



SALA PENAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado en la fecha, acta No. 050

Radicado No. 05 001 60 00206 2015 26722

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años, agravado

Procesado: A. A. M. G.

Sentencia de Segunda Instancia No. 010

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Martes, 2 de mayo de 2017. Hora: 08:30 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado A. A. M. G., contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2017 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, a través de la cual lo condenó luego de un juicio oral como autor del delito del concurso de dos conductas constitutivas de actos sexuales con menor de catorce años agravadas.

1. ACONTECER FÁCTICO

El aspecto fáctico del sub iudice se contrae a los siguientes hechos: El día 30 de mayo de 2015, agentes de la Policía Nacional capturan en flagrancia a A. A. M. G., momentos después de que su compañera sentimental S. B. F. V. lo sorprendiera en una de las habitaciones de la residencia tocándole la vagina a su hija YSF¹ de 10 años de edad, de quien el hombre era el padrastro, maniobras erótico sexuales que habrían iniciado en la sala del hogar; razón

¹ Para la protección de la intimidad de la menor de edad afectada en estos hechos, solo se utilizan la iniciales de sus nombres y apellidos.

por la cual la mujer le pidió a su otro hijo K. S. F. que llamara a la policía mientras ella sostenía al agresor para que no escapara a la par que le reclamaba por tocar a la infante a lo que éste respondió que no estaba haciendo nada.

De las investigaciones adelantadas en este caso se desprende que el acusado ya venía incurriendo en este tipo de comportamientos libidinosos contra la menor de edad, solo que en oportunidad anterior, cuando la progenitora de la pequeña regresó de recoger a su otro hijo en el colegio y la encontró afuera de la casa, y esta le dijo que el acusado le había bajado su pantaloneta y había procedido a tocarle su vagina, masturbándose mientras estaba encima de ella y balanceaba su cuerpo rozándola con su miembro viril con un movimiento de arriba hacia abajo, éste habría negado los hechos diciendo que eran inventos de la pequeña. La madre no habría denunciado el incidente anterior por miedo al acusado, quien en ocasión anterior la agredió físicamente.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

El 31 de mayo de 2015 se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal de Medellín con función de Control de Garantías, donde le fue imputado a A. A. M. G. el concurso de delitos de dos conductas punibles constitutivas de actos sexual con menor de 14 años agravadas, conforme a las previsiones del artículo 209 del C. Penal y 211.2 ibídem, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó los cargos.

El cinco de agosto de 2015 la Fiscalía presentó el escrito de acusación conforme a los cargos imputados. Le correspondió por reparto el conocimiento del proceso en la etapa de juicio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento ante el cual se desarrollaron las audiencias preparatoria, de juicio oral, enunciación del sentido condenatorio del fallo, individualización de la pena y finalmente de lectura de la sentencia, esta última efectuada el 23 de febrero de 2017 por una nueva funcionaria quien anunció que el sentido del fallo dictado por su predecesor sería estrictamente respetado tal como lo enseña la

jurisprudencia. La defensa del condenado interpone el recurso de alzada contra dicha decisión, correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Para la a-quo, de las probanzas practicadas en juicio, así como de las estipulaciones logradas por las partes, se puede concluir más allá de toda duda la materialidad de los hechos investigados, así como la responsabilidad que cabe atribuirle al procesado por los mismos.

A pesar de la retractación de la víctima luego de hablar con su madre, su relato inicial es digno de toda credibilidad, solo que ahora se les pretende dar una connotación diferente, dando a entender que la menor se equivocó en su apreciación y malinterpretó la situación que vivió con su padrastro. “Las explicaciones que se dieron en juicio por los menores, sobre los hechos que realmente ocurrieron, se dieron porque fueron influenciados por su madre, debido a la aclaración que le hizo a la niña que no se dieron tocamientos, cuando en realidad sí fueron.”

Para la falladora de primera instancia: “El análisis conjunto de la prueba, permite determinar a la Judicatura, que los hechos existieron, que fueron más allá de una relación filial, que hubo repetición de los actos libidinosos, que los mismos no fueron accidentales, que fueron acciones dirigidas directamente por el acusado a los tocamientos en las zonas íntimas de la menor, independiente de lo que hubiese sentido...”

La versión que suministró la menor en entrevista, fue la misma que expuso ante médico legista y exteriorizó ante los policivos que acudieron a su residencia la data de los hechos. Tampoco se observa un ánimo de vindicación por parte de la menor, por el contrario, tanto ella como su hermano le quieren por proveerlos de todas sus necesidades materiales y porque mientras estuvo entre ellos su madre no tuvo que trabajar.

Quedó demostrado que fue la madre de la menor quien trató de corregirla, indicándole que estos hechos realmente no correspondían a tocamientos; no tiene sentido que la progenitora niegue que observó los tocamientos cuando

su reacción alterada al momento de los acontecimientos demuestra lo contrario, de no ser así, como sucedió en oportunidades anteriores, no le habría creído a la víctima, supuestamente porque la versión era contradictoria. La retractación en este caso, como en muchos otros, se promueve porque el acusado es el proveedor de la familia, sin importar los atropellos contra la dignidad y honor sexual de la víctima.

Se declara a A. A. M. G. penalmente responsable por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravada y se le impone como sanción ciento sesenta y dos (162) meses de prisión, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso; sin sustituto penal alguno, debiendo continuar recluso en el centro penitenciario que determine el INPEC para el descuento de la pena.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Manifiesta el apelante en su escrito de impugnación que la sentencia atacada se fundamentó en prueba de referencia inadmisibles para condenar. Desconociendo la falladora de instancia que en la actual sistemática procedimental penal las entrevistas solo sirven para refrescar memoria o impugnar la credibilidad de los testigos. En esta oportunidad la víctima, su hermano y la madre de los menores manifestaron en juicio que los hechos denunciados nunca ocurrieron, todo se trató de un acto de venganza en contra del acusado por los maltratos que de tiempo atrás venía infligiendo a su compañera sentimental; sin embargo, para la funcionaria judicial se trata de una verdadera retractación, por ello las versiones rendidas en el foro por estos atestantes carecen de credibilidad.

Tampoco se demostró en juicio el argumento expuesto por la judicatura según el cual los referidos testigos están interesados en lograr que el acusado salga de la cárcel por su dependencia económica. De otro lado sostiene el censor que la madre de la víctima no observó los presuntos tocamientos y habría sido inducida a manifestar que si lo hizo, por uno de los gendarmes que acudió al lugar de los hechos para poder judicializar al capturado, tal lo escuchado por el hermano de la víctima cuando se produjo la detención del procesado.

En criterio del togado lo que realmente ocurrió en este caso fue que su prohijado jaló la braga de la menor. De otra parte indica que ni la sicóloga, ni el médico legista que atendieron a la víctima presenciaron los hechos, en consecuencia lo dicho en juicio por estos profesionales es prueba de referencia; pero además el experto expuso claramente que no encontró huellas de agresión sexual en la niña. En criterio del togado no existen “medios probatorios de corroboración”; lo único plausible en este caso es la aplicación del principio in dubio pro reo por duda probatoria que debe resolverse a favor de su defendido.

Por las razones expuestas solicita se revoque la sentencia de condena y en su lugar se dicte fallo absolutorio.

5. SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

Transcurrido y vencido el término de traslado no se allegó intervención alguna como no recurrente.

6. CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer de la alzada.

Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y como consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del acusado ya que la defensa es apelante único.

