de los delitos indicados en la acusación, sin precisar su modalidad en relación con la denominación jurídica respectiva, es decir si lo fue por someter a la víctima a actos

sexuales, por inducirla a ellos o por realizarlos en su presencia y sin embargo en la sentencia se condenó por éstos a pesar de que por los mismos la Fiscalía no la solicitó de manera expresa en sus alegaciones.

Para que surgiera la congruencia era necesario que la Fiscalía determinara expresamente los delitos por los cuales solicitaba esa clase de decisión y no simplemente remitir al juez a la acusación, pues de esa manera faltó al deber legal de precisar la denominación jurídica de las conductas que motivaban su petición de condena y de circunstanciar, conforme con el artículo 443 ídem, las imputadas, más aun cuando el artículo 209 del Código Penal contiene 3 verbos rectores o acciones, ninguna de las cuales fue precisada por el ente acusador, irregularidad que trascendió a la sentencia de primera instancia donde la consideración del a quo fue que el procesado actuó con conocimiento y voluntad al realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años, lo cual significa que se le atribuyó una modalidad comportamental que la Fiscalía jamás dio a conocer en la narración fáctica y jurídica soporte de la acusación y de sus alegaciones conclusivas.

Es decir, concluye, por un lado, la Fiscalía no determinó en la acusación, ni en sus alegatos, la modalidad comportamental atribuida al procesado y, de otro, las sentencias de instancia precisaron una, realización de actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años, que no fue mencionada por el ente acusador.

Segundo cargo:

Con apoyo en la causal tercera acusa la sentencia de haber incurrido en error de derecho por falso juicio de convicción, por cuanto, si bien se practicó el testimonio del psicólogo Fernando Grueso, ante quien la menor rindió entrevista, la cual fue calificada por el citado profesional coherente, clara y concreta en su narrativa, el juzgador, a su vez, la tuvo como veraz, coherente, clara y contundente, pero sin considerar que la menor expuso situaciones diametralmente opuestas a las referidas en la citada entrevista, específicamente alrededor de una supuesta invitación a un parque, o los específicos actos de masturbación por parte del acusado, o de eventuales relaciones sexuales con su esposa en presencia de la niña.

Además, no obstante que al psicólogo correspondía simplemente recoger una información de la menor y evaluarla desde el punto de vista de su ciencia, la Fiscalía pretendió hacerlo testigo de los hechos como si los hubiera visto, sin que eso fuera procedente, mucho menos cuando la menor declaró en el juicio.

En esas condiciones la Fiscalía introdujo con el psicólogo una prueba de referencia, olvidando su calidad de testigo perito, lo que se revela aun más cuando omitió exponer su conocimiento científico sobre su labor a fin de demostrar la consistencia y fundamentación de sus conclusiones respecto a la narrativa hecha por la víctima. Tal testimonio fue convertido en una reproducción indirecta de las versiones que le fueron dadas por la menor,

pretendiendo la Fiscalía convertirlo en testigo directo no obstante que carecía de esa condición, por manera que al ser así valorado probatoriamente por el juzgador se incurrió en un falso juicio de convicción.

Tercer cargo:

Con fundamento también en la causal tercera de casación acusa el defensor el fallo cuestionado de violar indirectamente la ley sustancial por errores de hecho derivados de falsos raciocinios, toda vez que al valorar el testimonio de la víctima se apartó de la sana crítica, en particular de las leyes de la lógica y del sentido común, pues con sus juicios estableció una verdad que no emergía de tal prueba.

Así, al sostener el juzgador que la niña fue más explícita en la entrevista rendida al psicólogo que en su declaración de juicio, debido al tiempo transcurrido desde los hechos y a que su desarrollo psicosexual podría generarle pena al relatarlos, constituye un error de apreciación de dicha prueba en tanto ese aserto riñe con la psicología del menor, porque precisamente la corta edad influye en la narración de un agravio sexual, tanto que por eso se acude a la Cámara Gesell.

Ese raciocinio invierte los principios psicofísicos en la evolución de la estructura mental del menor, para quien, entre más tiempo transcurra, es más propicia su memoria para evocar lo ligado a lo físico y anatómico que a lo psicológico, pues el desarrollo de las facultades

sensorceptivas de quien ha sido abusado sexualmente le impide olvidar lo acontecido, por eso en una menor de 12 años no es posible establecer el olvido de un hecho, si en verdad éste ha existido.

