



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

SP3192-2021

Radicación 54508

Aprobado mediante Acta No. 190

Bogotá, D.C, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de casación presentado por la defensa de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena emitida por el Juzgado 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, luego de declararlo autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con el punible de acto sexual con menor de 14 años agravado, los dos en concurso homogéneo y sucesivo.

SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. Se extracta de la actuación que, entre febrero y julio de 2016, NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, profesor de la Institución Educativa Colegio Veracruz de la ciudad de Bogotá y director del curso 2ºA, en repetidas ocasiones desplegó conductas de contenido sexual en contra de su alumna M.N.C., de 7 años, las que llevó a cabo en las instalaciones del plantel educativo durante la jornada escolar, especialmente en el patio, el salón de clases del grado 2A, el pasillo «amarillo», los baños y el teatro.

Según lo indicó la menor, la primera conducta la realizó el profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA en el patio del colegio, detrás de unas canecas, donde le introdujo el dedo en la cola y la vagina y luego lo olió y chupó. Después de este episodio, a voces de M.N.C., «todos los días» le tocaba la vagina con la mano y el pene y la obligaba a practicarle sexo oral, advirtiéndole que no podía contar lo ocurrido porque tomaría represalias en su contra y de su familia.

2. Por estos hechos, el 3 de agosto de 2016, el Juez 79 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá legalizó la captura de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA. En la misma fecha, la fiscalía le formuló imputación como autor de los delitos de acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años agravado, todos en concurso homogéneo y sucesivo, además del punible de propagación del virus de

inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B. Cargos que no fueron aceptados por el imputado.

Por solicitud de la fiscalía, el imputado fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

3. El 13 de octubre de 2016 la fiscalía radicó escrito de acusación con base en la misma imputación fáctica y jurídica y, el 21 de noviembre de 2016, ante el Juez 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, la fiscalía formuló acusación a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA como autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado, los dos en concurso homogéneo y sucesivo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 208, 209 y 211-2 del C.P., retirando de la acusación los cargos por acceso carnal violento, acto sexual violento y propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B.

4. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 12 de enero de 2017 y, el juicio oral se celebró los días 9 de febrero, 9 de marzo, 4 de abril y 26 de abril de 2017, al cabo del cual se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio.

5. El 21 de septiembre de 2017 se profirió sentencia, mediante la cual NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA fue condenado como autor de las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y actos sexuales con menor de

14 años agravado, ambas en concurso homogéneo y sucesivo, imponiéndole la sanción de 248 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, al paso que no le fueron concedidos los subrogados penales.

6. Contra esta decisión, la defensa interpuso el recurso de apelación, el que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de octubre de 2018, mediante fallo que en decisión mayoritaria confirmó la sentencia proferida en primera instancia, pues uno de los Magistrados salvó el voto.

7. La defensa interpuso y sustentó en término el recurso de casación, el cual fue admitido el 17 de septiembre de 2019 por esta Corporación, celebrándose audiencia de sustentación el 9 de marzo de 2020.

DEMANDA Y SUSTENTACIÓN ORAL

1. Postuló la defensa, en la demanda de casación y posteriormente en la sustentación ante esta Corporación, la causal tercera contenida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denunciando la violación indirecta de la ley sustancial, a través de un error de hecho, derivado de un falso raciocinio, al considerar que la Sala Mayoritaria del Tribunal Superior de Bogotá, apreció y valoró las pruebas contrariando las reglas que inspiran la sana crítica, especialmente en lo que atañe a la valoración del testimonio de M.N.C., en el cual descansó la condena.

Precisó que las instancias le otorgaron credibilidad al testimonio de M.N.C. pese a que un análisis de las declaraciones rendidas en la actuación y en especial en el juicio oral, evidencian contradicciones en aspectos esenciales de su dicho, lo que afecta su fuerza suyasoria y la coherencia interna del testimonio.

Destacó que la primera incoherencia que se aprecia en el testimonio rendido por M.N.C. en juicio, consistió en señalar que los profesores Miguel Bernal, Mercedes, Stela, Aleida y la Hermana Elba estaban presentes mientras NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA le tocaba la vagina y le practicaba sexo oral, además de inculpar al profesor Juan Carlos como otro de los responsables de actos de contenido sexual, cuando en la anamnesis contenida en el informe pericial de 29 de julio 2016 y en la entrevista judicial de 2 de agosto de 2016, la menor categóricamente expresó que ninguna persona diferente a NICOLÁS GUTIÉRREZ había efectuado tocamientos de naturaleza sexual y que nadie había visto estos hechos.

Explicó que la tardía exposición de esos hechos contraviene las reglas de la experiencia y de la psicología, pues en los relatos de las víctimas de agresión sexual existe una tendencia a referir lo realmente ocurrido, por tratarse de un trauma cuya narración permanece fiel en el transcurso del tiempo y, precisamente actos trascendentales, como el que otros profesores participaron de esos vejámenes y que profesoras y directivas fueron testigos de esos hechos, debían marcar la percepción de la niña y ser de fácil recordación y

narración en los relatos iniciales.

Aunado a ello, estimó que la explicación para esas tardías revelaciones se relaciona con un proceso de sugestión, pues los nombres de otros docentes involucrados en las maniobras de tipo sexual sólo aparecieron con posterioridad a la entrevista rendida el 29 de agosto de 2016 por Diana María Isabel Camacho de Naranjo, progenitora de M.N.C., quien en juicio reiteró lo dicho en esa oportunidad, indicando que «también habían otras personas involucradas, esas personas son el profesor JUAN CARLOS PALACIO PINZÓN, profesor de matemáticas, el profesor CRISTIAN CAMILO CHÁVEZ que era el profesor de inglés, el profesor ERICK NAVIA que era el profesor de religión y guitarra y adicionalmente la Hermana Elvira Castañeda Amórtegui, que es la directora del Colegio, otra hermana, que ella dice que se llama Ana María y que es la superiora local del colegio y el padre que dictaba la eucaristía».

Expuso que, por lo fantástico del relato, las instancias desestimaron estos apartes del relato ofrecido por M.N.C., sin embargo, ello no fue suficiente para restar mérito a la credibilidad del testimonio, generándose una «indebida parcelación del testimonio».

Sumado a lo anterior, precisó que en el testimonio de M.N.C. también se advierten debilidades en aspectos sustanciales, como lo son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos objeto de este proceso, pues:

- i) Relató la niña que, estando sentada en el salón de

clases, NICOLÁS se agachó y con el pene tocó su vagina, por lo que, a su juicio, una posición como ésta no era de fácil realización para una niña o una persona que no fuera suficientemente flexible.

Además, sobre los eventos ocurridos en el salón de clases, la menor no fue clara sobre la presencia de otras personas en el lugar, ya que en unas ocasiones indicó que estaban solos y en otros, como en la entrevista practicada por la funcionaria del CTI, manifestó que sus compañeros de clase estaban en el salón, sin poder explicar la razón por la cual ellos no veían lo que acontecía.

ii) En cuanto a los hechos ocurridos en el denominado pasillo amarillo, señaló M.N.C. que NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA le «metió el pipí en su boca y salía un líquido», es decir que no se trató de un simple tocamiento sino de acciones que demandaban más tiempo, pese a ello, los testigos que declararon en juicio y que conocen las instalaciones del colegio explicaron que ese pasillo es un lugar transitado y no hay espacios ocultos, lo que permite concluir que esos hechos difícilmente tuvieron ocurrencia allí.

iii) Aun cuando M.N.C. relató que las conductas de contenido sexual ocurrieron todos los días en casi todos los espacios del colegio «no puede entenderse conforme a la experiencia que nadie se haya dado cuenta de su ocurrencia» y que la menor no lograra identificar si ocurrieron durante la jornada escolar.

iv) La sindicación en contra de NICOLÁS GUTIÉRREZ

RIVERA no fue espontánea ni contundente, pues la menor inicialmente acusó a su compañero D.N. como el autor de los actos de contenido sexual y solo a partir de un «juego de adivinanzas» mencionó a su director de curso como el responsable, para finalmente también culpar al profesor Juan Carlos.