Previo a adentrarnos en el análisis propuesto, es del caso precisar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 del C.P.P., en el juicio se admitieron una serie de pruebas, tanto estipuladas como documentales y testimoniales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan

sobre hechos relevantes en la presente actuación. Las siguientes fueron las estipulaciones logradas entre las partes:

- *Plena identidad del acusado A. A. M. G., quien se identifica con C.C. Nro. XXXXX de Medellín. Nacido el 5 de agosto de 1979 en el Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia. Hijo de B. E. y A. de J., fallecido. (Ver fls. 27, 28, 29 del expediente: Informe consulta WEB página de la RNEC sobre datos de la cédula de ciudadanía del acusado; Tarjeta de reseña decadactilar; Informe de arraigo familiar, respectivamente).*
- *La minoría de edad de la víctima YSF para la fecha de los hechos. (Ver fl. 30 del expediente: Copia del Registro Civil de Nacimiento de la infante, de la Notaría 28 de Medellín en el que consta que nació el 12 de abril de 2005 en esta municipalidad).*

Es claro que el problema jurídico planteado por la defensa gravita esencialmente sobre el tema de la retractación efectuada por la víctima, su hermano y su progenitora en audiencia de juicio oral, quienes en versiones anteriores consignadas en entrevistas incriminan directamente al acusado, versiones primigenias a la que la directora del juicio dio plena credibilidad, desconociendo, según el letrado, la verdad de lo ocurrido, pues aquellos son claros en que los hechos denunciados nunca ocurrieron, todo se trató de una venganza contra el justiciable por los malos tratos irrogados a su pareja.

Otro aspecto importante según la crítica que formula el censor contra la decisión de primera instancia, es que dicho fallo se habría soportado en prueba de referencia inadmisibles para condenar, pues finalmente la madre de la menor presuntamente afectada aceptó en juicio que no observó los hechos; tampoco los profesionales que atendieron a la pequeña son testigos directos, en consecuencia lo consignado en las entrevistas no puede tenerse como prueba incriminatoria en contra del procesado. En síntesis, según el libelista no existen pruebas con las cuales soportar un fallo adverso en contra del acusado, y a lo sumo de lo investigado afloran serias dudas probatorias que de acuerdo al principio in dubio pro reo deben ser resueltas a favor del justiciable. La funcionaria habría dejado de lado la verdad de lo acontecido develada en con los testimonios rendidos en juicio por los menores y su madre.

Conforme a la problemática jurídica planteada es necesario entonces abordar el tema de la variación de las versiones por los testigos en juicio, aspecto sobre el cual la jurisprudencia enseña que por el solo hecho de existir una nueva versión opuesta a las iniciales afirmaciones inculpativas realizadas por los atestantes, no significa que de plano se rechacen, invaliden o destruyan las manifestaciones anteriores que estos realizaron. En todo caso, le corresponderá al juez el análisis comparativo de las dos declaraciones, abordando su estudio de manera conjunta con los demás medios de persuasión allegados al proceso, para determinar en cuál se dijo la verdad y así reconocerlo en la sentencia, o si ninguna ofrece credibilidad y como tal deben desecharse.

Ante tal disyuntiva probatoria el funcionario judicial debe practicar un discernimiento objetivo y concreto, se itera, a fin de identificar la versión con la cual el testigo dijo la verdad y desechar aquella que considera falsa, incluso desechar ambas si es del caso. Para una correcta sindéresis del tema en cuestión, vale la pena traer a colación extracto de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que al respecto indicó:

“3.2.- En lo que corresponde al inexistente error de raciocinio por haberse otorgado fuerza probatoria al testimonio de (...) quien se retractó de las afirmaciones inculpativas que en forma inicial expresó contra (...) y el otro procesado, debe tenerse en cuenta lo que la Corte ha dicho:

En las sentencias de casación del 9 de noviembre de 1994 (Radicado. 8.887), del 25 de mayo de 1999 (Radicado 12.855), del 4 de abril de 2003 (Radicado 14.636), del 27 de julio de 2006, (Radicados: 25.503 y 24679); esta Sala viene sosteniendo:

La retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (...) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa...”

En una nueva decisión del 21 de febrero de 2007 (Radicado. 23.164), la Corte afirmó:

De acuerdo con el sistema racional de apreciación probatoria, la retractación por sí solo no anula las afirmaciones que en apariciones procesales precedentes haya realizado el atestante, por el contrario, es necesaria una exigencia valorativa adicional a fin de comparar o cotejar sus contradicciones.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, en lo que respecta al juicio establece en el numeral tercero del principio trigésimo tercero que: “En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaraciones de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroborantes de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria” Realce ajeno al texto.

En consecuencia, como la retractación se encuentra íntimamente ligada a la valoración ponderada del testimonio, su análisis no puede ser aislado o apartado del mismo, por el contrario, es una dualidad de expresión donde siempre habrá una versión que se opone, enfrenta o contradice otra.

Los funcionarios que administran justicia deben seleccionar –si a ello hay lugar- una de las dos o excluirlas ambas –según el caso-, pero no por capricho, tozudez o aquiescencia evidente con alguna; se requiere, entonces, un proceso de cotejo entre ellas, el estudio detallado de las explicaciones presentadas en cada una con el fin de imprimirle certeza o incertidumbre, el análisis de los motivos obligatorios o voluntarios para haberla rendido, las razones que lo llevaron a cambiar diametralmente de parecer, junto con la observancia del tiempo transcurrido entre ellas y, el descarte, de incoherencias sustanciales en la versión que se acogerá, pues cuando existe choque de aseveraciones, es deber de la colegiatura sopesar los medios testimoniales bajo una hermenéutica individual y de conjunto, a fin de difundir credibilidad o no a alguna de las dos declaraciones o quizás desecharlas, si ninguna se aviene con los hechos jurídicamente relevantes y el plexo probatorio en general, pero siempre con fundamento en el estudio racional del testimonio, relevado por los criterios de la sana crítica.

Por tanto, jamás podrá ser fundamento incontrovertible, ni menos aún se puede pensar que quien revoca, invalida o rescinde su dicción, plasma la verdad real en su novísimo versión y, por sustracción de materia, debe creérsele contra cualquier contingencia, para de contera, eliminarle, suprimirle o prescindir su anterior declaración; tal proceder jamás será una regla de la lógica, postulado de la ciencia, pauta de la experiencia o del sentido común, para concluir que cuando una persona se retracta, todo lo expresado en sus diversas manifestaciones cognoscentes pierda validez o eficacia probatoria. Deberá, por lo tanto, campear un discernimiento judicial objetivo y puntual, extractado de los diversos medios a fin de determinar con cuál de ellos concuerda, coincide y se aviene la realidad procesal, excluyendo – como es natural- aquellas circunstancias o aspectos divergentes.”² (Negrillas fuera del texto.)

En su jurisprudencia ordinaria la misma Corporación explicó claramente que el hecho de retractarse o variar lo dicho en las entrevistas no es razón suficiente para que lo aseverado por los testigos en esa oportunidad pierda su validez. Así en auto del 27 de julio de 2009, radicado 31.579, señaló el Alto Tribunal:

² CSJ, SP. Auto del 16 de junio del 2010, radicado 33.697, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

"Cuando el testigo – víctima, que en las diligencias de instrucción hace imputaciones de manera certera y concreta, se ve compelido a retractarse en la audiencia del juicio oral por diversas razones, entre ellas las amenazas, corresponde al juzgador apreciar la espontaneidad de la retractación, porque en todo caso, la retractación no es una prueba tarifada sobre todo si aparecen imputaciones certeras a través de reconocimientos, informes, entrevistas, etc.

Ninguna razón asiste al libelista cuando alega que la versión de la víctima – testigo único, en la audiencia de juicio oral y público deja "sin validez lo dicho en la entrevista"; no es cierto que la retractación sea vinculante, sobre todo cuando entraña motivos que repugnan a los objetivos mismos de la Administración de justicia: la libertad, la igualdad, la justicia material, la paz, a la vigencia del orden justo; el juez tiene la carga de develar la espontaneidad de la retractación para otorgarle la validez que alega la parte interesada en ella (Véase, Preámbulo, Arts. 1 y 2 de la Constitución Política)."