Justificar en esas circunstancias el silencio de la víctima sobre las conductas masturbatorias ejecutadas presuntamente por el acusado para darle crédito a lo manifestado por el psicólogo Fernando Grueso, constituye un falso raciocinio que revela que no pudo ser cierto que la víctima haya dicho que Jiménez Osorio se masturbaba en su presencia, toda vez que en su declaración de juicio oral aseguró que el procesado solamente se desnudaba, se tocaba las partes íntimas y nada más.

De otro lado, se quebrantó el principio lógico cuando la sentencia dio por cierto que el acusado se desnudó todos los días desde 2007 o 2008 hasta 2010. Será acaso posible, se pregunta, que en verdad el procesado haya ejecutado esa conducta los siete días de la semana, incluidos sábados y domingos, cuando existen dos afirmaciones contrapuestas toda vez que la menor asegura que su horario de clases era por la mañana, pero su hermano asevera que era por la tarde?

En tales circunstancias los hechos entonces no pudieron ocurrir en horas de la tarde como lo dijo la menor, porque esa era su jornada de estudio.

También configura falso raciocinio, agrega el demandante, que el sentenciador hubiera desatendido las

preguntas sugestivas y preordenadas que el Defensor de Familia le hizo a la niña con base en el cuestionario presentado por la Fiscalía, porque eso afectó el contenido de verdad con el cual procedió la afectada, como así se aprecia en relación a quién más pudo observar los hechos, pues esto reveló una serie de inconsistencias que ignoradas por el juzgador lo condujeron a desconocer las leyes de la lógica y del sentido común y así asignar credibilidad a las afirmaciones de la ofendida en correlación con el testimonio de Fernando Grueso, cuya labor era simplemente recaudar unos hechos, pero no hacer valoración de los mismos a manera de perito.

Es decir, concluye, si el raciocinio del fallador se estructuró sobre el testimonio de Fernando Grueso como directo, sin serlo, los juicios de coherencia, claridad y contundencia riñen con la lógica, las máximas de experiencia y el sentido común.

Solicita, por tanto, que la sentencia recurrida sea casada y en su lugar se absuelva al procesado.

LA FISCALÍA:

Pide, por el contrario, no casar el fallo impugnado por cuanto no se configuran las causales de casación invocadas, pues, dado el primer cargo, no se advierte la incongruencia denunciada; la simple comparación entre la calificación jurídica atribuida a los hechos y la sentencia de condena permite determinar cumplida la congruencia, máxime que ésta, según lo señala la jurisprudencia que

aduce, no se establece a partir de las alegaciones de la Fiscalía.

Ahora, agrega, la presunta omisión referida al artículo 443 inciso 1º, de la ley 906 de 2004, por no haber expuesto la Fiscalía de manera circunstanciada las modalidades de las conductas objeto de acusación, la relación fáctica incluida en el escrito de acusación, en la respectiva audiencia y en los alegatos de juicio oral no admite duda en torno a la modalidad delictiva imputada frente a los actos sexuales con menor de 14 años. La calificación jurídica que se mantiene en todas las decisiones de instancia deja sin sustento el cargo propuesto, no solo porque la Fiscalía adecuó correctamente la conducta, sino que además la circunstanció a través de la enunciación de la evidencia y luego con la capacidad demostrativa de las pruebas.

El segundo cargo, referido a la valoración del testimonio del psicólogo carece de fundamento, en la medida en que dicha prueba no es de referencia, toda vez que la jurisprudencia la considera directa en relación con todos los hechos percibidos en la entrevista.

Respecto al tercer reparo, por darse credibilidad al testimonio del sicólogo en torno a los actos masturbatorios que la menor no describió en sus primeras versiones, el análisis defensivo que lo sustenta resulta desvirtuado, ya que fue primero el informe pericial presentado el 12 de

febrero de 2010 como resultado de la entrevista ante el psicólogo del CTI días después de que los hechos denunciados continuaban, pues conforme con la acusación las conductas delictivas acontecieron desde agosto de 2008 hasta la fecha de la denuncia , 9 de febrero de 2010.