De otra parte resaltó que según el dicho de María Isabel Camacho, madre de la menor, el 22 de julio de 2016, su hija le informó que su compañero D.N. fue quien le tocó la cola y la vagina y luego olió y chupó los dedos, hechos que fueron narrados por la misma menor a la Hermana María Elvira Castañeda, Rectora del Colegio y que fueron consignados por la niña al día siguiente en una carta, sin embargo, en sus diferentes salidas procesales, M.N.C. no se refirió a ese evento ni a otros actos aberrantes mencionados exclusivamente por la madre, ni siquiera con un protagonista diferente a NICOLÁS GUTIÉRREZ, lo que genera una inmensa duda sobre el posible aleccionamiento de la menor para declarar en determinado sentido, tal como lo afirmó la psicóloga Andrea Guerrero Zapata.

Resaltó que la adecuada apreciación del testimonio de M.N.C. genera unos cuestionamientos que atacan la doble presunción de acierto y legalidad con la que está revestida el fallo censurado, lo que se acentúa con la valoración conjunta de la prueba.

Al respecto manifestó que en juicio se practicaron los testimonios de la Rectora Hermana María Elvira Castañeda y

las profesoras Mercedes Ovidia Pomares y Luz Stella Franco Gómez, quienes detallaron la rutina en la institución y los mecanismos de vigilancia adoptados para evitar este tipo de casos; testimonios que fueron rechazados por las instancias al considerar que las autoridades de la institución educativa desestimaron la acusación en contra del profesor por considerarla imposible de realizar, pero activaron la ruta de convivencia cuando consideraron que el agresor era otro estudiante del colegio, lo que a su juicio tornaba contradictorios los testimonios, no obstante, estas declaraciones evidencian que los hechos relatados por la menor son de improbable comisión pues «siempre o casi siempre que un depredador sexual busca satisfacer sus bajos instintos buscan un sitio seguro para hacerlo» y no, como en este caso, en lugares de frecuente tránsito en el colegio.

En ese sentido, concluyó que no hay conocimiento más allá de toda duda razonable para predicar la existencia real de las conductas atribuidas a su defendido, emergiendo la duda sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de éste, lo que impone la aplicación del precepto establecido en el artículo 7º del C.P.P., esto es, el principio universal de *in dubio pro reo*, por lo que solicita casar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá y emitir sentencia de reemplazo absolviendo a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA.

2. La representante de la Fiscalía, como no recurrente, solicitó no casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, al considerar que el cargo propuesto por el demandante no estaba llamado a prosperar.

Precisó que si bien la menor ofreció diferentes versiones en el diligenciamiento, señalando a otras personas como responsables de actos de contenido sexual en su contra, éstas fueron debidamente justificadas por los juzgadores a partir del principio de unidad probatoria y de la línea jurisprudencial establecida sobre la valoración del testimonio de un menor de edad víctima de delitos sexuales, a partir de la cual, las contradicciones intrínsecas del testimonio, no lo convierten en inaceptable o lo descalifican de plano, como parece entenderlo la defensa.

Resaltó que la referida línea jurisprudencial impone que el testimonio sea analizado de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que su validez se verifique en su integridad de cara con los demás medios probatorios, por lo que pretender construir una regla de la experiencia consistente en que las discrepancias en el testimonio conlleva a desecharlo, es inadmisible, por el contrario, lo que enseña la experiencia es que las personas varían las particularidades insustanciales de su narración y que lo importante es que el núcleo esencial de su dicho se mantenga en lo esencial, como aquí ocurrió.

Indicó que, para la valoración del testimonio de la menor, el Tribunal tuvo en cuenta sus condiciones subjetivas, pues se trató de una niña de 7 años que ocupaba el primer puesto en el salón, se caracterizó por su sociabilidad y no se advirtió en ella ni en su progenitora un sentimiento de animadversión.

En ese sentido, estimó que, tal como lo precisaron las instancias, la consistencia y coherencia en el relato de la

víctima solo puede derivar de una experiencia vivida y que no puede desatenderse que el mismo relato lo ofreció a la médico forense y a la psicóloga adscrita al CTI, de manera coherente e hilada, por lo que las contradicciones advertidas por la defensa sólo se refieren a circunstancias externas y no al señalamiento preciso que hizo sobre la ocurrencia de los hechos y del autor de los mismos.

3. La representante de las víctimas solicitó no casar la sentencia atacada al considerar que las contradicciones en el testimonio de la menor, anunciadas por la defensa, no se evidenciaron, pues la niña sólo confirmó en juicio quiénes eran las personas que observaron los actos desplegados por el acusado.

Agregó que, a diferencia de lo indicado por el demandante, la ausencia de revelación temprana de todas las personas que participaron en los hechos, se explica a partir del modelo de «indefensión aprendida» propuesto por Walker, por virtud del cual, ante un acontecimiento incontrolable, como un abuso sexual, se genera un estado psicológico de pasividad que impide en la primera declaración relatar todo lo acontecido, además, según las «tipologías victimales», con el tiempo, las víctimas recuerdan más detalles, lo que también se encuentra validado por el DSM-IV, al precisar que los síntomas pueden aparecer meses e incluso años después.

Rechazó la acusación de la defensa en contra de la progenitora de M.N.C. en cuanto la culpó de sugerir a su hija, pues en el proceso no se demostró tal circunstancia y por

el contrario aquélla explicó en juicio que la ampliación en el relato de la niña obedeció al tratamiento psicológico que recibió.

Así, estimó que la ausencia de señalamiento inicial por parte de la víctima en contra de terceros no puede restarle credibilidad a su dicho, más cuando éste se mantuvo consistente, unívoco y coherente en los aspectos esenciales del relato, tales como el tamaño del pene, la extracción del miembro desde la bragueta del pantalón, la presencia de flujo seminal, su sabor y la provocación de nauseas, todo lo cual evidencia que se trató de un suceso realmente vivido.

Estimó que aun cuando las instancias desecharon la parte del testimonio de la menor en la que señala que otras personas participaron de los hechos, no quiere decir que ello no existió, pues se trata de un asunto que debe decidirse al interior de un proceso penal.

4. Actuando como no recurrente, la delegada del Ministerio Público solicitó mantener incólume el fallo de segunda instancia advirtiendo que están corroborados tanto los elementos constitutivos de los delitos sexuales cometidos por el procesado como las líneas jurisprudenciales en punto de la credibilidad del testimonio de la menor.

Destacó que, en declaración rendida en juicio, M.N.C. relató en forma explícita los actos de naturaleza sexual de los que fue víctima, precisó sin dubitación que el agresor fue NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA y explicó que los tocamientos

ocurrieron varias veces en diferentes lugares, lo que descarta que se trató de un relato fantasioso.

Contrario a lo afirmado por el demandante explicó que, aunque la menor pudo incurrir en ciertas contradicciones, no recayeron en aspectos esenciales del relato, por lo que las instancias consideraron creíble su dicho, atendiendo la edad, sus condiciones personales, los detalles que ofreció, la coherencia en la exposición sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos y la ausencia de ánimo vindicativo en contra del procesado.

En suma, consideró que el testimonio fue apreciado en debida forma, acorde con los criterios establecidos en el artículo 404 del C.P.P. y las reglas de la sana crítica.

CONSIDERACIONES

1. Al declarar ajustada a derecho la demanda de casación, desde un punto de vista formal, le asiste a la Sala el deber de dar respuesta a los problemas jurídicos que emergen de la inconformidad planteada por el actor, en armonía con los fines que rigen el recurso extraordinario de casación, esto es, 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.

2. En este caso, señaló el demandante que la Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en una

violación indirecta de la ley sustancial, a través de un error de hecho, derivado de un falso raciocinio, por desatender las reglas de la sana crítica en la apreciación y valoración de las pruebas y, en especial en el testimonio de M.N.C., lo que condujo a la falta de aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

2.1 En relación con el cargo formulado, conviene precisar que el desconocimiento del principio de *in dubio pro reo* puede alegarse tanto por la violación directa de la ley sustancial como por la violación indirecta; la primera, cuando el juzgador reconoce la falta de certeza sobre la responsabilidad penal y pese a ello emite condena y, la segunda, en los eventos en los que el juez condena porque considera que existe prueba que conduce a la certeza de la responsabilidad pese a que en realidad no existe tal grado de convicción. En este último evento, la censura debe proponerse por errores de apreciación probatoria, con indicación y demostración de la clase de error de hecho o de derecho cometido.