Es claro entonces que las varias versiones suministradas por determinado testigo constituyen una unidad discursiva, y como tal deben ser objeto de un análisis conjunto, además con las otras comprobaciones del proceso, esto es con el acopio probatorio practicado en la tramitación, para determinar en cuál de ellas se dijo la verdad, identificando en todo caso el núcleo central básico de su dicho, el cual ayudará a descartar posibles inconsistencias y contradicciones en lo aseverado por parte del testificante. Huelga insistir que el intérprete de la prueba, tal como lo enseña la jurisprudencia³ no podrá descartar a priori, por capricho, tozudez o aquiescencia, una u otra versión, pues como una unidad inescindible debe ser valorada.

"Sea lo primero puntualizar que la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en señalar que las distintas intervenciones de un testigo en una misma actuación procesal, constituyen una unidad inescindible que como tal debe ser valorada, es decir, que no puede predicarse la existencia de tantas declaraciones, como intervenciones haya tenido una misma persona en un proceso, sino que se trata de un único testimonio el cual debe ser apreciado de manera integral con sujeción a los criterios inherentes a ese medio de conocimiento y en forma conjunta con los demás elementos de persuasión allegados, con acatamiento de los postulados de la sana crítica (Decreto 2700 de 1991, artículos 254 y 294; Ley 600 de 2000, artículos 238 y 277).

En relación con el primer planteamiento del demandante, la réplica se advierte desafortunada por cuanto no es verdad que constituya práctica judicial, en eventos de varias intervenciones de un mismo testigo, considerar como verídica siempre la primera cuando resulta contraria a las posteriores ampliaciones. Lo insistentemente sostenido en tales casos por la pedagogía jurisprudencial es que el funcionario no puede a priori descartar una y otra narración, sino que está

³ CSJ, SP. Providencia Rdo. 26.347 del 2 de febrero de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

en el deber de auscultar, con observancia de los parámetros atrás aludidos, el porqué del cambio o modificación de la versión, y en cuál de éstas lo asegurado resulta cierto o verosímil, ejercicio en el que es determinante la corroboración que encuentre el relato con datos objetivamente constatados a través de otros medios de prueba legales y debidamente incorporados en el proceso.”

Siguiendo esta línea de pensamiento expuso:

“Lo importante, cuando de la auscultación del testimonio se trata, es determinar un núcleo central básico a partir del cual determinar que lo trascendente de lo narrado no comporta diferencias sustanciales ni se desdibuja de manera importante con el correr de los días. Ahora, atinente a la retractación, positiva o negativa, el intérprete de la prueba no puede contentarse con advertir, en esa verificación matemática ajena a la sana crítica, que las distintas versiones contrapuestas se eliminan y, entonces, la sola manifestación del fenómeno impone desechar lo dicho. No. La sana crítica obliga del funcionario judicial examinar las distintas aristas, intrínsecas y extrínsecas, que gobiernan las varias versiones, para ver de extraer cuál de ellas lleva la verdad, en el entendido que siempre una y otra atestaciones obedecen a determinada motivación y en alguna, por lo general, se halla la verdad”.⁴

Como se puede ver corresponderá entonces al declarante que se retracta, rescinde, varia, invalida su inicial versión, la carga de demostrarle al director del juicio que con esta no se devela la verdad de lo ocurrido, y que cuenta con un motivo que explica razonablemente la variación diametral de lo dicho en su primigenia declaración. Lógico, el testigo deberá aportar razones convincentes, con las cuales se explique con suficiencia, coherencia y verosimilitud porqué llegado el momento del juicio varió su declaración frente a lo que inicialmente afirmó, pues de lo contrario a la novísima versión se le restará credibilidad y se le reconocerá a la inicial rendida por fuera del debate público, incluso si es procedente ninguna.

Escuchados por el juez los argumentos y la nueva versión del testificante, le corresponderá realizar un juicioso y depurado análisis externo a las mismas declaraciones; además de estudiar dichos elementos de manera conjunta con los otros medios de conocimiento allegados al proceso y de esta forma dilucidar en cuál de las dos declaraciones el testigo dice la verdad, o se itera, si en ninguna lo hace. Por ello, claramente se insiste en que la retractación o la variación en lo dicho por el atestante con anterioridad al foro de fondo, no constituye una prueba tarifada que implique per se la destrucción, el descarte de lo narrado anteriormente, como parece entenderlo la defensa en este

⁴ CSJ, SP. Providencia Rdo. 30.984 del 13 de abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

caso, pues no argumenta más allá de que se le debe dar credibilidad a la nueva atestación realizada por los testigos en el juicio.

En el sub lite es claro que ni siquiera se pudo demostrar con suficiencia, de manera creíble, que existiera un ánimo vindicativo en contra del procesado, por el contrario lo que devela la prueba debatida en juicio es que tanto la víctima, como su hermano le profesan un profundo cariño y sentimiento de agradecimiento, al punto de llamarlo “un verdadero padre”, quien cumplió a cabalidad su papel de proveedor de la familia, supliendo las diferentes necesidades económicas del hogar, llevando los alimentos a la mesa del hogar, suministrando los materiales escolares que los niños requerían, juguetes, etcétera, en síntesis la madre de los menores no tenía que trabajar, y este aspecto es visto con muy buenos ojos por todos los integrantes del grupo familiar.

Al analizar lo dicho por la víctima en la audiencia de fondo, queda en evidencia que se encuentra plenamente convencida de que hizo algo malo al declarar en contra de su padrastro. Esto se le escuchó decir a la menor en juicio: “Yo me encuentro aquí para arreglar las cosas... lo que yo hice mal... declarar contra una persona que es inocente... Yo quiero decir la verdad porque yo no quiero declarar a una persona culpable por mi culpa... él no me hizo nada.” (Sic).

Pero también son varias las probanzas que demuestran que la niña varía diametralmente su versión inicial, negando la existencia del último acto de abuso sexual, luego de atender las “explicaciones” de su madre al respecto, para “aclararle” que no se había presentado el tocamiento que la menor creía, que todo se trató de una errada interpretación de la situación por parte de la víctima que mal interpretó una muestra común de afecto filial de parte del adulto, un acto tan inocente como el abrazar y alzar a una “hija”.

La testigo dijo al respecto que se encontraba en la sala realizando una tarea y el acusado se le acercó y la besó en la mejilla, luego ella le pide permiso a su madre para terminar sus labores escolares al día siguiente; luego se dirigió hasta su habitación en donde sucede el hecho que “tergiversa” su infantil mente:

“Yo fui a mi pieza y él me levantó de acá, del estómago, entonces me alzó y como que me jaló el calzón y yo pensé que era la mano de él pero no fue así... entonces yo fui, me acerque a la puerta de mi mamá, le toqué la puerta, y le dije que Alonso me había tocado porque yo había pensado que había sido la mano de él, pero yo no quise mirar...” (Sic).

Afirma que en el momento de los hechos descritos se encontraba en la residencia familiar, también estaban allí su madre y su hermano; mientras que una vecina escuchó cuando su progenitora regañó al acusado por el acto de abuso. Asevera que los acontecimientos tuvieron lugar a eso de las doce del mediodía, luego fueron al primer piso y le solicitaron a la vecina el teléfono para llamar a la policía. Una vez producida la captura de su padrastro denunciaron inmediatamente los hechos en la Fiscalía, no recuerda exactamente lo que allí expuso, pero sí que dijo lo que había sucedido en la casa, solo que lo contó de una manera distinta. Ante los funcionarios del ente persecutor que el acusado le había tocado su vagina: “porque yo en ese momento no sabía que era mentira...” (Sic).