En dicho documento se consignó textualmente que la niña expuso claramente los actos de masturbación del acusado, los que por demás en alguna ocasión fueron vistos por su prima Salomé o por su hermano Michael, quien así lo confirmó, luego frente a la regla de experiencia aducida por el casacionista resulta más probable la existencia de mayor detalle y recuerdos en la víctima en las fechas cercanas a los hechos que los dados a conocer luego de pasado más tiempo, como en la entrevista al defensor de familia que fue realizada 3 años después.

APODERADA DE VICTIMAS. NO RECURRENTE.

Dice compartir la exposición de la Fiscalía. Porque ciertamente no se estructura ninguno de los cargos formulados. Por lo primero, no existe incongruencia, en cuanto la imputación fáctica y jurídica efectuada por la Fiscalía en la acusación corresponde exactamente a los hechos y calificación contenidas en la sentencia del a quo, en ningún momento fue modificado el núcleo fáctico de la acusación.

Tampoco existe incongruencia porque la Fiscalía haya omitido algunas precisiones en sus alegatos de conclusión

referentes a los delitos o a la modalidad comportamental; en gracia a discusión si eso hubiere sucedido, la jurisprudencia ha indicado que, al ser incuestionable el mantenimiento del núcleo fáctico de la acusación, se garantiza el derecho de defensa, pues en esas condiciones el acusado o su defensor han tenido la oportunidad de desvirtuarlos mediante la actividad probatoria o de alegaciones, para demandar su adecuada calificación jurídica. Acá en ningún momento se varió el núcleo de la acusación, siempre la imputación giró en torno a los mismos hechos y por ellos los juzgadores de instancia se pronunciaron, contando la defensa por su parte con la oportunidad de controvertirlos o desvirtuarlos, así como la imputación jurídica.

Mal puede, por eso, pretender el demandante que existan fórmulas sacramentales y que a través de ellas la Fiscalía en sus alegaciones de conclusión precise de manera detallada las normas o la pena correspondiente, cuando la Fiscalía claramente refirió los hechos objeto de la acusación.

El segundo reproche tampoco tiene en su sentir vocación de prosperidad. Además de lo dicho por la Fiscalía, el psicólogo en el momento de su testimonio cumplió con su labor y realizó la entrevista de acuerdo con las normas vigentes en ese entonces, por manera que la demanda pretende es crear confusión sobre el papel del perito y el testimonio de la menor.

Además, aceptando eventualmente que no debió valorarse el testimonio del psicólogo por ser supuestamente de referencia, la sentencia no podría ser modificada por hallarse sustentada en el testimonio de la víctima y de su hermano, pues siendo consistentes demuestran, con independencia de aquel, la ocurrencia de los hechos, por eso solicita que la sentencia no sea casada.

MINISTERIO PUBLICO:

La congruencia como principio basilar supone un juicio de identidad fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, luego su vulneración, dados los niveles de protección de la víctima y los derechos del procesado, implica determinar si efectivamente hubo una falta de concreción de los cargos en la acusación o en la sentencia tal, que hubiese impedido al acusado el ejercicio de su derecho de defensa o comprender desde la acusación a qué cargos se enfrentaba.

Para eso no se puede olvidar que la acusación es compleja en tanto contiene una imputación fáctica y otra jurídica que son confluyentes, de modo que, si en esas condiciones surge claro de la narración fáctica a qué modalidad de la conducta o a qué verbo alternativo se hace relación, no es necesaria otra concreción mayor que ubicar estos hechos en el tipo penal que los recoge.

Este caso no se puede asimilar al que en sustento de su cargo invoca el demandante, comoquiera que acá los hechos narrados no permiten dudar que el acusado efectuó actos sexuales en presencia de la niña y no con la niña y dado que esta narración se conservó, así como el tipo penal, en la imputación, la acusación y las sentencias, no hay lugar al yerro señalado por el demandante; si bien pudo existir alguna falta de técnica en los alegatos de la Fiscalía ella resulta irrelevante ante la claridad de los cargos por los cuales se acusó, por eso el reproche no puede prosperar.

El segundo reparo, referido a cuestionamientos sobre las preguntas efectuadas por la Fiscalía al psicólogo del CTI al haberlo hecho narrar lo dicho por la niña y no limitarse a un concepto técnico sobre la veracidad o la forma del relato de la menor, ha debido plantearse al momento de la práctica de la prueba vía objeción, no como causal de casación.