Atendiendo esta exigencia, acertó el demandante al atacar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, en tanto que fincó su reproche en la indebida valoración de las pruebas, lo que, a su juicio, le permitió al *ad quem* considerar acreditada la certeza para condenar cuando existía duda sobre la responsabilidad de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA.

En esta línea, el demandante centró el cargo casacional en el falso raciocinio, atribuido al Tribunal por la desatención de las reglas de la sana crítica en la apreciación del

testimonio de M.N.C., especialmente de las máximas de la experiencia que postuló como: i) «en el relato de una menor víctima de la presunta agresión sexual, existe una tendencia a referir lo realmente acaecido, en cuanto un hecho de tal naturaleza genera un trauma que permite grabarlo en la memoria y narrarlo en forma más o menos fiel con el transcurso del tiempo» y en este caso, M.N.C. omitió indicar aspectos relevantes en sus relatos iniciales, ii) «siempre o casi siempre que una persona denuncia abusos o agresiones sexuales recuerda aspectos significativos y sustanciales», lo que tampoco se verificó en este caso, pues elementos como el número de agresores y los testigos de esos hechos, fueron aspectos omitidos por la menor en sus declaraciones iniciales y iii) «siempre o casi siempre que un depredador sexual busca satisfacer sus bajos instintos busca un sitio seguro para hacerlo», lo que se echó de menos en este evento, pues según lo relató la menor, las conductas de contenido sexual las realizó NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA en lugares de constante tránsito por la comunidad estudiantil.

No obstante, aprecia la Sala que el cargo, así formulado, es infundado, pues los enunciados que el censor postula como máximas de la experiencia realmente carecen de tal condición.

Ha considerado la Corte que las reglas de la experiencia son conclusiones empíricas de hechos comunes susceptibles de adquirir validez general, las que se construyen a partir de las costumbres, prácticas culturales y usos cotidianos, desarrollados por un grupo humano en un contexto específico, los que al tener pretensiones de carácter universal o de alta probabilidad se identifican en el esquema «siempre o casi siempre

que ocurre A, entonces sucede B»¹, por lo que su construcción lógica no puede devenir de juicios sensoriales o particulares vivencias.

Al respecto ha sostenido esta Corporación que:

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

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

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

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

(...)

¹ CSJ AP, 10 oct. 2012, Rad. 39688.

Frente a esas estructuras argumentativas, es un error frecuente que se tomen como máximas de la experiencia enunciados generales y abstractos que no tienen esa categoría, bien porque no se trate de fenómenos que puedan observarse en la cotidianidad, ora porque los mismos transcurran de forma diferente o irregular, lo que impide extraer una ley o máxima uniforme».²

De allí que los enunciados identificados por el demandante como máximas de la experiencia, lejos están de ser considerados como reglas deducidas de la observación reiterada de fenómenos comportamentales uniformes y generalizados y, por el contrario, obedecen a particulares experiencias que responden exclusivamente a casos individuales en los que inciden circunstancias internas y especiales de cada individuo.

Afirmaciones como el que «en el relato de una menor víctima de la presunta agresión sexual, existe una tendencia a referir lo realmente acaecido, en cuanto un hecho de tal naturaleza genera un trauma que permite grabarlo en la memoria y narrarlo en forma más o menos fiel con el transcurso del tiempo» o que «siempre o casi siempre que una persona denuncia abusos o agresiones sexuales recuerda aspectos significativos y sustanciales», desconocen que en desarrollo del acto comunicativo, a cada ser humano lo motivan diferentes expectativas que se forjan a partir de su propia vivencia y, en ellas incide el desarrollo psíquico, social y cultural en el que se desenvuelve, por lo que pretender derivar postulados universales de aspectos particulares, desconoce el concepto de las máximas de la experiencia.

² CSJSP, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, reiterado en CSJ SP1557-2018

Aunado a ello, olvidó el demandante que la doctrina especializada ha considerado que, en casos como éste, donde las víctimas de delitos sexuales son menores de edad, es frecuente que el proceso de revelación de los hechos varíe y en muchas ocasiones exista reticencia parcial o total para que los niños den a conocer todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon las conductas de las cuales fueron víctimas, por lo que contrario a lo entendido por el censor, la revelación de esta clase de hechos, no obedece a actos uniformes ni a patrones pre establecidos, sino a procesos psicológicos particulares que dependen de múltiples factores como la edad y personalidad de la víctima, el contexto del abuso, la pericia del entrevistador para obtener la información, entre otras tantas; lo que impide tener las manifestaciones expuestas por el censor como postulados con vocación de universalidad.

Igualmente, el postulado «siempre o casi siempre que un depredador sexual busca satisfacer sus bajos instintos busca un sitio seguro para hacerlo», no es admisible ni válido como regla de la experiencia, en razón a que se trata de un enunciado que describe una práctica derivada de la experiencia judicial y no del cotidiano vivir en un contexto sociocultural³ y, en todo caso, tal afirmación carece de la universalidad requerida para ser considerada como máxima de la experiencia, pues el mismo ejercicio profesional ha evidenciado que no siempre los atacantes sexuales se ocultan para ejecutar tales conductas, ya que no es extraño que para la estimulación del deseo sexual algunas personas prefieran llevarlas a cabo en lugares públicos

³ CSJ SP937-2020, Rad. 47967

o aprovechen determinadas circunstancias para estimular su libido sin temor a ser descubiertos.

Así las cosas, los cuestionamientos tendientes a evidenciar que, en este caso, el Tribunal dejó de considerar máximas de la experiencia en la apreciación del testimonio de M.N.C. son infundados, no obstante, como los juzgadores de instancia incurrieron en errores de apreciación probatoria que derivaron en la indebida condena de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, la Sala admitió la demanda y con ello superó los defectos en la sustentación del cargo formulado, por lo que en orden a reestablecer los derechos del procesado, corresponde emitir pronunciamiento de fondo.

3. Pues bien, lo primero que debe destacar la Sala es que una vez la progenitora de M.N.C. denunció los hechos objeto de este proceso, la menor fue evaluada el 29 de julio de 2016 por la médica forense Jacqueline Cangrejo y por la psicóloga Edna Idalí Moreno, adscrita al CTI. Estos relatos fueron conocidos en juicio por la incorporación que dichas profesionales hicieron al rendir sus respectivos testimonios.

En esa forma se conoció que la menor le relató a la médica forense que en varias oportunidades y en diferentes lugares del colegio, el profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA le tocó la vagina con las manos y con el pene y que la obligó a practicarle sexo oral hasta la eyaculación en su boca, generándole náuseas. También le contó que nadie se percató de ello y que su docente la amenazó de muerte si informaba lo ocurrido.

En igual forma, se ventiló en el juicio que la psicóloga Edna Idalí recibió una entrevista a M.N.C. y además de lo narrado a la médica forense, la menor le detalló que los tocamientos se presentaron en el pasillo «amarillo», en el salón y en el baño del colegio y que cuando su profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA eyaculaba en su boca (lo que describió como un líquido que salía del pene) lo sentía en su «esófago», reiterando la sensación de náusea que esto le causaba. Igualmente expresó que esa situación no se presentó con otras personas y que nadie observó lo ocurrido.

Sumado a estas declaraciones, M.N.C. fue escuchada en sesión de juicio oral el 9 de febrero de 2017, oportunidad en la que acusó a su profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA de tocarle con las manos y el pene todas las partes de su cuerpo, incluida la vagina, además de introducirle este último órgano en la boca, sin hacer mayores precisiones sobre la felación, más allá de señalar que ese hecho y los demás tocamientos ocurrieron en los baños, el pasillo «amarillo», el salón de clases, el patio y el teatro, todos lugares del colegio en el que estudiaba.

Para otorgar credibilidad a los señalamientos efectuados por M.N.C. en contra del acusado, las instancias valoraron junto al testimonio rendido en juicio, las declaraciones otorgadas por la víctima a la psicóloga y a la médica forense, al considerar que «estos medios de prueba (...) no solo fueron válidamente decretados e incorporados al acervo probatorio con las ritualidades procesales pertinentes, sino que en su momento fueron ratificados por aquellas profesionales».

Y con fundamento en ello, las instancias estimaron creíble, en los aspectos esenciales, el relato ofrecido por M.N.C., concluyendo que:

«El dicho de la niña en lo esencial se muestra consistente, unívoco y coherente, habida cuenta de la consignación además de las razones de su dicho, como acontece por ejemplo con lo concerniente al tamaño del órgano genital masculino, la posibilidad de extracción por la bragueta, la presencia de flujo seminal, su sabor y la provocación de náuseas, las posiciones que en su caso facilitarían tan particular consumación delictiva, amén de la espontaneidad y concordancia que en lo esencial comporta su relato durante la misma audiencia de juicio oral»⁴.

Advirtiendo que en las entrevistas recibidas por la psicóloga Edna Idalí Moreno y la médica Jacqueline Cangrejo, M.N.C. especificó que «fue víctima de felaciones e incluso de la presencia de líquido seminal en su boca»⁵, por lo que insinuaciones como la posible contaminación del testimonio de la menor «no solo fulgen como simples conjeturas por parte del acusado en su legítimo propósito de defenderse, sino que de provenir de una escueta percepción visual o imaginativa no acompañarían de agregados como el de la invasión del paladar y su molesta sensación bucal y de arrojo estomacal»⁶.

Lo anterior evidencia que las instancias incurrieron en un falso juicio de legalidad al apreciar y valorar las versiones rendidas por M.N.C. con antelación al juicio oral, puesto que, a diferencia de lo consignado por el Tribunal, éstas fueron incorporadas con desconocimiento del procedimiento

⁴ Fl. 82 y 83 C. Tribunal

⁵ Fl. 80 C. Tribunal

⁶ Fl. 87 C. Tribunal

establecido para ser tenidas como pruebas y por ende no podían ser valoradas para soportar la condena de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA.

Con ello, desatendieron los juzgadores que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 sólo pueden ser tenidas como pruebas las practicadas en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento, con satisfacción de los principios de publicidad, contradicción y confrontación y, sólo de manera excepcional las versiones rendidas por los testigos fuera de esa audiencia pueden ser valoradas cuando se trate de pruebas anticipadas o pruebas de referencia, con el cumplimiento del debido proceso probatorio.

Y si el propósito de emplear esas versiones anteriores al juicio, rendidas por los testigos, es la de ser empleadas para impugnar credibilidad, en igual forma, la parte que lo requiere debe solicitarla como tal e introducirla en debida forma, garantizando con ello el respeto al debido proceso probatorio, la inmediación y el derecho de contradicción.

En este caso, las declaraciones que M.N.C. otorgó a la médica y a la psicóloga, evidentemente no tenían la condición de prueba de referencia ni de prueba anticipada, no sólo por la ausencia de las condiciones para ser tenidas como tal, sino porque así no lo solicitaron las partes, razón por la que las instancias no podían valorar su contenido.

Además, a pesar de que M.N.C. estuvo disponible para declarar en juicio, al punto que respondió todas las preguntas

formuladas en el interrogatorio cruzado, ninguna de las partes confrontó a la menor sobre las versiones otorgadas anteriormente (y que fueron incorporadas en el juicio por las profesionales que las recepcionaron), ni le fue puesto de presente su contenido para controvertirlo o para reafirmarlo a través de la impugnación de credibilidad o del proceso de refrescar memoria.

Con ello, no desconoce la Sala que la menor víctima al rendir su declaración en juicio contaba con solo 8 años y, sobre ella recae una protección especial derivada de la primacía constitucional de sus derechos, tal como lo consagra el artículo 44 de la Constitución Política, pero al haber sido ofrecido su testimonio en juicio era deber de las partes procurar la revelación de aspectos de especial relevancia para el caso, guardando el cuidado de no revictimizarla.

Con razón ha explicado esta Sala que cuando la víctima de un delito sexual es menor de edad, las autoridades judiciales están obligadas a brindarle una especial protección, sin embargo «ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en normas con fuerza constitucional»⁷.

Así las cosas, como las declaraciones anteriores al juicio rendidas por M.N.C. no fueron incorporadas respetando el debido proceso, es claro que las instancias no podían valorarlas, pues no se cumplieron con los presupuestos de incorporación

⁷ CSJ SP4762-2020, Rad.54816, reiterando lo dicho en SP2709-2018, rad. 50637; SP934-2020, rad. 52045; SP4103-2020, rad. 56919, entre otras

previstos por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia para ser consideradas como prueba de referencia, prueba anticipada, testimonio adjunto (en los términos establecidos por la Sala Mayoritaria de esta Corporación) o como herramienta para impugnar credibilidad.

Advierte la Sala que si era de interés de la fiscalía que se conocieran los hechos relatados por M.N.C. a estas especialistas, en tanto que fortalecían su teoría del caso, o de la defensa, para cuestionar las contradicciones a las que ahora alude, debieron agotar el debido proceso, aduciendo en debida forma dichas declaraciones y solicitar al juez su debida incorporación, permitiendo el ejercicio del derecho de contradicción.

Bajo estas consideraciones, la corrección de ese yerro impone a la Corte proceder a la valoración de las pruebas legalmente incorporadas al proceso, sustrayendo las manifestaciones previas de M.N.C. a la médica forense Jacqueline Cangrejo y a la psicóloga Edna Idalí Moreno, advirtiendo que las críticas efectuadas por el demandante en torno a las eventuales contradicciones en las que incurrió la menor en sus diferentes versiones anteriores al juicio son inadmisibles y por tanto no serán objeto de estudio en este fallo.

4. Atendiendo esta precisión, corresponde a la Corte establecer si, como lo indicó el demandante, el *ad quem* erró en el ejercicio valorativo de la prueba y por ende dio por demostrado en grado de certeza la responsabilidad de

NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, cuando tal conclusión no se podía extraer del análisis conjunto de la prueba.

Pues bien, destacó el Tribunal que al ser la víctima una menor de edad que fue agredida en su libertad, integridad y formación sexual, era necesario realizar un «juicio de valor que consulte sus condiciones personales, su grado de desarrollo cronológico e intelectual, su personalidad y el entorno familiar y social, así como los demás factores que de una u otra manera puedan llegar a influir en sus percepciones y expresiones procesales»⁸ y advirtió que el testimonio de la víctima debía ser valorado «bajo el tamiz de la sana crítica, integrándola con los demás elementos de convicción»⁹.

Pese a estas aclaraciones preliminares, lo que observa la Sala es que el Tribunal no efectuó una valoración crítica del testimonio ofrecido por M.N.C. y erró al estimar que de él podía extractarse, con pleno convencimiento, que NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA era el responsable de las conductas sexuales desplegadas en contra de la menor y que existían pruebas de corroboración que soportaban el grado de certeza para emitir condena, pues una rigurosa evaluación del testimonio de la niña sólo genera incertidumbre, la que no se supera al confrontarla con otros medios de prueba.

En efecto, en desarrollo del juicio oral se escuchó la declaración de M.N.C. quien afirmó que sus padres la cambiaron de colegio porque un día estaba jugando con un compañero detrás de un balde y el profesor NICOLAS

⁸ Fl. 25 C. Tribunal

⁹ Fl. 26 C. Tribunal

GUTIÉRREZ RIVERA, que estaba allí escondido, le tocó la vagina, lo que ocurrió varias veces en el salón, el pasillo «amarillo», los baños y en el teatro.

Explicó que el acusado la tocaba con las manos y con el pene, siempre por debajo de su ropa interior y, cuando lo hacía con el miembro viril, él se «hacía un hueco en el pantalón (...) o sea se hacia un espacio»¹⁰ y se lo ponía en su frente, en la nariz, en las «muelas», en el cuello, en la espalda, la barriga, las piernas, los pies y en la vagina, además, señaló que en varias ocasiones le introdujo el pene en la boca, reiterando que todo ello ocurrió cuando estaban sentados, de pie y acostados en el piso, en el salón, en el pasillo «amarillo», en la parte exterior de los baños y en el teatro.

Informó que tales conductas ocurrieron en la jornada de la mañana, «todos los días»¹¹, sin lograr precisar si se efectuaron durante el horario de clases y sin dar cuenta de la ubicación de sus compañeros de curso mientras tales tocamientos se desarrollaban, afirmando solamente que ellos no presenciaron lo ocurrido.

Al ser indagada sobre las personas que vieron esos hechos expresó que «el profesor Miguel Bernal y la profesora Mercedes y la profesora Estela y la profesora Aleida y una Hermana que cuidaba a los pequeños, que se llama Elba»¹² se dieron cuenta varias veces «de lo que el profesor Nicolás me hacía»¹³, esto es, que

¹⁰ Rec. 16. 19 juicio oral 9 de febrero de 2017. Audio 1

¹¹ Rec. 32.54 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

¹² Rec. 18.42 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

¹³ Rec. 21.31 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

«el profesor Nicolás me estaba tocando la vagina y poniendo el pipí en la boca»¹⁴ y le decían «que no lo hiciera o si no lo llevaban a la cárcel y que yo contara»¹⁵, además que «el profesor Juan Carlos le dijo que no lo hiciera y después él lo empezó a hacer otro día, el profesor Juan Carlos Palacio»¹⁶.

Indicó que NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA siempre la amenazó con hacerle daño a ella y a su familia si contaba lo ocurrido, por lo que guardó silencio, pero le contó a su mamá porque insistentemente le decía que si le había pasado algo tenía que contar.

A partir de esta declaración, el Tribunal, en unidad de criterio con lo expuesto por el juez de primer grado, excluyó por «ilógico» e «increíble» el contenido del testimonio de M.N.C., en lo que atañe a la participación de otro profesor en los tocamientos de contenido sexual y de la observación que de estos hechos tuvieron varios profesores.

Al respecto señaló:

«Ahora bien, desde luego que el ulterior fenómeno que explotan los recurrentes al evidenciar que M.N. durante la audiencia de juicio oral refirió que otros profesores vieron o se percataron de las afrentas sexuales e incluso que otro docente coparticipó en su ejecución, estos son dos aspectos coyunturales posteriores que en principio suscitan inquietudes procesales y de credibilidad del aserto de la infante, tanto por el complemento

¹⁴ Rec. 56.42 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

¹⁵ Rec. 20.03 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

¹⁶ Rec. 22.18 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

que de suyo representan como por lo inusitado y la ilógicidad que comportan, pero respecto de los cuales debe indicar aquí la sala que cabalmente esa misma excepcionalidad y el transcurso del tiempo entre una y otra versión (7 meses), así como otros factores de incidencia personal en la ofendida, son los que a su vez conducen o posibilitan en sana crítica o valoración probatoria para su exclusión procesal y los inherentes efectos de demérito expositivo que prima facie parecieran conllevar, en la medida en que, en verdad, por una parte, nadie ejecutaría tales actos en público, y de otra, en el evento de “realmente” haber existido testigos de ellos u otros actores en su ejecución, de ser así, la niña lo hubiera manifestado en su primera entrevista en donde señaló ya a Nicolás Gutiérrez como autor, y habría individualizado al otro u otros “docentes”, de suerte que si no lo hizo fue porque en realidad ninguno de esos dos fenómenos tuvo ocurrencia y su posterer (sic) mención en la audiencia se puede explicar como derivada de las múltiples exposiciones y entrevistas psicológicas a las que asistió, del tratamiento psicológico posterior, ora de los también probables comentarios y referencias en el seno mismo de la familia, del desarrollo del presente proceso, etcétera, pues, recaba el Tribunal con el a quo, de no ser por estas dos circunstancias o agregados expositivos, por lo demás el dicho de la niña en lo esencial se muestra consistente, unívoco y coherente»¹⁷ (subrayas fuera de texto).

Aunque la Sala comparte la conclusión a la que arribaron las instancias, en este aspecto, en tanto que señalamientos como los efectuados por la menor sobre la participación del cuerpo docente, bien como testigos ora como autores de las conductas investigadas, no soporta una valoración crítica y racional, no puede decirse lo mismo de la consideración a la que arribó el *ad quem*, sobre «la conductencia

¹⁷ Fl. 82 C. Tribunal

incriminatoria y [que] su credibilidad persiste en la esencialidad de la conducta que refiere la niña M.N.»¹⁸, pues lo que se extracta de la declaración rendida en juicio por la menor es que no existe certeza sobre aspectos centrales del relato como las condiciones temporales y espaciales en la que se ejecutaron los ataques sexuales en contra de M.N.C. y no existen elementos de prueba de corroboración periférica, tal como pasa a verse:

4.1 Condiciones temporales, espaciales y modales de la agresión sexual sufrida por M.N.C.:

M.N.C. fijó la ocurrencia de los hechos «todos los días»¹⁹, en la jornada de la mañana, dentro de las instalaciones del Colegio Hogar Veracruz, donde cursó el grado 2°.

A partir del dicho de Diana María Isabel Camacho Naranjo, progenitora de M.N.C., se conoció que la menor ingresó a la institución educativa la primera semana de febrero de 2016 y permaneció allí hasta el 22 de julio del mismo año, cuando se conocieron los hechos de los que fue víctima.

Explicó Diana María Isabel Camacho Naranjo que inicialmente la jornada escolar de M.N.C. empezaba a las 6:30 am y culminaba a las 4:30 pm, sin embargo, al advertir que la niña cambió su comportamiento, se tornó irritable, aislada y lloraba todo el tiempo, el 22 de febrero de 2016,

¹⁸ Fl. 83 C. Tribunal

¹⁹ Rec. 32.54 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 1

solicitó por intermedio de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, asesoría con la psicorientadora, quien después de valorar a su hija determinó que no había nada anormal en ella y que sólo se trataba de timidez, por lo que al subsistir la misma actitud en la menor, decidió en el mes de marzo de 2016 suspender la jornada extra de la tarde, por lo que entre marzo y julio de 2016 el horario de clases de M.N.C. fue de 6:30 a.m. a 1:00 p.m.

Así, es claro que las conductas endilgadas a NICOLAS GUTIÉRREZ RIVERA, sólo pudieron llevarse a cabo en la jornada comprendida entre las 6:30 a.m. y la 1:00 p.m., sin que se pudiera determinar en la práctica probatoria en qué espacio de la mañana tenían lugar tales actos, omisión que reviste especial importancia porque de acuerdo con las declaraciones ofrecidas por la Hermana rectora María Elvira Castañeda y las docentes Mercedes Ovidia Pomares Rangel, Luz Stella Franco Gómez y el mismo acusado, el horario de clases que manejaba la institución educativa era bastante «apretado».

Al respecto señaló la Hermana María Elvira Castañeda que todos los docentes ingresaban a las 6:15 am y culminaban su labor a las 2:30 pm. Luego de hacer la oración de la mañana, las clases iniciaban a las 7:00 am y terminaban a la 1:00 p.m., con un descanso comunitario para docentes y alumnos entre las 9.00 am. y las 10:00 am.

Precisó que NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA era el director de curso del grado 2ºA y era el encargado de dar

clases de sistemas y sociales a todos los cursos, por lo que no era factible que tuviese espacios libres, pues mientras cambiaba de clase debía recoger sus libros, organizar al grupo y llevarlo al salón que correspondiera y, terminada la clase tenía que volver a organizar a los alumnos y retornarlos al salón para continuar con otras clases.

Por su parte, Luz Stella Franco Gómez profesora de ciencias naturales, educación física y Coordinadora de Convivencia, en el año 2016, informó que la intensidad horaria de los docentes en la Institución Educativa Hogar Veracruz era de 30 horas semanales, por lo que «no hay docentes libres, todos los docentes están en su respectivo lugar, a la hora de clase no queda ningún docente»²⁰ y el descanso se tomaba al mismo tiempo con los alumnos.

Así mismo, explicó el acusado que su jornada laboral iniciaba a las 6:15 am y culminaba a las 2:30 pm., y era extensa, pues tenía asignadas las cátedras de lengua castellana, sistemas y sociales, desde transición hasta 5°, además de ser el director de grupo de 2° A.

Luego de detallar el horario de clases informó que tenía 1 hora libre el miércoles, la que destinaba para la atención a padres de familia y las 2 últimas horas del jueves, esto es, entre las 11:00 y 12.30 a.m., las que eran empleadas para reparar los equipos de cómputo de la sala de sistemas y de la sala de profesores.

²⁰ Rec. 2.32.47 juicio oral 9 de marzo de 2017, sesión 3

De lo dicho por el acusado, se advierte que, si las conductas sexuales por él ejecutadas se llevaban a cabo durante el desarrollo de las clases, ello, sólo podría ocurrir en los espacios libres que tenía NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA el miércoles y el jueves, pues el resto de la jornada estaba impartiendo las clases asignadas, a las que según informaron la Coordinadora de Convivencia y la Hermana Rectora, no dejó de asistir, ya que nunca tuvo un llamado de atención.

Ubicados en este escenario temporal, no es claro cómo el acusado pudo desarrollar tales conductas si lo acreditado en juicio fue que para el año 2016 tenía una gran carga laboral y el único lugar donde podía desarrollar tales actos, sin ser fácilmente descubierto era la sala de sistemas donde permanecía en su horario libre, siendo que este espacio no fue si quiera mencionado por la menor como uno de los escenarios en los que fue víctima de la agresión sexual.

Y se descarta que en horario de clases tales conductas pudieran desarrollarse en el salón, en el pasillo «amarillo», en los baños y en el teatro, pues, en primer lugar, de haber tenido lugar en el salón, la primera duda que surge es dónde estaban los demás alumnos, ya que según lo refirió la Hermana rectora, si el grupo de estudiantes tenía que movilizarse a otro lugar para el desarrollo alguna actividad académica, era organizado y conducido por el profesor responsable de la clase, por lo que entiende la Sala que ante la ausencia de una estudiante, el profesor encargado lo hubiese echado de menos y reportado, lo que de acuerdo con

la práctica probatoria no ocurrió con M.N.C., de quien los profesores afirmaron no haber tenido nunca inconvenientes ni llamados de atención.

Asumiendo que el acusado aprovechó el cambio de clase o la soledad del salón, por alguna circunstancia, para desarrollar los aludidos actos de contenido sexual, para la Sala tampoco existe claridad de cómo se llevaron a cabo sin ser sorprendidos por la comunidad educativa, más cuando M.N.C. indicó en juicio, que los mismos tenían lugar estando de pie, sentados y acostados en el piso; posiciones que sin lugar a dudas llamarían la atención de los espectadores que fácilmente podían observar a través de las ventanas que del salón de clases permitían visibilizar el pasillo «amarillo», el que, por demás, según lo explicaron las docentes y la misma progenitora de la víctima, separaba al salón de 2ºA de 2ºB.

En esa misma línea, surge en la Sala la duda de cómo tuvieron lugar los tocamientos de contenido sexual y la felación por parte del acusado en el pasillo «amarillo» si según lo describió la progenitora de M.N.C. era un espacio que comunicaba a varias dependencias del colegio y, que a voces de M.N.C., por allí circulaban profesores y alumnos.

De manera detallada explicó la Hermana rectora María Elvira Castañeda que el pasillo «amarillo» era paso obligado de la comunidad religiosa y allí estaban ubicados 4 salones, la capilla y la oficina de la trabajadora social, quien solo se ausentaba un día a la semana, por lo que estima la Sala que aventurarse a pensar que mientras otros docentes impartían

la clase o la trabajadora social estaba presente, NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA ejecutaba las conductas ya descritas en contra de M.N.C. sin ser descubierto, es algo inimaginable, más cuando la Hermana rectora y la profesora Mercedes Pomares Rangel fueron enfáticas en señalar que los salones siempre permanecían con la puerta abierta y había visibilidad hacia el pasillo.

La posibilidad de que los hechos tuvieran lugar en los baños, también genera incertidumbre para la Sala, pues de acuerdo con las explicaciones otorgadas por la profesora Mercedes Pomares Rangel, las que fueron confirmadas por la Hermana rectora María Elvira Castañeda, no era fácil que un alumno deambulara por el colegio sin que se le llamara la atención y cuando solicitaban permiso para ir al baño se les enviaba uno por uno para controlar el tiempo y si tardaba más de lo normal, el docente acudía a la Coordinación de Convivencia para buscarlo, además si estaban en horario de clase «el niño pedía permiso, podía yo estar en los salones de arriba y como queda en frente los baños, uno se da cuenta si el niño se demora (...) los ventanales son muy grandes, la puerta permanece abierta, uno se da cuenta inmediatamente»²¹.

Igual dificultad se aprecia respecto de los hechos ocurridos en el teatro, pues la profesora Mercedes Pomares Rangel indicó que este lugar permanecía cerrado y la profesora Fanny era la única que tenía las llaves, las que entregaba previa revisión del auditorio, de suerte que, estima la Corte que no era un espacio de fácil acceso y libre

²¹ Rec. 2.09.21 juicio oral 9 de marzo de 2017, sesión 3

disposición para que el acusado condujera a la víctima a este lugar con frecuencia, pues generaría sospecha que el profesor requiriera el uso del lugar sin que existiera una actividad programada.

Ahora bien, de asumirse que las conductas de contenido sexual las desplegaba el procesado en el salón, el pasillo «amarillo», los baños y en el teatro, cuando la comunidad escolar disfrutaba de la hora de descanso, para la Sala tampoco existe soporte probatorio que permita arribar en grado de certeza a esta conclusión, pues no puede dejarse de lado que la Hermana rectora María Elvira Castañeda, la Coordinadora de Convivencia Luz Stella Franco Gómez y la profesora Mercedes Pomares Rangel fueron enfáticas en afirmar que existía un riguroso control en ese espacio para evitar que los niños se dispersaran.

Al respecto informó la Hermana rectora que, de acuerdo con el reglamento, a la hora del descanso todos los niños debían permanecer en la cancha en compañía de los profesores, pues estaba prohibido que se quedaran en los salones, por lo que, para hacer cumplir esa norma, ella y la Coordinadora de Convivencia hacían permanentemente rondas tanto en el primer piso como en el segundo.

Explicó que el educador encargado de la clase que había culminado llevaba a los alumnos a la cancha y allí, todos los profesores estaban organizados en pareja vigilando a los niños y, en el caso de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA,

cumplía su función de vigía con la profesora Fanny Rodríguez en el patio cubierto ubicado en la misma cancha.

Así las cosas, no es claro para la Sala cuál habría sido la oportunidad del acusado para desarrollar las conductas atribuidas, en el horario de descanso, si, de una parte, tanto la Hermana rectora como la Coordinadora de Convivencia permanecían haciendo rondas por las instalaciones del colegio, las que a voces de los docentes, no era de grandes dimensiones y, de otro lado, existía una rigurosa división entre los profesores para cumplir la labor de vigilancia en el descanso.

Estima la Sala que, de haberse ausentado el acusado con frecuencia, su pareja en el sistema de vigilancia lo habría informado a la Hermana rectora y, sus compañeros fácilmente lo hubiesen percibido, pues como lo afirmó el procesado y lo confirmaron las demás docentes, el lugar donde disfrutaban del descanso era pequeño y permitía la visibilidad entre las parejas de docentes.

En este punto, conviene señalar que el *a quo* (consideraciones integradas al fallo de segundo grado por virtud del principio de inescindibilidad) restó mérito a la credibilidad de los testimonios ofrecidos por la Rectora, la Coordinadora de Convivencia y las docentes del colegio, por considerar extraño que activaron la ruta de convivencia e informaran al ICBF cuando M.N.C. acusó inicialmente a su compañero D.N. de haber sido el responsable de las agresiones sexuales, mientras que consideraron extraño e imposible que el

profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA fuera el autor de tales hechos.

No obstante, la Sala se aparta de esta conclusión y por el contrario estima que los testimonios ofrecidos por la Hermana María Elvira Castañeda, la profesora Mercedes Pomares Rangel y la Coordinadora de Convivencia Luz Stella Franco Gómez son completamente dignos de crédito, no sólo porque no se advierte en ellas un interés de favorecer al procesado, como parece entenderlo el *a quo*, sino porque sus declaraciones fueron consistentes, coherentes, detalladas, basadas exclusivamente en su conocimiento personal y profesional y se limitaron a explicar lo que normalmente acaecía en sus jornadas laborales y cómo eran las instalaciones del colegio, sin emitir apreciaciones subjetivas tendientes a resaltar las cualidades del acusado.

Y en todo caso, la argumentación presentada por el *a quo* carece de soporte probatorio, pues no es cierto que las testigos hubiesen actuado de forma diferente ante las situaciones denunciadas por M.N.C., ya que como lo indicaron dichas testigos y la psicorientadora Edna Gabriela Torres Olarte, e incluso así lo reconoció la madre de la víctima, en el colegio sólo conocieron la acusación inicial que M.N.C. hizo en contra de un compañerito del salón, sin llegar a enterarse que la menor había variado su versión, sindicando al profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ como el responsable de las conductas sexuales cometidas en su contra, hecho que conocieron a partir de la captura del docente.

Ahora bien, a la luz de las pruebas practicadas en juicio, es evidente que la Sala no puede respaldar la afirmación del Tribunal consistente en que:

«[N]o solo es posible que en un pasillo o en cualquier aposento de un inmueble o de una institución educativa haya ciertos lugares y determinados momentos de la jornada académica en donde se puedan desarrollar tales actos, sino que también por virtud de su misma naturaleza es factible su rápida y/o fugaz realización, o el aprovechamiento de simples instantes de tiempo para ello, por lo que en ese sentido las atestaciones de la ofendida merecen ser atendidas y resultan creíbles, máxima cuando la mayoría de los actos referidos apuntan a tocamientos vaginales cuya momentaneidad permite esa múltiple y repetida ejecución y locación, no así lo atinente a la felonía bucal, en cuyo evento la misma niña alude al pasillo amarillo y al baño y especifica algunos de los pormenores ejecutivos (sic) ya mencionados»²².

Tal consideración, no sólo es descontextualizada y contradictoria, sino que se aparta totalmente de lo informado por la prueba practicada en juicio.

No discute la Sala que en una institución educativa pueden existir espacios físicos y temporales en los que estudiantes y docentes puedan pasar desapercibidos y llevar a cabo prácticas sexuales de cualquier naturaleza, sin embargo, lo que arroja la prueba en este caso particular es que el colegio en el que ocurrieron los hechos contaba con un

²² Fl. 84 C. Tribunal

estricto sistema de vigilancia para evitar que niños o profesores deambularan por la institución.

Además, aun siendo falibles esas medidas, como puede ocurrir, lo cierto es que, a diferencia de lo postulado inicialmente por el Tribunal, las conductas atribuidas a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA no se desarrollaron en cualquier espacio, sino que M.N.C. en su relato las limitó al salón, el pasillo «amarillo», los baños y el teatro; lugares que como se indicó en precedencia resultaban de difícil acceso para efectuar las prácticas sexuales relatadas por la menor.

A ello agréguese que, a diferencia de lo indicado por el Tribunal, los tocamientos denunciados por M.N.C. no obedecieron a simples tocamientos rápidos o a roces en la zona vaginal que pudiera desarrollar el acusado en lugares visibles para toda la comunidad estudiantil, sino a conductas como la introducción del dedo en la vagina y cola de la niña, el tocamiento con el pene en su frente, en la nariz, en las «muelas», en el cuello, en la espalda, la barriga, las piernas, los pies y en la vagina, lo que por demás hacía con el miembro viril exhibido a través de la bragueta del pantalón y en posiciones como estar sentado, de pie y acostado en el piso, todas ellas acciones que requieren al menos unos minutos para su realización.

Ello sin contar con las prácticas de sexo oral a las que fue sometida M.N.C., y que en su dicho también ocurrieron en el salón, el pasillo «amarillo», los baños y el teatro.

Si bien en los casos de delitos sexuales cobra especial importancia la versión rendida por la víctima, dadas las condiciones de clandestinidad en las que se presentan normalmente estos episodios, ello no implica que el juzgador puede desatender los criterios de valoración del testimonio contenidos en los artículos 380 y 404 del C.P.P., por el contrario, de manera reiterada, esta Corporación ha insistido en el deber del funcionario judicial de efectuar una valoración conjunta de los medios de prueba con el fin de arribar a una corroboración periférica de los hechos, labor que desatendieron las instancias, pues lejos de verificar la coherencia interna y externa de dicho de la menor, se limitaron a hacer valoraciones abstractas que desconocen lo probado en juicio.

4.2 Carencia de prueba de corroboración periférica:

Como se estaba indicando, en esta clase de hechos, amparados normalmente por la clandestinidad, la Sala ha considerado que para valorar el testimonio de las víctimas de delitos sexuales es necesario apoyarse en pruebas que confirmen aspectos sustanciales de su dicho, lo que se logra a través de la corroboración periférica, lo que no es otra cosa distinta a datos que sirven para confirmar su versión, los que a modo enunciativo ha señalado la Sala pueden tratarse de criterios como «(i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado²³; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual²⁴; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de

²³ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

²⁴ idem

los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros»²⁵.

En este caso, no es posible sostener la existencia de prueba de corroboración periférica que respalte completamente el dicho de M.N.C., por el contrario, como se explicó en líneas precedentes, la valoración conjunta de las pruebas no permite establecer más allá de duda razonable que las circunstancias temporales, modales y espaciales corresponden a la narración ofrecida por la menor en juicio.

Aun cuando Dina María Isabel Camacho, madre de la víctima, dio a conocer cambios comportamentales en su hija, en este caso, la prueba no permite concluir que estuvieran asociados directamente a las conductas sexuales cometidas su contra por el acusado, pues la psicorientadora del colegio, Edna Gabriela Torres Olarte afirmó que en marzo de 2016 (antes de conocerse los hechos objeto del proceso) por solicitud de la progenitora le practicó a la menor un test de la familia y una entrevista, pero no encontró nada anormal, más allá de considerar que era tímida, además que «tenía como un alejamiento con el padre (...) lo cual se trabajó en sesión con ella y luego con los dos, con papá y mamá»²⁶.

Por lo que aun cuando la práctica judicial enseña que los cambios comportamentales de la víctima son indicativos de la existencia de un abuso sexual, en este caso, no se logró

²⁵ CSJ SP3332-2016, Rad.43866

²⁶ Rec. 12.21 juicio oral 9 de marzo de 2017, sesión 3

establecer que los mismos estuvieran relacionados exclusivamente con las conductas punibles atribuidas a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, pues sobre la relación que éste tenía con su alumna no se profundizó y no fue objeto de análisis por parte de la psicorientadora en aquella oportunidad.

Aunado a ello, no puede desatenderse que la Hermana María Elvira Castañeda y la Coordinadora de Convivencia Luz Stella Franco Gómez señalaron que M.N.C. era la mejor de su curso, incluso al ser indagada la víctima en juicio sobre cómo se sentía en el Colegio Veracruz, expresó que se sentía bien. Situaciones que, aunque no demeritan los hechos, tampoco ofrecen respaldo significativo para apoyarlos, pues ninguna manifestación de rechazo o repulsión en contra del procesado manifestó la menor en juicio, como para poder asociarla a una respuesta negativa derivada de las agresiones sexuales.

Ahora bien, aunque Diana María Isabel Camacho Naranjo ofreció en juicio un amplio y detallado relato sobre los hechos revelados por su hija, su testimonio no puede ser considerado como prueba de corroboración periférica, pues más allá de confirmar el relato de la niña, lo que presentó fue una serie de hechos extraños a la acusación, tales como los presuntas conductas de contenido sexual desplegadas por gran parte del cuerpo docente, incluida la Hermana Rectora y el Sacerdote que acudía al Colegio a realizar la eucaristía o que el profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ en compañía de estas personas obligara a M.N.C. a hacer poses sexuales para la toma de fotografías con contenido pornográfico, o la agresión

física y verbal de la que era víctima M.N.C. cuando NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA llevaba a cabo los tocamientos sexuales y la felación.

Sumado a ello, pese a que la progenitora de la víctima informó que aun después de recibir tratamiento psicológico, M.N.C. «está empezando a hacerle las mismas cosas que a ella le hacían pero a la hermanita, entonces le enseña a la hermanita a hacer posiciones, le besa la vagina y le hace todas esas cosas con la hermanita de 3 años (...) la niña también me dice que le tomaban fotos y movían su celular, que ella debía abrir las piernas, que ella debía poner la pierna contra la pared, mostrar sus genitales, mirar a la cámara y que las personas que indiqué anteriormente tomaban fotos con su celular y movían el celular, es decir, la grababan y ella con la hermanita hace eso, enseñarle posiciones, besarle los genitales a la hermanita»²⁷; lo que en principio evidenciaría una afectación emocional capaz de corroborar la agresión sexual denunciada por M.N.C., en tanto que demuestra que pese a su edad ha tenido contacto con actos erótico sexuales, sin embargo, para este proceso, no puede ser tenida como un dato de corroboración periférica porque los actos indicados por Diana María Isabel Camacho difieren, no sólo de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la acusación a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, sino que nunca fueron revelados por la menor en sede de juicio oral.

En ese sentido, la Corte no encuentra elementos que confirman más allá de toda duda razonable, datos que permitan otorgarle credibilidad al señalamiento que M.N.C.

²⁷ Rec. 36.33 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 3

hizo en contra de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, por el contrario subsisten dudas sobre cuándo ocurrieron los hechos, dónde se llevaron a cabo, en qué consistieron esas conductas de contenido sexual padecidas por M.N.C. y atribuidas a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, pues a diferencia de lo indicado por el Tribunal, el señalamiento en su contra no fue exclusivo ni unívoco.

Valga señalar sobre este último aspecto que según lo indicaron Diana María Isabel Camacho Naranjo, la Hermana María Elvira Castañeda, la psicorientadora Edna Gabriela Torres Olarte y la Coordinadora de Convivencia Luz Stella Franco Gómez, el 22 de julio de 2016, M.N.C. le informó a su madre que su compañero D.N. le introdujo el dedo en la vagina y en la cola y luego lo olió y lo chupó, lo que generó por parte de las directivas de la institución educativa la activación de la ruta de convivencia para atender unos hechos que involucraban a dos estudiantes del grado 2A.

Ante el asombro de las directivas del colegio, por los hechos aberrantes y por la negación que D.N. hizo respecto de esos actos, el 28 de julio de 2016, Diana María Isabel Camacho Naranjo habló con su hija e insistió que le contara la verdad de lo sucedido, así:

«Le comento lo que me ha dicho a mí la psicóloga, es cuando yo le digo que [D] dice que no ha hecho esas cosas y que además [D] y la familia están muy tristes, que se tranquilice y me cuente si fue otra persona quien realizó esas conductas, esa pregunta yo la hice porque como manifesté previamente la psicóloga me

manifestó que esas conductas eran muy elaboradas como para que las hiciera un niño, entonces yo quedé con la duda, pasan esos días en mi casa y el día jueves 28 de julio estoy jugando con mi hija y ella sigue persistiendo en tener miedo y empezamos un juegos de adivinanzas, yo le empecé a preguntar si quien había hecho esas cosas era un niño, alguien grande o un adulto y es cuando la niña me revela en un juego de adivinanzas y empieza a decirme letras, las iniciales y, comienza con la n luego con las y ella misma completa el nombre, yo nunca completó el nombre, cuando le pregunté que cuál Nicolás me dice que su profesor Nicolás el director de grupo de su colegio»²⁸.

Proceso de revelación que en principio podría entenderse por el miedo que eventualmente le causaría a una niña de 7 años el delatar a su agresor, quien no sólo representaba una figura de autoridad sino que, según su dicho la amenazaba constantemente, sin embargo, lo que suscita dudas en la sindicación en contra de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA es que a lo largo de su tratamiento psicológico M.N.C. integró a los hechos a otras personas, al punto de involucrar a un segundo docente, como se escuchó en su declaración en juicio.

Así, no puede descartarse de tajo, como lo hicieron las instancias, la posibilidad de un proceso de alienación o contaminación del testimonio, pues una confrontación crítica de la versión de M.N.C. suscita dudas en el señalamiento directo que hace sobre su profesor NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA.

²⁸ Rec.14.35 juicio oral 9 de febrero de 2017, sesión 3

Sobre el proceso de contaminación del testimonio explicó la psicóloga judicial Jazmín Andrea Guerrero Zapata, que:

«Cuando un testimonio de alguna manera presenta elementos que llevan a pensar que hay características de poca lógicidad, poca coherencia, inexactitudes en el testimonio, es posible pensar que hayan fuentes de contaminación, es decir, niños reciben información por otras fuentes o que hayan estado expuestos a información posterior a los hechos o antes del caso, que de alguna manera cruce o invalide la información que tenga en su memoria, es decir, se contamina esa memoria inicial generándose procesos de confabulación»²⁹.

Y en este caso, en el que la actuación revela que M.N.C. fue sometida a narrar los hechos en múltiples ocasiones, ante su madre, la directora del colegio, la pediatra Eloisa Moncaris González, la psicóloga del CTI Edna Idalí Moreno, la médica forense Jacqueline Cangrejo, las especialistas de la fundación Creemos en Ti y en el juicio oral, era necesario conocer ampliamente cómo se llevó a cabo el proceso de revelación de los hechos y de los autores del mismo, en cada una de esas etapas y con ello establecer la fiabilidad en los señalamientos directos efectuados en contra del acusado, situaciones que no se probaron en juicio.

No desconoce la Sala que lo que demuestra la actuación es que la menor ha sido sometida a un estímulo de contenido sexual que evidentemente la ha afectado, sin embargo, la

²⁹ Rec.36.03 juicio oral 4 de abril de 2017

prueba practicada en juicio no permite establecer más allá de toda duda razonable que fue NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA la persona responsable de ello.

Así, en aras de garantizar el principio de *in dubio pro reo*, la Corte casará el fallo atacado, pero por las razones aquí indicadas, sustituyendo la condena emitida en contra de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con el punible de acto sexual con menor de 14 años agravado, los dos en concurso homogéneo y sucesivo.

Como quiera que NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA se encuentra cumpliendo medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por cuenta de este proceso.

De igual manera, se ordenará al Juez de primera instancia que proceda a cancelar las medidas cautelares personales y reales impuestas al acusado en el presente asunto, así como los registros y anotaciones que este mismo haya originado.

Finalmente, se llama la atención a la Fiscalía para que en casos como éste atienda en sus actuaciones el principio *pro infans*, se evite la repetida e innecesaria exposición de la víctima a procesos de revictimización secundaria e implemente los mecanismos a los que ha hecho alusión esta Sala en decisiones como la SP934-2020.

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:

Primero: **Casar** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de octubre de 2018 y, en consecuencia, **absolver** a NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con el punible de acto sexual con menor de 14 años agravado, los dos en concurso homogéneo y sucesivo.

Segundo: **Ordenar** la libertad inmediata e incondicional de NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA, por cuenta exclusiva de este proceso.

Tercero: **Ordenar** al Juez 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que proceda a cancelar las medidas cautelares reales y personales impuestas al acusado en la presente actuación, así como los registros y anotaciones que se hayan originado.

Cuarto: **Ordenar** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que disponga de las medidas necesarias para garantizar los derechos de la menor M.N.C y haga seguimiento a su caso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase


GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

CUI 11001600007220160078001
Casación 54508
NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

CUI 11001600007220160078001
Casación 54508
NICOLÁS GUTIÉRREZ RIVERA


HUGO QUINTERO BERNATE


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria


51