Sin embargo, algo diametralmente distinto es lo que se puede extractar de su declaración anterior al ser entrevistada, oportunidad en la que afirmó que en uno de los eventos de abuso sexual el procesado metió su mano por dentro de su falda y le tocó la vagina. Utilizada la referida entrevista para refrescar su memoria, relata la testigo varios hechos de abuso sexual cometidos en su contra por el acusado. El primero habría tenido lugar en su anterior casa, cuando se encontraba en la sala del inmueble realizando las tareas escolares y el adulto se le acercó pasando su cabeza por su cuello, y besándola en la mejilla, luego introdujo su mano en la falda, la sube por la entrepierna y solo se detiene ante la repulsa de la niña que asustada se dirige a la alcoba en donde se encontraba su progenitora, para pedirle que le permita terminar con sus deberes luego, a lo que la mujer no accede. Momentos después el padrastro regresa a donde se encuentra la niña y le toca su genitalidad, siendo seguida por el agresor hasta una de las habitaciones en donde la abraza y la carga; allí finalmente es descubierto por la madre de la pequeña justo cuando nuevamente posaba sus manos sobre la vagina de la víctima. Ante los reclamos de la mujer, el padrastro negó los hechos acusando a la niña de mentirosa.

Refiere igualmente la atestante otro evento de abuso sexual que habría tenido lugar el día en que su madre se trasladó de urgencia al colegio por su hermano que se sintió enfermo, mientras ella permaneció en la residencia familiar con su padrastro. Esta oportunidad fue aprovechada por el adulto para llegar hasta la habitación de la menor y colocar su cuerpo encima del de la pequeña, para luego llevarla hasta su propia alcoba y nuevamente someterla mientras realiza movimientos eróticos con su cuerpo, que la menor describe como repetitivos: “de adelante, hacia atrás” (Sic). El único hecho de los tres que narra la pequeña, que finalmente fue denunciado ante las autoridades, pues su madre le creyó y ordenó que llamaran a la policía. Narra otro evento en el que su padrastro, quien dice la pequeña, acostumbraba levantarlos “con cosquillas en el estómago” al llegar del trabajo, a eso de las cinco y media de la mañana, habría tocado su entrepierna con una mano, deslizándola lentamente hasta alcanzar su vagina. Solo en uno de los casos su madre y su hermano no se encontraban en el inmueble.

Continuando con su testimonio explica que dijo mentiras, que fue el calzón el que la rozó, no el acusado: “Fue verdad lo que él me alzó y me jaló el calzón” (Sic). Manifiesta que se encuentra rindiendo testimonio porque quiere aclarar lo que hizo mal. Finalmente acepta que sí ocurrió el último evento de abuso sexual al que hizo alusión, que cuando su mamá le gritó a su padrastro, éste se puso pálido y el hombre la tildó a ella de “mentirosa”. Igualmente dice que existieron actos de violencia intrafamiliar en contra de su madre que no se denunciaron, en todo caso sucedieron antes de los tocamientos. Finaliza el interrogatorio directo de la Fiscalía afirmando que mintió porque desde pequeña le dice muchas mentiras a su hermano, y acota que su padrastro cambió para bien cuando se convirtió al cristianismo.

Responde a las preguntas que a su vez le formula la defensa manifestando que la relación entre sus padres era conflictiva, lo que llevó a su separación cuando ella sólo contaba con 3 años de edad. Que su progenitor era agresivo con todos los integrantes del grupo familiar, no trabajaba, los trababa mal, y por el contrario su padrastro los quiere, los cuida, los ayudaba con las tareas, les compraba materiales de estudio, juguetes, alimentos, y gracias a ello su madre no tenía necesidad de trabajar, contaban siempre

con su presencia en el hogar; quiere al acusado como un “verdadero padre”, y mantienen una buena relación.

De otro lado refiriere que el día de los hechos fue su hermano quien llamó a la policía, no escuchó a su madre hablar con los uniformados. Itera que dijo mentiras y añade que en el hogar siempre veía a su padrastro vestido. Que su religión prohíbe tratos íntimos entre padre e hija, pero no prohíbe cargar, abrazar o besarla en la mejilla. Denunció al procesado porque maltrataba a su madre, e insiste en que el día de la captura mintió pues en realidad su padrastro no la tocó, sólo le jaló su braga y quiere dejar de mentir y hacer lo correcto, lo denunció porque no le gustaba que los regañara y le contara todo a su progenitora. De los tres eventos de abuso sexual, solo en una oportunidad no informó lo acaecido a su madre.

Por su parte se escuchó a la madre de la menor y cónyuge del acusado, señora S. B. F. V., quien se desempeña como vigilante y manifiesta que denunció a su compañero sentimental porque su hija le dijo que la había tocado. Asevera que el 30 de mayo de 2015 aquél se encontraba descansando, los cuatro integrantes de la familia estaban en casa. Esto se le escuchó decir a la testigo:

“Ese día mi esposo se encontraba viendo televisión en la pieza con el niño, y la niña estaba haciendo una tarea, yo me metí a bañar y cuando yo me estaba bañando la niña me tocó la puerta y me dijo que mi esposo la había tocado, yo salí del baño y me fui para la pieza en donde mi esposo estaba y me le fui encima y lo cogí del cuello, empecé a decirle muchas cosas, en ese momento mi esposo estaba sorprendido y empezó a decirme que, qué me pasaba y yo le empecé a decir que era un desgraciado, que por qué le había hecho eso a la niña y él me decía que era lo que pasaba, que no entendía nada, y yo le dije al niño que fuera y llamara a la policía... Llegó la policía, fueron varios, entraron a la casa y yo estaba muy mal, llorando mucho y yo les dije que se lo llevaran... que por que él había tocado a la niña, el policía pues empezó a decirme que me calmara... que le contara bien las cosas...” (Sic)

Manifiesta ésta deponente que el policía que la atendió cuando se produjo la captura de su esposo le dijo que si deseaba que se lo llevaran, tenía que decir en la Fiscalía que lo había observado tocar a la menor. Afuera de la casa otro uniformado le preguntó si no sería que la niña estaba fantaseando, a lo que ella respondió que no sabía. Acordó con su hija que en la Fiscalía dirían que ella observó los tocamientos; ahora sostiene que en verdad no observó nada, tampoco actitudes sospechosas en el acusado que la lleven a

pensar que pudo cometer los delitos de los que se le acusa. Su reacción devino de la tensión, de los problemas que tenía con el procesado y esta fue su manera de explotar. Acepta que mintió.

Sostiene que en el trayecto hacia el Instituto de Medicina Legal le dijo a la niña que tenía que llorar, que no podía estar tranquila como hasta ese momento porque no le iban a creer, la pequeña simplemente hizo lo que ella le pidió. Asegura que no leyó su declaración, solo la firmó, se encontraba afectada. En el CAIVAS no la dejaron estar presente en la entrevista de su hija, a pesar de que ella quería escuchar lo que tenía que decir; ella le indicó que tenía que llorar y repetir lo que había dicho en la Fiscalía. Acepta que fue la menor quien prefirió estar a solas con la entrevistadora.

Refiere la testigo además que tenía problemas de tipo personal con el acusado por hechos de violencia intrafamiliar que nunca denunció. Que en oportunidad anterior su hija ya le había contado sobre otros hechos de abuso sexual por parte de su esposo, pero días después del primer evento se contradijo, y luego aclaró que nada de esto había pasado que lo había incriminado porque estaba aburrida de convivir con él, por lo tanto no supo qué creer. Aproximadamente veinte días después de la captura del justiciable la menor aclaró que no ocurrieron los hechos, que no sintió nada. No sabe si esta se contradijo al ser entrevistada por las psicólogas y valorada por el legista.

Recuerda que en la Fiscalía acusó a A. A. M. G. de tocar la vagina y los senos de su hija, pero para la época la menor ni siquiera tenía desarrollada la parte superior de su genitalidad; en resumen que la había tocado por todas partes y que tiempo atrás la niña le contó sobre hechos similares. En aquella oportunidad hizo sólo alusión a los dos eventos que le confió la víctima. Puesta de presente la denuncia que se le recibió en la Fiscalía, manifiesta la testigo que casi todo lo que se consignó en este documento es falso, por ejemplo nunca dijo que tenía dudas sobre si su esposo había introducido el pene en la vagina de la menor de edad. Afirmó sí que le creía a su hija, pero exageró las cosas para que se lo llevaran para la cárcel. En este momento no sabe si creer o no en lo que dijo su hija. De otro lado asegura que el enjuiciado molestaba a los niños por tonterías cada vez que

llegaba aburrido del trabajo. No sabe si fue su hijo el que finalmente llamó a la policía, o la vecina del primer piso. A diferencia de lo que le indicó a la menor, a su hijo no le dijo que tenía que mentir.