Ahora si la información del psicólogo ingresó al juicio en medio de la contradicción propia del debate oral podía el juez valorarla válidamente; no es la casación la vía para atacar la supuesta falta de soporte científico de las conclusiones del perito, mucho menos cuando no es cierto que no corresponde a la defensa atacar la solvencia técnica del perito de la Fiscalía ya que en el interrogatorio cruzado podía haber averiguado sobre este punto.

Si bien es cierto el psicólogo del CTI actuó como técnico en el proceso de recolección de la información y el

juez y el Tribunal lo tuvieron como perito, su conocimiento especializado le permitió establecer que el relato de la niña se mostraba serio y coherente y sirvió al fallador para darle mayor credibilidad, si no se indagó sobre las bases científicas de ese criterio, el error de falta de profundización de la Fiscalía y la defensa no constituye causal de casación. Y, si en gracia a discusión se excluyera ese testimonio, de todas formas el dicho de la menor mantiene elementos de coherencia interna y puntos de corroboración externa que permiten mantener la sentencia condenatoria, a la vez que evidencian la intrascendencia del reproche.

En relación con el último cargo, si bien la niña en el juicio oral no utiliza las mismas expresiones que empleó ante el psicólogo del CTI, sí hace una narración que mantiene los mismos elementos esenciales tales como la forma de ocurrencia de los hechos, el lugar, la modalidad y el autor. No puede exigirse a una preadolescente víctima de abuso sexual, sometida a algunas sesiones de terapia para superar el suceso, como si se tratase de una lección aprendida, que relate en el juicio, ya de por sí una experiencia estresante, todos y cada uno de los detalles de las acciones libidinosas que debió presenciar y que había narrado en entrevistas anteriores, mucho menos si no es cierto que la víctima hubiera dicho o que la sentencia haya dado por probado que los actos de exhibición ocurrieron todos los días; la acusación se refiere a un mínimo de dos oportunidades, de suerte que cualquier número plural permitía la configuración concursal del delito objeto de acusación, luego este cargo resulta irrelevante y tampoco

está llamado a prosperar, por eso solicita no se case la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo:

1. El principio de congruencia, según tiene dicho la Corte, guarda intrínseca relación con los derechos y garantías fundamentales del acusado, concretamente con el debido proceso y la defensa, en tanto su consagración propende porque a aquél no se le condene por hechos o delitos extraños a los cargos formulados y respecto de los cuales no ha tenido oportunidad de ejercer la contradicción, (Auto del 25 de marzo de 2015, Rad. No. 45491).

No por diversas razones el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 prevé que, *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

No cabe duda, por tanto, de la importancia que comporta dicho principio, en cuanto, expresión del debido proceso y sus correlativas garantías de defensa y contradicción, toda vez que a la parte acusada se le hace indispensable, no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sino defenderse adecuadamente de los mismos, de modo que resulta contrario a tales derechos que se le condene por un supuesto fáctico diferente al objeto de controversia.

Por eso mismo, el axioma analizado opera en los niveles fáctico, jurídico y personal, lo cual significa la concordancia entre fallo y acusación, en principio, respecto a la identificación del condenado, la descripción de los hechos jurídicamente relevantes y su denominación jurídica.

En ese contexto, la descripción fáctica o hechos jurídicamente relevantes, según la nominación de la Ley 906 de 2004, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, esto es, desde la formulación de imputación hasta la sentencia ejecutoriada.

2. En rededor precisamente de la diferencia entre imputación fáctica y jurídica que gobiernan la acusación y el carácter rígido de la primera y el flexible de la segunda, ha dicho la Sala, (Providencia del 28 de febrero de 2007, Rad. No. 26087):

“Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas

referentes al principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2000 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004”.

Y en decisión del 8 de julio de 2009, Rad. No. 31280:

“Además, resultaría imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la formulación de imputación tuviera y aportara toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

De manera similar la Corte Constitucional, (C-025 de 2010), ha sostenido:

“...la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En

efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación”.

3. Ahora, connotando ese principio dos aristas: (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona y (ii) concordancia entre los consignados en la acusación y aquellos objeto de sentencia, absoluta en lo fáctico y relativa en lo jurídico, resulta de importancia vital remarcar el carácter estructural de los legalmente denominados hechos jurídicamente relevantes, es decir, los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en el respectivo tipo penal, por cuanto representan una garantía de defensa para el imputado o acusado que en esas condiciones conoce por qué se le investiga o acusa y se erigen en la columna inmodificable que habrá de sustentar el fallo.

4. Bajo los anteriores supuestos se ha comprendido (SP2143-2018, Rad. 52321), que:

“...se quebranta el principio de congruencia, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se está frente a determinadas circunstancias, las cuales fueron compendiadas en la decisión AP4064-2016 y reiteradas en la SP107-2018, esto es, cuando:

“(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma. (CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253”.

Es decir que, el principio de congruencia tiene una directa relación con los aspectos fácticos de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, y de estas con el fallo, guardando el respeto de su núcleo esencial, el cual se entiende como el conjunto de elementos que configuran la conducta o conductas delictivas”.

5. El demandante, no empece los anteriores supuestos, acusa violado el referido axioma porque además de que en la acusación no se precisó, dentro de los diversos verbos rectores que componen la descripción típica del delito de actos sexuales con menor de 14 años, la modalidad atribuida al procesado, el juzgador terminó emitiendo sentencia de condena por un comportamiento no contenido fácticamente en la acusación, ni en las alegaciones fiscales.

El examen, sin embargo, de la acusación y su confrontación con las sentencias de instancia permiten advertir infundado tal reparo.

Así, sin que exista confusión ni duda algunas, la Fiscalía en el acto de acusación indicó los hechos jurídicamente relevantes y específicamente que el procesado, en varias ocasiones, al menos dos, cuando la menor llegaba del colegio o tenía que trasladarse al lavadero de su casa, llamaba su atención para exhibírsele no solamente desnudo sino también masturbándose, es decir y sin que sea necesario el uso de fórmulas sacramentales o expresiones gramaticales absolutamente precisas, que en presencia de la menor de 14 años ejecutaba actos sexuales diversos del acceso carnal, lo cual jurídicamente se halla previsto en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, norma que sanciona, entre otras conductas, a quien realizare actos de aquella indole en presencia de una persona menor de 14 años.

Y si se trata de las alegaciones de conclusión, la misma transcripción que hace el censor revela, no solo que la Fiscalía se remitió a la acusación, sino que además reseñó de manera asaz circunstanciada la conducta y los hechos jurídicamente relevantes, pues *“...el ahora acusado Jaime Jiménez Osorio... en su condición de habitante del apartamento del Pasaje 7F Bis 65-22 Barrio Las Ceibas de esta capital y en hechos reiterados ocurridos en el lapso comprendido entre el año 2008 al 2009, es decir al 9 de febrero de 2010, acostumbraba a bañarse desnudo en el patio de dicho inmueble, pero con el fin de llamar la atención de la menor DVH, de nueve años de edad en ese entonces, esta chiquilla vivía con sus padres y con sus hermanos, en el apartamento de enfrente distinguido con el número 64-24 del segundo piso del mismo conjunto residencial. Hacía ruidos y como la menor se hallaba en el patio de ropas o lavadero del inmueble, observaba a su vecino y ahora acusado al notar su presencia, se masturbaba con el fin de que ella se percatara de tales actos sexuales, hechos que se repitieron en varias ocasiones”,* al abordar el estudio de su tipicidad expresamente alegó: *“Es típica, porque el comportamiento del acusado está comprendido dentro de nuestro estatuto penal, como lo fue, como es ejecutar actos sexuales en presencia de la menor víctima”.*

Luego, en contra de lo dicho por el censor, es incuestionable que la Fiscalía determinó expresamente los delitos, tanto en la acusación, como en los alegatos a través de los cuales solicitó condena, al precisar por un lado, los hechos jurídicamente relevantes que los constituían y nunca fueron variados, y por otro, señalando el precepto

dentro del cual se tipificaban, con indicación de que se trataba, según se transcribió, de la realización de actos sexuales diversos del acceso carnal en presencia de una menor de 14 años.

Por tanto, si el juez condenó, como en efecto lo hizo, por ese supuesto fáctico reseñado en la acusación y tipificado en el artículo 209 del Código Penal, es evidente que ninguna afectación se produjo al principio de congruencia.

6. Ahora, que el a quo al inicio de sus consideraciones haya afirmado que incurre en dicho delito quien realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años, no deja de ser, en este caso, una afirmación aislada que en manera alguna podría sustentar la infracción denunciada por el censor, cuando en toda la argumentación seguida a aquella se advierte que la conducta imputada al acusado no fue otra que la de realizar en presencia de una menor de 14 años actos sexuales diversos al acceso carnal.