Al ser conainterrogada por la defensa manifestó la testigo que el primer policía con el que habló le manifestó que sabía lo que tenía que decir en Fiscalía, que no fuera a cambiar las cosas. Lo observó llamando el día de la captura, a un superior con quien consultó el caso. De otro lado indica que el procesado era quien suministraba el sustento económico de toda la familia. Los niños presenciaron los actos de violencia intrafamiliar en su contra, al igual que la ejercida durante ocho años por su anterior pareja y padre de los dos pequeños, quienes han manifestado que quieren continuar viviendo con su padrastro, pero sin que vuelva a maltratarla. Finalmente aduce que al cabo de unos días el uniformado que le dijo que mintieran se justificó diciéndole que él no la había obligado, pero que creía que su esposo no había cometido ningún delito. No sabe por qué este policía fue hasta su casa esa noche, pues el día de los hechos sólo le dirigió unas palabras indicándole que deseaba que sacaran a su esposo de la casa.

El Patrullero de la Policía Nacional, JAVIER HUMBERTO MENA, quien elaboró Informe de Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia, refiere que fue la madre de la menor quien le permitió el ingreso al inmueble, indicándole que había observado a su esposo tocando ciertas partes íntimas de su hija, específicamente sus senos y vagina, por lo que procedió a la captura del agresor, trasladándole en una patrulla hasta la Fiscalía. No cruzó más palabras con la denunciante en aquella oportunidad, pero escuchó decir a la menor que el detenido no era su padre y que efectivamente la había tocado en sus zonas íntimas. Únicamente observó en la vivienda a las dos féminas y al hombre, nunca los había visto, las mujeres estaban llorando y el capturado se mostraba desesperado, todos reunidos en la sala.

Informa que volvió a ver a la denunciante cuando patrullaba por el sector, en otra oportunidad la mujer visitó la estación de policía en donde se encontraba detenido el acusado: "... una vez se me acercó en la estación... me preguntó que si qué iba a pasar con el señor A., y que si cómo le podíamos ayudar para que el señor saliera de la cárcel, yo le manifesté que el procedimiento mío

había sido solamente capturar y poner a disposición, y que la decisión del señor A. ya la decidía la autoridad competente”.(Sic). Su compañero NUÑEZ escuchó esta conversación.

Cuando se trasladaron hasta la Fiscalía la mujer le solicitó que fuera hasta su residencia y le pidiera a una vecina que cuidara a su otro hijo mientras ella denunciaba los hechos, también le dijo: “Esto ya había sucedido anteriormente sino que no había denunciado” (Sic). Niega rotundamente que le haya indicado lo que debía decir en la Fiscalía, o que haya llamado a algún superior para consultarle sobre el caso. Tampoco observó a su compañero NUÑEZ hablando con la fémina. Indica que en una tercera oportunidad se presentó en la residencia a solicitud de la mujer y allí le reiteró que sus funciones se restringen al procedimiento de captura, ella volvió a insistir en que le ayudara para que el procesado saliera de la cárcel. Afirma que por protocolo los uniformados informan a la central de radio cada vez que arriban a una posible escena del crimen, no sabe quién fue su interlocutor en la comandancia; no observó en el lugar al hermano de la víctima, ni conocía esta residencia. Por su parte el detenido no fue agresivo, ni grosero. El desplazamiento a la Fiscalía se realizó en un vehículo policial, en el trayecto no interactuó con la madre de la víctima.

En la tarea de pedagogía jurisprudencial, este Tribunal en oportunidad anterior señaló que en este tipo de casos, elementos como la anamnesis, o las entrevistas realizadas a los testigos, particularmente a las víctimas menores de edad, son invaluable a la hora de contrastar el nuevo relato realizado en el juicio. Estos los extractos pertinentes de la decisión:

“Con fundamento en que no puede afirmarse con certeza que realmente ocurrió el delito y que no se llevaron elementos de juicio que permitan clarificar la duda, el a quo dictó sentencia absolutoria. Resaltó que en el testimonio la menor negó las relaciones sexuales con el procesado y su versión no fue impugnada. Del testimonio de la madre concluyó que ella sólo intuyó que la hija tuvo dos relaciones sexuales con el docente, porque la niña dijo que era la segunda vez, pero en realidad ella no observó nada ni le consta nada.

Al respecto, la Sala considera que este es un error en la valoración de los testimonios, pues del interrogatorio cruzado se desprende que la niña y la progenitora, claramente pretenden retractarse de la versión original con la intención de favorecer al procesado. Además, no puede ignorarse la declaración del médico respecto de la anamnesis, que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, puede valorarse como testimonio directo. Lo anterior, sumado a otras circunstancias, permite concluir que sí hubo relaciones

sexuales entre la menor, que para la época contaba con menos de 14 años y el profesor mayor de edad.

Cuando un testigo se retracta, es necesario examinar con mayor precaución el relato, pues en esa valoración necesariamente hay que considerar el motivo que llevó al testigo a verter su primera versión y porqué la varió diametralmente. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia enseña que: i) la retractación no conduce a la destrucción de las afirmaciones precedentes; ii) no necesariamente debe dársele crédito a una u otra versión, sino que debe escogerse la que involucre contenidos de credibilidad verificables con otros elementos; iii) para determinar cuál es la creíble debe apoyarse en elementos externos a la versión inicial y su retractación. En el sub judice, la menor dijo en la anamnesis, elemento externo a su testimonio, que tuvo relaciones sexuales con el profesor.

Luego, en el juicio, lo negó rotundamente. La madre estaba convencida de que la hija “había estado con el profesor” pero en el juicio perdió ese convencimiento. La niña fue al examen del legista llevado por su madre y allí, considera la Sala, dijo la verdad al profesional que la atendió, pues frente al médico en ese momento, no tuvo otra alternativa, aunque no permitió el examen genital. En la declaración en el juicio se revaluó el asunto y ambas aptaron por proteger al profesor cambiando la versión inicial. También sopesaron que retractándose se protegen del morbo y comentarios malintencionados de vecinos y amigos, amén de que la madre califica el hecho como superado y que no causó daño a la menor. (...)

En relación con la entrevista que rindió la menor a la psicóloga, aunque no constituye un medio de conocimiento autónomo y su valor se limita a un acto de investigación, puede otorgársele valor si se utiliza en el juicio oral y público y en el sub judice permitió desacreditar la retractación de la menor, sin que ello signifique regresar al superado principio inquisitivo de permanencia de la prueba, pues realmente se trata de la utilización de declaraciones anteriores en el interrogatorio cruzado para desacreditar un testimonio. Así las cosas, es posible afirmar que en este asunto no existe duda probatoria respecto de la ocurrencia de una agresión sexual a una persona menor de 14 años y de quién fue el autor.”⁵(Negrillas fuera del texto original).

Para la Sala no es de recibo la censura según la cual la sentencia apelada se fundó en prueba de referencia, principalmente por tener en cuenta la a-quo lo dicho por los profesionales que realizaron las entrevistas y valoraciones de los menores de edad, pues tales profesionales pueden ser escuchados en el foro de fondo, ya sea en calidad de prueba de referencia, o como testigo directo. En el primero de los casos dará cuenta de las declaraciones realizadas por los entrevistados con anterioridad al juicio oral y público, y que fueran escuchadas al desarrollar la tarea investigativa encomendada – entrevista a la víctima, o valoración médica o psicológica-; mientras que en el segundo supuesto, acudirá al debate en calidad de testigo directo de todos aquellos aspectos objetivamente perceptibles por los sentidos a la hora de realizar el acto investigativo, y que agrupa variables relacionadas con el

⁵ Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal. Providencia radicado 2011-00460 del 26 de enero de 2015, M.P. José Ignacio Sánchez Calle.

comportamiento de la víctima, su actitud, expresiones, el uso del lenguaje, desarrollo cognitivo, reacciones físicas, las consecuencias emocionales exteriorizadas por el menor, entre otros puntos que hacen parte de todo ese proceso emocional o postraumático que puede reflejar la persona afectada ya sea a través del lenguaje verbal, o por medio de lo que desde la orilla de la psicología y doctrina especializada se ha denominado “lenguaje paraverbal o físico”.