Así elucubró el juez de primera instancia:

“Adentrándonos pues, en el análisis del acervo probatorio... debemos precisar, en primer lugar, que efectivamente son las manifestaciones de la menor D.V.H. y de Michael Vallejo Saldarriaga las que aquí tienen trascendencia capital, en tanto que son ellos los que vierten aquellas manifestaciones iniciales relativas al vejamen sexual de que fue objeto en dos oportunidades por lo menos

la primera nombrada por parte del acriminado Jiménez Osorio, cuando, según D.V.H., prevalido de la circunstancia de que quedaba un apartamento de la primera planta de un inmueble cuyo patio tenía plena visibilidad desde la zona de oficios del apartamento de la segunda planta, donde vivía con su familia esta niña ofendida, se dedicó durante varios meses y con suma frecuencia, a ejecutar acciones consistentes en desnudarse totalmente en esa área de su vivienda, permanecer en tales condiciones en ese lugar y además ejecutar acciones de masturbación, todo lo cual hacía para que lo presenciara la niña desde aquella parte de su casa que, repetimos, tenía visibilidad hacia dicho patio”.

A su turno el Tribunal, tras discriminar los comportamientos contenidos en la norma referida y subrayar el atribuido al acusado, según el cual realizó actos sexuales en presencia de una menor de 14 años, estimó “que las conductas exhibicionistas ejecutadas por el procesado Jaime Jiménez Osorio y que traspasaron el ámbito del pudor, de simplemente tener gusto por estar desnudo en su casa de habitación, a ejecutar actos masturbatorios para que la menor DVH lo observara satisfaciendo de esta forma sus pervertidos apetitos sexuales y que sin duda buscaban incitar en la menor conductas sexuales no propias de su edad para muy probablemente pasar a conductas sexuales más complejas, éstas se tipifican en el delito contemplado en el artículo 209 del Código Penal por cuanto este tipo penal se configura cuando i) se realizan actos sexuales diversos del acceso carnal con menor de 14 años; ii) se realizan esos mismos actos en presencia del menor, y iii) se induce a éste a prácticas sexuales, y en este evento la conducta ejecutada

por Jaime Jiménez Osorio se enmarca dentro de la segunda modalidad...”.

7. En conclusión, como el acusado lo fue por realizar actos sexuales diversos del acceso carnal en presencia de una menor de 14 años, conducta que se incluye dentro de las tres que pune el artículo 209 del Código Penal, en cuyo respecto se hizo la correspondiente imputación jurídica y tanto por esos hechos, como por esta tipicidad fue condenado en las instancias, el reproche propuesto en torno a una supuesta transgresión al principio de congruencia, carece de prosperidad.

Segundo cargo:

1. El Falso juicio de convicción, especie de error de derecho que de manera indirecta infringe la ley, cometido en tanto el fallador no le conceda a un determinado medio de prueba el valor asignado por el legislador, o cuando desconozca las normas que tarifican su eficacia probatoria, es un equívoco que solo por vía de excepción puede configurarse en los sistemas que, como el colombiano, prevén una valoración probatoria sujeta a la persuasión racional, a los parámetros de la sana crítica.

Un vicio de tal naturaleza es, por el contrario, propio de los ordenamientos de tarifa probatoria en los cuales el legislador determina previamente los valores para cada medio probatorio, sin que al fallador le sea dado apartarse de los mismos.

En tanto excepción en sistemas como el que nos rige, la Ley 906 de 2004 previó solamente, en su artículo 381, una tarifa legal negativa al prohibir condenar con base exclusivamente en prueba de referencia.

En sede de casación, su acreditación exige: i) identificar el elemento probatorio sobre el cual recayó; ii) indicar la norma que tasa su valor o restringe su eficacia demostrativa y iii) establecer qué implicaciones tuvo ese equívoco en el fallo que se cuestiona.