Por ello, considera la Sala que los investigadores judiciales, médicos legistas o sicólogos que la Fiscalía capacita adecuadamente para realizar este tipo de entrevistas o valoraciones, y que desarrollan su labor sin desconocer las pautas procedimentales y legales trazadas para el efecto, como por ejemplo las directrices dispuestas en la Ley 1098 de 2006, 1652 de 2013, y los protocolos que la institución tiene definidos para tales casos, como el SATAC, entre otras pautas, pueden servir de fuente directa para transmitir al juez ese tipo de información, pues cumplen con la exigencia contemplada en el artículo 402 del C.P.P., el cual indica que el testigo sólo puede declarar sobre aquello que le conste de manera personal y directa.

Así las cosas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 375 del C.P.P., los testimonios de los profesionales que valoraron y recibieron entrevistas a los menores resultan del todo pertinentes para lo que interesa al debate, siempre y cuando su declaración se refiera directa, o indirectamente, a los hechos y circunstancias relativos a la comisión de la conducta y sus consecuencias.

Es incuestionable que los testimonios directos de los profesionales pueden aportar información invaluable al juez para el esclarecimiento de los hechos, pues la psicología, las ciencias médicas y la experiencia revelan que muchas de las manifestaciones, o del lenguaje paraverbal o físico, perceptibles de manera directa y personal por parte de los entrevistadores o evaluadores pueden servir, entre otros aspectos, para determinar el grado de credibilidad que deba dársele a las manifestaciones realizadas por los menores y que se consignan en el acto investigativo, esto es en la entrevista, o declaraciones previas, pues parafraseando lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no puede perderse de vista que: “El juez debe

tener libertad para valorar todas las posibilidades que lo pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.”⁶

En cuanto a este tipo de aportes enseña la jurisprudencia del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria que:

"Tratándose de menores víctimas de agresiones, el sistema judicial penal requiere del apoyo de personal auxiliar, psicólogos, médicos, técnicos, peritos, funcionarios que fungen como fuente directa del conocimiento de los hechos, cuyo aporte se constituye en medio de convicción apreciable..."

En síntesis, el Juez colectivo incurrió en errático razonamiento cuando se sustrajo a contemplar la coherencia del dicho de la niña, las manifestaciones físicas de dolor (obsérvese el relato de la denunciante) y los resultados del examen sexológico con el argumento de que la víctima no declaró ante el funcionario judicial los hechos que de manera coherente reveló a su abuela, a su mamá y al médico legista.”⁷

Como puede colegirse, estos aspectos del comportamiento, la actitud, uso coherente del lenguaje, el desarrollo cognitivo que demuestre el menor, exteriorización de emociones o sentimientos, y en general del lenguaje paraverbal o físico, observado por el profesional de manera directa, personal. Además la narración de los hechos consignada en la anamnesis, al igual que los anteriores, resulta de gran importancia, esto es de lo escuchado directamente del sujeto evaluado o entrevistado, aspectos propios de este proceso comunicacional que puedan ser fácilmente observados y transmitidos por los profesionales. Huelga señalar que las conclusiones o los hallazgos que obtienen de los estudios que realizan con los menores son transmitidos como conocimiento directo.

También resulta pertinente precisar que contrario a lo sostenido por la defensa, en criterio de esta Sala los referidos testigos no requieren especiales pergaminos en ciencias psicológicas o del comportamiento humano para poder determinar cuando los menores hablaron con la verdad, ya que no se trata de recabar de manera exhaustiva en aspectos de la siquis de los menores, o asuntos muy profundos de su sicología.

⁶ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado Nro. 25.738, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, proceso Nro. 29.678 del 5 de noviembre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Para una mejor comprensión de esta temática, resultan ilustrativas las glosas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que se transcriben a continuación:

"La declarante Quintero Carvajal es, a no dudarlo, testigo directo de los hechos, como quiera que fue la encargada de realizarle un examen médico legal a la joven K.G.T, apenas dos horas después de transcurridos los hechos, el 17 de noviembre de 2007.

(...)

Asimismo, recomendó examen psicológico a la joven, teniendo en cuenta que se encontraba "angustiada", con "llanto fácil y afecto lábil".

En su testimonio, la doctora Quintero Carvajal reconoció haber elaborado la historia clínica, la cual se incorporó a la actuación como evidencia 4, y explicó detenidamente el protocolo observado. De igual modo, realizó un recuento de los hechos, los cuales, aseveró, narró inicialmente la madre y luego la niña, quien "empieza a expresar libremente de forma verbal y también a través de lenguaje paraverbal, una situación que había sucedido hacía menos de dos horas".

Seguidamente, la profesional explicó en qué consistía el lenguaje paraverbal, haciendo alusión a las expresiones faciales y movimientos corporales, resaltando que la menor estaba asustada y se refería en términos desagradables a su tío, quien de tiempo atrás venía persiguiéndola. Todo ello le permitió concluir, a partir de sus gestos y manifestaciones, que estaba diciendo la verdad.

(...)

Por fuera del contenido de las plurales entrevistas introducidas al juicio en la forma excepcional aquí relatada, existe la exposición de la Dra. MARTHA JASMÍN QUINTERO CARVAJAL, médica del Hospital que tuvo a cargo la atención en urgencias de la niña que llegó acompañada de su madre, y para aquél momento pudo apreciar su estado de ánimo, la rabia que sentía, su llanto y ante todo, el desprecio que estaba sintiendo hacia su tío por lo que le había hecho".⁸

Bajo estas premisas y en el entendido que el material de conocimiento así arrimado al juicio tiene plena validez, es totalmente pertinente y como tal debe ser analizado en conjunto con las demás probanzas, expuso la psicóloga adscrita al CTI Medellín, asignada al Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual –CAIVAS-, doctora ELIANA HOYOS SÁNCHEZ, quien realizó entrevista a la menor el 1 de junio de 2015. Dice la profesional que la madre de la niña manifestó que el día 30 de mayo de dicha anualidad observó al acusado tocando la vagina de su hija, y que once meses atrás se

⁸ CSJ, SP. Proceso Nro. 32.829 del 17 de marzo de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

había presentado una situación similar, notando algunos cambios significativos en su hija, quien comenzó a mostrarse agresiva con su hermano, y a ser desobediente.

Por su parte la menor describió los tres episodios de abuso sexual a los que fue sometida por su padrastro, -procede la profesional a narrar lo expuesto por la víctima en la anamnesis, coincidiendo con lo consignado en apartes anteriores de esta decisión en los aspectos incriminatorios y que develan que los abusos existieron-, añadiendo que su madre había tenido otros novios, pero que ninguno la había irrespetado. Al terminar sus relatos la entrevistada asevera que se sintió muy asustada, actualmente está decepcionada, y se pregunta por qué le sucedió esto; su madre le ha dicho que por apartarse de Dios.

Expuso la psicóloga que durante la entrevista percibió a la víctima como una niña: "... Tímida, pero colaboradora, tiene la capacidad de hacer como narrativas, el lenguaje que utiliza es un lenguaje comprensible y claro, y las respuestas que da, y las narraciones que da, están acompañadas de ejemplificaciones y demostraciones en su propio cuerpo... durante la entrevista tuvo la capacidad de reconocer emociones que sentía, por ejemplo... asustada y describe una descripción fisiológica de su cuerpo que es el corazón acelerado, y también describe lo que siente en el momento de narrar, y lo que piensa acerca de todo lo que ha venido sucediendo..." (Sic). Y que sin necesidad de indagarle al respecto, al preguntarle cómo estaba conformado su núcleo familiar, comenzó a narrar los hechos.