4. No obstante tales supuestos y aunque el censor plantea en su segunda censura la comisión de esta clase de error, su sustento no revela cuál fue cierta y precisamente la falencia denunciada, pues, en principio, cuestiona que el juzgador, corroborando la valoración psicológica hecha por el profesional Fernando Grueso, haya tenido por veraz, coherente, claro y contundente el testimonio de la menor rendido en juicio, pero sin considerar que ésta expuso en la entrevista con el referido psicólogo, situaciones diametralmente opuestas a las narradas en aquél escenario, específicamente alrededor de una supuesta invitación a un parque, o los precisos actos de masturbación por parte del acusado, o de eventuales relaciones sexuales con su esposa en presencia de la niña, sin que en estos asertos evidencie, de un lado, cuál fue la prueba valorada sin sujeción al artículo 381 citado, ni de otro, el medio de referencia en que se basó exclusivamente la decisión de condena.

Ahora, si su inconformidad es porque la Fiscalía introdujo en calidad de prueba directa una de referencia, el

yerro entonces no fue del juzgador, pero si su cuestionamiento es porque el sentenciador, siendo el testimonio de Fernando Grueso de referencia, lo valoró, esto no resulta suficiente para acreditar la falencia de convicción denunciada si no se demuestra, como no lo hizo el censor, que el fallador sustentó su decisión condenatoria exclusivamente en la prueba así catalogada.

Examinadas por demás las sentencias de instancia es patente la ausencia de dicho vicio, toda vez que en ninguna parte de las mismas se advierte transgredida la tarifa legal negativa que como excepción prevé nuestro ordenamiento en torno a la prueba de referencia, más aun cuando el fundamento de aquellas giró en rededor de los testimonios de la menor y de Michael Vallejo Saldarriaga, cuyo conocimiento de los hechos fue personal y directo.

Por lo mismo, el reproche se observa intrascendente pues, aunque se tuviere el testimonio del psicólogo como de referencia y en esas condiciones no se hiciera objeto de valoración alguna, la sentencia de todas maneras se sostendría, según ya se dijo en los testimonios de la víctima y su hermano.

Esta censura, por ende, tampoco prospera.

Tercer cargo:

1. Finalmente, formulado el tercer reproche por violación indirecta de la ley a causa de un error de hecho por falso raciocinio, significa entonces que el cuestionamiento ha de serlo en relación con el poder suasorio que el juzgador le haya asignado a los medios de convicción, de modo que su postulación y acreditación exigen demostrar que el fallador en el ejercicio intelectual que demanda la determinación del mérito persuasivo del medio, o la obtención de una conclusión probatoria de carácter inferencial, desconoció los principios de la lógica, las reglas de la experiencia o los postulados de la ciencia que condujeron a ignorar la sana crítica.

Por lo mismo, en esta sede y por ninguna de las sendas de ataque, puede ser objeto de discusión la disparidad de criterios entre el fallador y el impugnante acerca del valor probatorio que merece un determinado medio de convicción, lo cual tiene su razón de ser en la doble presunción de acierto y legalidad, habida cuenta que el análisis probatorio realizado por el juzgador se halla privilegiado sobre la valoración que realicen los sujetos procesales, de manera que aun éste se evidencie más científico o mejor razonado no podrá primar sobre el del juzgador en tanto no se demuestre que el del segundo fue obtenido por la incursión en alguno de los errores trascendentes en este extraordinario estadio, tanto más cuando dentro de un sistema de libre apreciación racional como el que nos rige, para los fines de desarrollar y fundamentar un cargo en casación por errores en la valoración de la prueba, le está vedado al recurrente conducirse bajo los parámetros de unas instancias ya superadas.

A través de la formulación del falso raciocinio debe evidenciarse el absurdo de los razonamientos probatorios del sentenciador, no los de las pruebas en sí mismas, sin perder de vista que lo que interesa no es construir otra explicación de los hechos, a partir de la prueba que el demandante examina en perspectiva diferente a la del juzgador, sino demostrar que definitivamente en el fallo cuestionado no hubo ese despliegue elemental de la lógica, la ciencia o la experiencia común, que conforman la sana crítica o persuasión racional, como que no son las elucubraciones subjetivamente lanzadas por el recurrente las que desquician lo que está acreditado debidamente en la sentencia.

En ese orden, el falso raciocinio se caracteriza por plantear un problema de argumentación que tiene por objeto comprobar que en la apreciación de las pruebas el juez infringió las reglas de la sana crítica, por eso dicha falencia no se acredita con la simple confrontación de un criterio quizá mejor, más razonado o más científico-jurídico que el del sentenciador, si en éste escogida como fue la citada vía, no se demuestra el absurdo derivado de la infracción a las pluricitadas reglas o su grosera y manifiesta transgresión.

2. Acusa, así el defensor en primer lugar, el fallo cuestionado porque el juzgador al valorar el testimonio de la víctima se apartó de la sana crítica, en particular de las leyes de la lógica y del sentido común al dar por establecida una verdad que no emergía de tal prueba, sin que en dicho planteamiento precisara cuál fue exactamente el principio

de la lógica vulnerado, por manera que se ignora si el sentenciador, en esa asignación de credibilidad a la versión de la menor vulneró el principio de no contradicción, el de razón suficiente, el de identidad o el de tercero excluido.

Y si se trata de que en esa conclusión se infringieron leyes de la ciencia, específicamente de la psicología, la aseveración del juzgador acerca de que la niña fue más explícita en la entrevista rendida al psicólogo que en su declaración de juicio, debido al tiempo transcurrido desde los hechos y a que su desarrollo psicosexual podría generarle pena al relatarlos, no revela qué elementos de aquella fueron vulnerados, sino simplemente un argumento contrapuesto, pero sin fundamento, del censor, según el cual la corta edad influye en la narración de un agravio sexual.

Decir que ese raciocinio del juzgador, al notar más explícita y detallada la versión de la niña ante el psicólogo por haber sido ofrecida temporalmente en cercanías a los hechos, invierte los principios psicofísicos en la evolución de la estructura mental del menor, constituye apenas un argumento especulativo en cuanto a su base no subyace elemento científico alguno que demuestre que en la estructura mental del menor, éste recuerda con mayor fidelidad entre más tiempo transcurra desde el evento traumático.

Ahora, al pretender el censor dar por inexistentes los actos de masturbación que el acusado ejecutaba en presencia de la ofendida, sólo porque ésta, a pesar de que dijo clara y expresamente que su vecino se manipulaba ante

ella los genitales sin precisar exactamente en qué consistía, como sí lo hizo ante el psicólogo, no patentiza un falso raciocinio, sino acaso una inexistente inconsistencia cuya desestimación no constituye tal clase de error de hecho, mucho menos si lo que se advierte es una exageración por parte del censor en torno al manejo gramatical o semántico de las expresiones ofrecidas por la menor, cuando bien puede entenderse que la manipulación que de sus genitales hizo el acusado, masturbación o no, con eyaculación o no, ya configura por sí misma actos sexuales que en manera alguna le estaban legalmente permitidos ejecutar en presencia de una menor de 14 años.

Si en la entrevista ante el psicólogo la niña afirmó que el acusado se masturbaba, pero en su declaración de juicio aseguró simplemente que se tocaba los genitales y aun así el juzgador le defirió entera credibilidad en el objetivo de acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad del enjuiciado, este aserto en manera alguna contraviene los postulados de la sana crítica, pues no se evidencia en él transgresión alguna a un postulado de la lógica, ni a máximas de experiencia y menos a leyes científicas.

Tampoco existió un quebranto a la lógica por considerar erróneamente el censor que el juzgador estimó cometidos los hechos todos los días desde 2007 o 2008 hasta 2010, toda vez que examinados los fallos de instancia en parte alguna se hizo tal afirmación; por el contrario, la condena sólo lo fue en relación con dos eventos.

Y si la menor aseguró que los hechos ocurrían en la tarde, pues su jornada escolar le ocupaba la mañana, pero su hermano aseveró que su horario de colegio era en la tarde, la asignación de credibilidad, a pesar de dicha contradicción, más allá de evidenciar un problema de las pruebas en sí mismas, no patentiza un error del juzgador por creer y establecer que el horario escolar de la víctima definitivamente era en la mañana.

En el contexto en que se han propuesto las diversas irregularidades que en sentir del casacionista constituyen falso raciocinio, lo que se observa no es la proposición de un equívoco del juzgador en su asignación de credibilidad, sino el propósito de demostrar que la menor mintió sobre los actos específicos de masturbación, su horario escolar, o si su prima Salomé vio o no directamente los hechos. Probar que el testigo es falaz no equivale a demostrar un falso juicio, un errado razonamiento del sentenciador, si además, no se constata que en éste incurrió en vulneración de alguno de los elementos que componen la sana crítica.

Por tanto, este reparo tampoco prospera.

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


RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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


EYDER PATIÑO CABRERA


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



PATRICIA SALAZAR CUELLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova Garcia

Secretaria