Puede informar sobre lo que la entrevistada manifestó, sobre cómo cada representación en su cuerpo y la señalización en las figuras anatómicas se correspondían con lo que acababa de contar, pero escapa a sus funciones el determinar si existió invención en su relato. Frente al estado emocional de la madre de la menor, refiere que se veía muy angustiada, bastante afectada por los acontecimientos, ansiosa, y estaba llorando. Explica que la niña le confió que en uno de los eventos su madre le revisó sus zonas íntimas para verificar que no estuviera sangrando, pero que no denunció ante las autoridades porque quiso darle otra oportunidad al acusado.

Al ser contrainterrogada, aclara la profesional, que a la edad de diez años ningún niño puede hablar de placer sexual, es un tema propio de la adultez, y en la entrevista quedó plasmado que la menor refirió que el acusado se encontraba encima de ella haciendo movimientos eróticos repetitivos con su cuerpo. Es evidente que la niña aún es inocente en estos temas, que no ha iniciado su vida sexual y en consecuencia no tiene la misma información de un adulto, es imposible que la niña confirme si el acusado sintió placer sexual, o si ella experimentó tal emoción. Lo que vivenció fue el pánico que normalmente sentiría cualquier niño de su edad ante esta clase de eventos. Dicha entrevista quedó grabada y entre otros aspectos puntuales se observa cuando al narrar que el acusado le toca la vagina, la niña lleva sus manos hasta esta parte de su cuerpo. Además asegura la entrevistada que su madre observó el tocamiento y luego llamaron a la policía. Su función es describir los hechos tal como los expone el menor, no valorarlos jurídicamente para determinar si constituyen o no ataques sexuales.

Se escuchó en juicio a la doctora NANCY ESTUPIÑAN CASTAÑEDA, Técnico Judicial II de la FGN, adscrita al CAIVAS Medellín, quien el 6 de julio de 2015 entrevistó al menor KFSF, hermano de la niña afectada. Indica la testigo que le llamó la atención que la madre del menor que lo acompañó se mostraba hostil, malhumorada, “afanada”, diciendo que había cometido un error, que cómo podía enmendarlo. Evidenció en la mujer el afán de realizar estas manifestaciones estando el menor presente, contaminando de esta forma su testimonio, cuando de usual las madres dejan que los niños hablen con libertad, se expresen naturalmente. Otro hecho que también llamó su atención es que de inmediato, sin necesidad de preguntarle, el menor se introdujo en el tema, en lo que había pasado con el padrastro, e indica que el objetivo de su presencia allí es aclarar algo que no pasó como lo contaron, dando a entender que: “Tanto la niña, como la mamá se habían equivocado”.

Explicó el menor que su padrastro alzó a su hermana en dos oportunidades, tomándola de la cintura, luego equivocadamente la coge de las piernas, pero su madre corrigió a su hermana enseñándole que ese acto no es constitutivo de tocamientos íntimos. El niño manifestó todo el tiempo que se trató de un error, e indicó que en oportunidad anterior ya se había presentado un hecho

similar y que su progenitora observó los eventos finalmente denunciados; ella se asustó mucho y le pegó en el hombro a su padrastro.

Sostiene que era evidente que el menor estaba tratando de aclarar lo sucedido para que no se “tildara” a su hermana de mentirosa; actuó confusamente, cuando se le preguntaba si su madre o su hermana habían dicho determinadas cosas, unas veces manifestaba que era él quien lo decía, insistiendo en que su progenitora se había equivocado, o que en todo caso ella no observó nada. Habló de un padrastro amado por la familia, económicamente proveedor, por el que su madre no tenía que salir a trabajar, que los consentía, el cual perdería su empleo si no regresaba en cinco meses a sus tareas. Le llamó la atención la postura física del entrevistado pues nunca se recostó en su silla, sostenía sus manos contra el escritorio, y estas le temblaban cada vez que las ponía enfrente, además disminuía el tono de voz cuando se le preguntaba si su madre o su hermana habían dicho ciertas cosas, siendo incisivo en manifestar que tenían un buen padrastro.

Aseguró que él llamó a la policía, y que en el momento de los hechos se encontraban los cuatro integrantes de la familia en el inmueble, conjeturando en voz alta que como escuchó al acusado negando los hechos delante de los policías que lo capturaron, en verdad aquel era inocente, como para que lo escuchara la entrevistadora. Dijo que el acusado le pidió perdón a su madre porque la maltrataba, quien le dio dos oportunidades para tratar de salvar la relación afectiva, pero enfatiza que su padre biológico la agredía con más violencia. No manifestó que los uniformados sugirieran a su madre lo que debía decir. Al preguntarle sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, contestó que su madre le dijo que fue como en abril. Dice que al ver tan afanada a la progenitora del paciente, decidió entablar una conversación informal con la fémina la cual le aseguró que se había equivocado, que era cristiana y no podía decir mentiras; la profesional por su parte le explicó que su actuación podía considerarse una falsa denuncia, pero aquella continuó molesta porque lo que quería era que le solucionaran el caso, ya que ella había mentido. Le puso de presente los derechos a la madre al escucharla, pero no dejó constancia escrita de ello.

Por su parte le manifiesta a la defensa que su competencia se centra en el discurso y la narrativa del niño entrevistado, y este no manifestó que haya presenciado los actos de abuso en contra de su hermana. El contexto que el menor suministra es que fue la madre quien entró y vio lo que ocurría, acto seguido le solicitó que llamara a la policía y así lo hizo.

Depuso igualmente JUAN RAMIRO ROJAS GONZÁLEZ. Médico legista que valoró a la menor afectada. Este profesional indica que acostumbra ahondar en la anamnesis con los niños para contrastar lo que dicen con el examen médico que les realiza posteriormente. Aclara que para realizar los exámenes sexológicos no se requiere haber estudiado psiquiatría, se aplican los reglamentos de la institución en este tipo de valoraciones. En este caso el menor le narró los hechos constitutivos de actos sexuales siendo claro que el acusado le tocó su genitalidad y su madre lo supo. En la parte de la anamnesis también se interrogó a la progenitora, quien expuso que al salir del baño se dirigió hasta la alcoba y observó que su cónyuge estaba tocando la vagina de su hija, sin desvestirla. Según el profesional notó a la menor triste, pero mostró un lenguaje fluido propio de su edad, entiende lo que se le pregunta. Al realizar el examen físico encontró el himen de la niña íntegro, no observó huellas de abuso sexual, pero por protocolo solicitó, sugirió, la valoración de la víctima por psiquiatría forense, no obstante esto último no se requiere para que el estudio esté completo, no es un requisito legal. No puede determinar si las respuestas que suministró la menor fueron falsas.

Pues bien, sea lo primero indicar que la Sala concuerda con la directora del proceso en cuanto a que quedó plenamente demostrada la ocurrencia de los hechos constitutivos de abuso sexual cometidos por el procesado en contra de su hijastra menor de edad, incluso encuentra que fueron tres y no dos los actos de abuso. Conducta en la que el acusado venía incurriendo reiterativamente, hecho conocido por la madre de la víctima, quien lamentablemente no hizo nada para ponerle coto al ilegal proceder de su compañero sentimental, no obstante que con tal omisión puso en riesgo a la menor de edad que finalmente resultó afectada con la conducta libidinosa del adulto.

La materialidad de la conducta desplegada por el agente no solo quedó demostrada con el testimonio directo rendido en juicio por la propia víctima, no obstante los ingentes esfuerzos de su madre, su progenitora, y la propia defensa para desvirtuar la ocurrencia, particularmente del último acto de abuso sexual, sino que resultan corroborados a través de los dichos de los profesionales de la salud que entrevistaron y valoraron a los menores de edad, incluso escuchando y observando a la madre de estos profundamente afectada por los hechos, evidenciando posteriormente un claro interés en beneficiar al acusado para que recupere su libertad.

Finalmente no cabe duda que la testigo termina aceptando la ocurrencia de varios hechos de violencia sexual en su contra, conductas en las que su padrastro venía incurriendo meses atrás, atestación que constituye prueba directa que incrimina al acusado. Estos hechos resultan corroborados con lo dicho por las psicólogas y el médico legista que atendieron el llamado de la judicatura y transmitieron en juicio lo que escucharon narrar al respecto por los menores y lo que observaron directamente. De allí, que con apoyo en la jurisprudencia traída a colación en apartes anteriores, podamos afirmar sin hesitación alguna que los reparos formulados en contra de estos profesionales por parte de la defensa técnica resultan insustanciales, particularmente en lo que tiene que ver con la labor desarrollada en cada caso concreto, sus conclusiones y métodos utilizados.

Puesto que con el trabajo desplegado por los profesionales quedó en evidencia en los menores claras muestras o señales de manipulación para variar sus versiones iniciales, justificar tan rotundo cambio, o simplemente para corroborar las nuevas circunstancias develadas en juicio. Las conclusiones a las que llegaron los profesionales permiten colegir que en las primigenias versiones rendidas por las testigos, estas dijeron la verdad, en tanto en el niño se denotó su predisposición a dar cierta versión del caso y tratar de favorecer a su padrastro, sin embargo el testigo fue claro en que no observó los actos de abuso, ni escuchó a los oficiales de policía hablando con su madre. En síntesis no actuó naturalmente, se le observó sugestionado, tenso y evasivo; mientras que su hermana antes del juicio fue conteste, espontánea, clara, con un uso del lenguaje fluido, pero en el juicio incurre en evidentes contradicciones e inconsistencias, es confusa y denota

la intención de favorecer al acusado a toda costa. En ciertos momentos parece estar repitiendo una lección aprendida lo que indudablemente le resta credibilidad en estos puntuales aspectos.

Siguiendo este derrotero de ideas, huelga señalar que en este tipo de casos las entrevistas que se le realizan a la víctima, así como la anamnesis, constituyen elementos de vital importancia para develar la verdad de lo ocurrido, así como de impugnar la credibilidad del testigo se trata, y si bien no constituye un medio de conocimiento independiente, pues su valor se limita a ser un acto de investigación, es un medio fundamental para lograr desacreditar la retractación de los testigos.

Se insiste entonces en que al igual que la a-quo, la Sala le reconoce plena credibilidad a las versiones iniciales rendidas por los testigos, en un caso en el que la inconformidad de la vista defensiva se centra en que la a-quo no otorgó mérito a la nueva versión suministrada en juicio por la víctima y su progenitora, lo cual es apoyado por lo dicho en entrevista por el hijo de la fémica, sin que resulten creíbles para la funcionaria los motivos expuestos por los deponentes y la defensa para soportar tal mutación, con base en una presunta situación de inquina, animadversión contra el acusado de parte de la víctima, que resulta plenamente desvirtuada con el material cognoscente arrojado al proceso. Y es que nada de lo dicho por éstos testigos explica, más allá del evidente interés por beneficiar al acusado, el radical cambio entre lo afirmado en la etapa de investigación y lo aseverado en el foro oral.

No está desconociendo esta Magistratura la verdad de los acontecimientos investigados, que según la defensa fue develada en la audiencia de juicio por los testigos que integraban el núcleo familiar del acusado; tan sólo, se insiste, se le reconoce plena credibilidad a sus versiones iniciales luego de comparar las narraciones de cara a los demás elementos de convicción allegados a la actuación, como lo enseña la jurisprudencia, pues todo indica que en aquella oportunidad fueron contestes, claros, reiterativos, precisos y directos en la incriminación en contra del justiciable, en síntesis dijeron la verdad, mientras que en la nueva versión que suministran queda en evidencia un claro interés en favorecer al justiciable, exteriorizando el grupo el profundo cariño, gratitud y afecto que sienten por aquél, pero también y

muy a pesar de los esfuerzos de la defensa, que existe una clara dependencia económica, situación que no es inusual que se presente en muchos hogares en nuestro medio, principalmente, aunque no de forma exclusiva, en los estratos con mayores necesidades económicas.

Y es que resulta reprochable que en no pocos casos esta situación conlleve a que al interior de estas familias los adultos que tienen bajo su protección y cuidado a los menores de edad acepten como normales, acaso cotidianas, este tipo de conductas, y hagan caso omiso de las voces de auxilio de los menores agredidos, o simplemente dirijan su mirada hacia otro lado, convirtiéndose en verdaderos cómplices de tan aberrantes actos de abuso sexual, sin importar, como atinadamente lo refiere la juez del conocimiento en la sentencia confutada, la dignidad y el honor sexual de las víctimas.

Al analizar los argumentos expuestos por la defensa para soportar la abrupta mutación de las versiones, encuentra la Sala que resulta contradictorios. Así, se dice que la menor de edad estuvo movida por un ánimo de venganza en contra de su padrastro, cuando de lo escuchado en juicio aflora con total nitidez que no sólo a ella, sino a la totalidad del núcleo familiar lo embarga un profundo sentimiento de cariño, gratitud, y afecto por el justiciable, quien cumplía a cabalidad con su rol de proveedor del hogar, de sostén económico de la familia, quien suplía todas las necesidades materiales de sus integrantes al suministrarles alimentos, juguetes, elementos de estudio, etcétera; adulto con el que en términos generales los menores tenían una buena relación afectiva. Al unísono se sostiene que la víctima malinterpretó lo ocurrido con su padrastro, que todo se trató de un error de “apreciación”, de “interpretación”, acaso propiciado por su infantil y volátil mente, posición que lógicamente contradice el argumento previamente expuesto, pues si todo fue el resultado de una equivocación, no se puede afirmar a la par que se trata de un acto maquinado previamente para vengarse de su padrastro, porque “estaba aburrida de vivir con él”.

Para esta Sala carece de sentido que la menor de edad pretenda vengarse y perjudicar a la persona a la que se refiere como un “verdadero padre”; no queda duda que su progenitora, quien por demás se observa bastante afectada, pretende manipular a sus dos hijos para que su compañero

sentimental recupere su libertad. No obstante los esfuerzos por demostrar que en este caso los hechos fueron producto de la imaginación o la “errada percepción” de la menor, quedó claro lo repetitivo de la conducta del procesado, y que de ello supo la directora del hogar, quien lamentablemente no hizo nada para detener esta situación so pretexto de una oportunidad para salvar la relación afectiva que sostenía con el agresor, decisión en la que la dependencia económica, a no dudarlo, jugó un papel trascendental y definitivo en este caso, circunstancias estas que a la vez son lamentables, y altamente reprochables. Así lo devela el acervo probatorio analizado en apartes anteriores de este proveído, que no se trae de nuevo a colación para no tornarnos repetitivos.

Otro aspecto de la censura que queda aclarado con lo dicho por el menor ante el médico legista, es que este no escuchó a los policías que acudieron a realizar el procedimiento de captura de su padrastro, indicarle a su madre lo que debía decir al momento de denunciar los hechos en la Fiscalía.

En conclusión, en el presente caso la retractación o declaración de arrepentidos como se le denomina en algunos instrumentos internacionales⁹, no vinculó a la a quo, pues luego del juicioso análisis realizado en la sentencia de primera instancia se logró determinar que en la novísima atestación la víctima y su madre no dicen la verdad. En síntesis, se cuenta con suficiente y contundente material de cargo que demuestra que el acusado incurrió en los delitos que hicieron parte de la acusación. Las anteriores son razones suficientes para que sin necesidad de mayores elucubraciones sobre el particular, la Sala confirme en su integridad el fallo apelado por la defensa.

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria impugnada.

⁹ Véase las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia.

Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE