



SALA PENAL

Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado en la fecha, acta No. 061

Radicado No. 05 001 60 00206 2014 48664

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Sentencia de Segunda Instancia No. 013

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Jueves, 25, 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 G. G. Z, contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2017 por el Juez Diecisiete Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, a través de la cual, luego de un juicio oral, lo condenó como autor de un concurso de conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

1. ACONTECER FÁCTICO

El aspecto fáctico de este caso se contrae a los siguientes hechos: Ocurrieron el 5 de octubre del año 2014, en la calle xxxxxxxx, barrio Villa del Socorro de la ciudad de Medellín, en el apartamento del primer piso ocupado por G. G. Z, cercano al lugar de residencia de la menor MMS¹, las niñas AYMS y ETS, y su primo GAMS, quienes se encontraba jugando en un parque cercano y al caer la tarde fueron atraídos hasta la casa del procesado con la promesa de obtener algo de dinero para comprar golosinas.

¹ Para la protección de la intimidad de las víctimas menores de edad, solo se utilizan las iniciales de sus nombres y apellidos.

En las primeras horas de la noche la señora A. V. M. S., madre de la menor MMS, se percata de la ausencia de los niños y emprende su búsqueda por el sector, encontrándolos finalmente en la casa del inculpatado. Posteriormente, ya en la residencia familiar, varios pequeños manifiestan que G. G. Z abusó sexualmente de las niñas mientras el niño observaba; entre otras, obligó a la menor MMS a tener sexo oral con su miembro viril, acarició las partes erógenas de las niñas, los obligó a desnudarse, bañarse y fumar cigarrillo. El agresor fue confrontado por algunos familiares de los niños, siendo finalmente capturado por agentes del orden que acudieron al lugar de los hechos.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1. - El 7 de octubre de 2014 se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado 38 Penal Municipal de Medellín con función de Control de Garantías, imputándole la Fiscalía a G. G. Z un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C. Penal, cometidos bajo la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58.7 ibídem, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó los cargos.

2. – El 24 de diciembre de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación conforme a los cargos imputados. Le correspondió por reparto el conocimiento del proceso en la etapa de juicio al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, quien asumió la tarea el 15 de enero de 2015.

3. - El 12 de febrero de 2015, ante la Juez Doce Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Medellín se realiza adición a la formulación de imputación, imputándole cargos a G. G. Z por acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años, según las previsiones de los artículos 208 y 209 del C. Penal.

3. – El 25 de febrero de 2015, ante el Despacho de conocimiento se realiza la audiencia de acusación, oportunidad en la que la Fiscalía adiciona el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Posteriormente se surten

las fases preparatorias, juicio oral estrictamente dicho, enunciación del sentido condenatorio del fallo, individualización de la pena y finalmente de lectura de la sentencia, esta última efectuada el 13 de marzo de 2017. La defensa del condenado interpone el recurso de alzada contra dicha providencia, correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Para el a-quo, con la prueba testimonial y documental introducida no cabe duda que los hechos objeto de juzgamiento acontecieron el 5 de octubre de 2014 al interior de la casa del justiciable, y que éste, y no otro, ejecutó los actos de contenido sexual con varias menores y en presencia de otro.

Dos de las víctimas escuchadas en juicio son tajantes, precisas y claras al narrar cómo la calenda de los hechos el acusado aprovechó su relación de vecindad de vieja data para invitar al grupo de menores al interior de su residencia y efectuar allí los vejámenes sexuales en contra de estos. Realizaron unos relatos coherentes y con un lenguaje propio de niños que aún no alcanzan los diez años de edad. El A-quo no advierte motivo alguno para que los testigos de cargo quisieran perjudicar al justiciable, con quien de antaño tenían buenas. Lo dicho por los niños resulta corroborado por las demás probanzas practicadas en juicio, particularmente los testigos, parciales, de oídas o peritos, dieron cuenta de lo que cada uno percibió desde su posición, y condición.

Si bien los otros dos menores víctimas escuchados en juicio no aportan mayores elementos de conocimiento, tal circunstancia resulta entendible debido a su escasa edad. Se pudo establecer que lo narrado por los menores corresponde a lo que realmente vivieron, no fue producto de su imaginación, a esta conclusión arribaron los profesionales sicólogos que valoraron y atendieron al grupo de víctimas.

Por su parte la defensa logra acreditar el buen comportamiento anterior del procesado; la ingesta de licor por parte de éste y algunos familiares la data de los hechos, luego de enterarse del fallecimiento de una hermana. Mientras

una familiar del acusado, quien vive en el segundo piso del inmueble en donde ocurrieron los hechos afirma que nadie ingresó aquella tarde a la vivienda del justiciable, otra de las testigos de descargos indica que se percató del ingreso de varios niños al apartamento y que luego ambas salieron a la calle al escuchar la algarabía que se había formado. La última versión le imprime fuerza a la suministrada por las víctimas en tanto da cuenta de su indicio de presencia en el lugar. Los demás testigos de la defensa intentan ocultar este hecho, porfiando que los pequeños ni siquiera estuvieron en las inmediaciones de la casa, a pesar de que se retiraron temprano del lugar.

Por su parte los dos testigos que aseveran haber dejado al acusado completamente ebrio y dormido en su casa, entran en contradicción con lo dicho por otro de las atestantes ofrecidos por la defensa, quien afirma que estuvo con el justiciable durante el transcurso de aquella tarde mientras reparaba su televisor, aproximadamente entre las 2 p.m. y 6 p.m., no obstante que tan solo se habrían conocido aquel día y que quien debía atender la visita no se encontraba en condiciones para hacerlo; tal versión resulta entonces opuesta a las reglas de la experiencia.

Por su parte los familiares del acusado escuchados en el foro de fondo se empeñan en señalar que lo dejaron en su apartamento ebrio y solo, y luego se retiraron al segundo piso de la edificación; con excepción de R. E. Z. F., ninguno se percató del ingreso de las víctimas a la primera planta.

Los anteriores fueron en síntesis los argumentos expuesto por la primera instancia para condenar al procesado, imponiéndole una pena de 186 meses de prisión, sin derecho a la condena de ejecución condicional, ni la prisión domiciliaria. Se le reconoció como parte de tiempo cumplido el descontado en detención preventiva desde el 5 de octubre del año 2014.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Manifiesta la apelante en su farragoso escrito de impugnación que el motivo de su disenso gravita en torno a la responsabilidad penal endilgada a su

prohijado por los delitos de la acusación, en particular por la ilicitud de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

En criterio de la censora es necesario que se conozca y valore en su justa medida los antecedentes y la compleja dinámica familiar que rodea la vida de los menores presuntas víctimas, pues introducen importantes elementos distorsionadores relacionados con la denuncia de los hechos, quienes viven en un sector marginal de la ciudad y hacen parte de una extensa familia matriarcal conformada en su mayoría por mujeres cabeza de familia de escasos recursos económicos, con bajo nivel de escolarización, las cuales ejercen la prostitución como medio de subsistencia. Su cuidado está a cargo de la abuela materna, no se controlan sus horarios de salida o llegada, ni los lugares que frecuentan, tampoco el contenido televisivo que consumen, aspecto este último que se refleja en la forma como narran lo sucedido.

Los menores escuchados en juicio fueron confusos, dubitativos, imprecisos, contradictorios, en oportunidades simplemente guardaron silencio, mintieron, o suministraron versiones inventadas. Se les formularon preguntas sugestivas, suministrándoles las respuestas, poniendo en su boca hechos que no habían descrito. Indica que las afirmaciones cada vez más detalladas que realizaron los pequeños atestantes sugieren una elaboración incrementada de los acontecimientos. En algunos ni siquiera se observan traumas por los presuntos actos de abuso, se muestran tranquilos, sin afectaciones visibles, desadaptación o bajo rendimiento escolar. Le resulta extraño a la togada que tras un presunto evento tan traumático recuerden claramente tanta información, utilicen palabras que no son propias para su edad y suministren con antelación las respuestas.

Concluye la apelante que la edad de los menores y su estado de desescolarización son factores claves para determinar la veracidad de sus dichos, pues influyen en su nivel de desarrollo del lenguaje y cognición. Dada su minoría de edad no se encuentran en condiciones de realizar juicios lógicos, apenas pasan por un periodo de transición hacia esta clase de pensamiento y el operacional. Algunas de sus respuestas resultaron sugestionadas por el entorno familiar, psicológico, valiéndose de mentiras al detallar algunos hechos, para evitar ser castigados por los adultos que los

tiene a su cargo, como ocurrió la noche de los hechos cuando luego de salir de la casa del acusado y antes de poder dar las explicaciones de rigor, fueron reprendidos físicamente por algunos familiares.

De otro lado asevera que con la prueba testimonial de descargo se logra demostrar el alto grado de embriaguez en que se encontraba su prohijado, siendo imposible que en tales condiciones hubiera salido del apartamento a buscar a los menores de edad, con cuyas madres mediaba de antaño una buena relación, algunas veces le ayudaban con las labores domésticas y éste les pagaba por sus servicios. Incluso en condiciones normales el procesado tiene reducida la movilidad, todo el lado derecho de su cuerpo se encuentra paralizado, y sufre de úlceras varicosas en el pie de ese lado, dependiendo en ocasiones de una silla de ruedas para sus traslados. Sobre su comportamiento señala que ha llevado una vida recta, ha sido un hombre colaborador y buen amigo de sus vecinos.

Afirma que era cotidiano que las menores se presentaran en el apartamento del justiciable, se le montaran encima y lo registraran en busca de monedas. Esto fue lo que sucedió el día de los hechos, tal como lo reconocen las propias niñas; se presentaron tocamientos normales cuando el adulto trató de apartarlas. De otro lado sostiene que debe valorarse las causas que llevaron a varios testigos a ser renuentes en comparecer a juicio, tal es el caso de ANYI BIBIANA MUÑOZ SIERRA, quien junto a la abuela de los pequeños y los peritos son prueba de referencia.

En su criterio el juez que dictó el fallo no tuvo inmediatez frente al material probatorio, lo precedieron dos funcionarios como directores del juicio, anunciando el último el sentido de fallo condenatorio, en un caso en el que no se logra superar el estándar legal exigido en el artículo 381 del C.P.P. para condenar, esto es un convencimiento en grado de certeza sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad que le asiste al encausado. Por las razones expuestas solicita que 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 en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

En esta oportunidad la averiguaciones y el juzgamientos se adelantan por los delitos de actos sexuales con menor de 14 años, tipo penal que protege a las niñas, niños o adolescentes tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o la incapacidad para determinarse en asuntos de esa naturaleza.

Esta falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años de edad, así se establece el dispositivo típico 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008. La otra ilicitud enrostrada es el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, canon 208, ibídem. Modificado por la Ley 1236 de 2008, artículo 4°, que al igual que la anterior sancionan la conducta que afecta el desarrollo integral del menor en su esfera sexual; sujetos por ende que requieren especial protección contra los posibles comportamientos desviados por parte de los pasivos adultos de la ley penal, de los cuales se presume gozan de madurez sexual y pueden controlar su comportamiento, evitando de esta manera dar rienda suelta y nociva a la satisfacción de sus instintos sexuales más básicos, si se quiere primitivos, aprovechando la superioridad que ostentan frente a las víctimas menores.

Es importante recalcar que no obstante que el menor pueda saber que está siendo objeto de este tipo de delitos, incluso consentirlo, el legislador sanciona la actuación del adulto que abusivamente invade la órbita de libertad sexual de la víctima que no supera los 14 años de edad, pues se considera que éstos aún no cuentan con el grado de madurez psicológica que se requiere para consentir autónomamente sobre el uso de su cuerpo con finalidades erótico sexuales.

Al respecto esto ha dicho la doctrina nacional más autorizada: “El bien jurídico que se tutela es el de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales². En la misma línea de pensamiento la jurisprudencia expuesta por la CSJ, Sala de Casación Penal en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000: “...Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad”

Hechas las necesarias precisiones sobre los dispositivos legales que consagran los delitos bajo análisis, y la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por dicha normativa, y previo a adentrarnos en el análisis propuesto, es pertinente 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, testimoniales y periciales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre hechos relevantes para lo que interesa al debate. Las siguientes fueron las estipulaciones logradas entre las partes:

- *Plena identidad del acusado G. G. Z, quien se identifica con C.C. Nro. 8.351.941 de Medellín. Nacido el 14 de agosto de 1951 en Tuluá, Valle del Cauca. (Ver fl. 74 del expediente: Informe consulta WEB página de la RNEC sobre datos de su cédula de ciudadanía).*

² *Universidad Externado de Colombia, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, William Torres Tópaga, pag. 883.*

- Aceptar como probada la minoría de edad de las menores **ETS**, hija de Y. T. S. P. y H. A. T. A., nacida el 25 de marzo de 2006 en el Municipio de Bello, Antioquia; **AYMS**, hija de L. J. M. S., sin datos del progenitor, nacida el 20 de mayo de 2008 en la ciudad de Medellín; **MMS**, hija de A. V. M. S., sin datos del progenitor, nacida el 28 de febrero de 2010 en la ciudad de Medellín. (Ver fls. 71 al 73 del expediente: Copias de los respectivos Registros Civiles de Nacimiento).

Ahora bien, al cuestionarse con el recurso de apelación la valoración probatoria realizada por el a-quo en la sentencia impugnada, concluyendo la censora que en el presente caso no se logra superar el estándar legal exigido en el artículo 381 del Estatuto Procedimental Penal para condenar, certeza más allá de toda duda sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad del acusado en los mismos, es deber de la Sala abordar a plenitud el análisis de las probanzas atinentes a tales aspectos, resultando pertinente señalar que de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción judicial luego del análisis crítico y conjunto del acopio probatorio allegado a la actuación, en cuyo estudio se deben tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica, la dialéctica y la ciencia.

Ubicados en el análisis del material de conocimiento arrimado a la actuación se observa que en relación a la existencia de las conductas punibles endilgadas y la responsabilidad penal por las mismas en cabeza del acusado, se cuenta con el testimonio de la menor **E.T.S.**, a quien se le escuchó decir lo siguiente sobre el encausado: “El me tocó, me metió al baño, la puso a chupar a mi prima, nos hizo bañar, nos tocó... y me dio a las malas cigarrillo... me dio picos en la boca, y a mi prima la estaba tocando en la cuquita, y entonces llegó mi prima... y él tenía la camisa desabrochada y short también y se sacó el pene...” (Sic). Refiere la niña que estos hechos ocurrieron en el apartamento del acusado, quien le habría tocado su vagina con la mano, y que en el lugar también se encontraban sus otros tres primos menores de edad. Asevera además que el adulto le quitó la ropa y él se quedó desnudo: “en peloto” (Sic). Observó que introducía su pene en la boca de su prima.

Le contó estos hechos a las psicólogas: “... él me metió al baño, a mis primas, nos empezó a tocar, de ahí después nos llevó para la pieza, nos tocó, y después fue

mi tía por nosotros y le estaba tocando la cucuquita a Mélani” (Sic). Las acariciaba mientras las hacía tomar una ducha. También le contó lo sucedido a su tía A., quien llamó a la policía, luego fueron a presentar la denuncia en el CAIVAS de la FGN. Los tocamientos iniciaron cuando ella se encontraba sentada en un mueble: “Por los senos, la vaginita y el culito” (Sic). Aquel le decía que se dejara tocar el cuerpo o si no le pegaba; ella no lo tocó, pero le vio su miembro viril: “El coso” (Sic).

No le gusta ser objeto de este tipo de actos, se sintió mal. Fue hasta la casa del acusado por sus primos, a “reclamarlos” (Sic), y este cerró la puerta con candado y no les quería dejar salir; ya había estado en otras oportunidades en este inmueble. Indica que los hechos ocurrieron a las diez de la noche y los obligaron a consumir cigarrillos: “A las malas, nos abrió la boca y nos metió el cigarrillo” (Sic). En el baño les dio picos en la nuca, en la boca, les mostró el pene. Señala además que luego que su tía los sacó de la casa del acusado le pegó a sus primos A. y Y., porque tenían los ojos rojos y la boca les olía a cigarrillo.

A las preguntas formuladas por la defensora contestó que ha repetido varias veces el cuarto año; que hace mucho tiempo conoce al acusado; éste se mantenía llamándola, mirándole el cuerpo y ella no le hacía caso. Aquel día el justiciable tenía puesto un blue Jean, chanclas y un buso, ella no acostumbraba estar en esa residencia, fue hasta allí por sus primas.

Además fue interrogada en juicio la menor **M.M.S.**, quien mediante preguntas cortas y de manera parca manifestó que estudia preescolar. Además que sabe que nadie puede tocar su cuerpo, manifestando que nadie la ha tocado. Conoce al acusado, ha estado en su caso con su tía D. “arreglando” el lugar, los blue Jean. Se encuentra dando testimonio por: “lo de German” (Sic), porque la tocó, y está en la cárcel porque se comportó mal con ella, le tocó la “cosita” (Sic). Todo ocurrió en la casa del acusado, allí estaba su primo.

Por su parte la menor **AYMS** indicó que conoce al justiciable porque: “En estos días fuimos donde G.” (Sic). Afirma que entre esta persona y E. pasó algo; les tocó: “la vaginita, el culito y el cuerpo” (Sic), con su mano. “El día de los cumpleaños de mi hermanito, fuimos al parque, G. nos llamó disque pa que nos dieran unos billetes, y después nos encerró, y G. se puso a tomar cerveza, se

emborrachó, se fue pa la cama y después nosotros, vea M, y Y., y E. le quitaron la ropa y se le montaron encima y después él nos obligó a fumar cigarrillos, y después nos mandó a bañar” (Sic). Se sentó junto de la nevera y después escuchó que cerraron la reja, luego vio que la mamá de M. bajó y se la llevó, ella se fue para la casa, en el inmueble quedaron M. y Y.; M. le tocó a G. el “pipí” (Sic), el “culo” (Sic) y el cuerpo con las manos, él también la tocó. Le contó todo a su mamá, a A. y a Y.

Afirma que tocó el cuerpo al acusado con la mano, y le vio el “Pipí” (Sic). Había ido muchas veces a esta casa. Explica que el hombre los obligó a quitarle la ropa, estaba en la cama: “Se le montaron encima, después se acostó M. con G... después prendieron el televisor, y después ya se acostaron a ver un poco de películas” (Sic). Los cuatro menores fumaron cigarrillo; Y. tomó cerveza, Y. le tiró el cigarrillo a M. y estas se quemó en los: “senitos” (Sic). El acusado los hizo bañar; les prometió billetes para unas “salchipapas” (Sic), pero no les dio nada. A las preguntas complementarias respondió que los hechos sucedieron de noche; el procesado tocó a M. por encima de la ropa, mientras que a su primo no le pasó nada.

*Por su parte el menor **YAMS** solo dijo que conoce al acusado; que sabe que entre este y la menor M. sucedió algo, no responde más preguntas.*

Entre los adultos se escuchó en juicio a la abuela de los menores afectados, A. J. P. Z. Manifestó la atestante que es quien cuida a los nietos de la familia. El día de los hechos se suponía que los menores se encontraban jugando en el parque, luego su nieta A. los trajo y estos aparecen bañados. El Y. contó que el acusado los hizo bañar, bailar y fumar cigarrillo. Fue hasta la casa del procesado y le preguntó dónde estaba la niña del grupo que faltaba por aparecer, este respondió que no sabía nada al respecto; observó que tenía el cierre del pantalón abajo. El hombre le respondió: “Se está embobando, yo que voy a saber de muchachos... cuando salió la niña E.T.S... se largó a llorar... ya a los días la niña me dijo mamita esto me sucedió... fue que G. puso a chupar a E., a M. y enseguida me dijo a mí que me agachara y él tenía el pipí peludo”. (Sic). Permanecieron perdidos entre las cuatro y cinco de la tarde. Uno de los niños le dijo que el acusado les prometió unas monedas para que fueran a su casa, pero no se las dio.

*Indica además que los pequeños visitaban casi a diario la casa del procesado pues éste les ofrecía comida y dinero para comprar dulces. Lo niños ahora juegan a recrear lo que sucedió con esta persona, se encuentran afectados. Ella iba de vez en cuando a la residencia del inculcado. Una de las hermanas del encausado les ofreció dinero para que retiraran la denuncia. El día de los hechos había otro hombre sentado junto a la puerta de la vivienda de G. G. Z, y éste estaba en una silla, de allí salió la niña **E.T.S.** corriendo, no cruzó palabra con el otro individuos. Ya su nieta ANYI se había llevado a los otros tres menores para la casa. Nunca habían tenido problemas con el procesado; lo conoce desde hace muchos años, es vecino del barrio. Se encontró a A. cuando subía con tres de los niños, venía llorando y diciendo: “Yo lo voy a matar, lo voy a matar” (Sic). Es quien cuida a los menores mientras sus hijas trabajan.*

L. J. M. S. Madre de la niña A. y el menor Y. Manifiesta que A. buscó a los menores y estos llegaron mojados, con los ojos rojos y le contaron que el acusado los puso a fumar cigarrillo, que se encontraba tomando, se subieron a su cama y este comenzó a tocarle el cuerpo a la niña, ella también lo tocó: “El niño fue el que empezó a delatar a las tres niñas”; dijo que el adulto los puso a fumar cigarrillo, las mandó a bañar porque olían como a cucarrón y las acarició; a M. la puso a “chuparle el pipí” (Sic). Inmediatamente se dirigió a la casa del procesado y lo observó con la camisa desabrochada, igual la correa y cayéndosele los pantalones, lo enfrentó pero éste lo negó todo.

Afirma que los niños le hacían mandados al justiciable a cambio de monedas; se mantenían en el parque y cada que necesitaba un favor los llamaba. De vez en cuando ella le organizaba la casa y le cocinaba, en algunas oportunidades en que le preparaba alimentos, arribaban al lugar niñas de 13 y 14 años, solo observó que iban a comer. Cuando ella trabaja su madre quedaba al cuidado de sus hijos. Luego de los hechos estos asumieron una actitud de rebeldía. Nunca notó malicia de parte del adulto hacia los pequeños. Una de las hermanas del hombre les ofreció dinero para retirar la denuncia, les manifestó que el hombre estaba muy enfermo. Al arribar al lugar de los hechos ya se encontraban allí las hermanas del inculcado. Tan solo su hijo se encuentra desescolarizado en la actualidad. La primera en

llegar al lugar fue A. No se habían presentado situaciones similares con el acusado.

A. Y. M. S.. Madre de la menor MMS, y tía de varios de los menores afectados, dijo que los niños contaron que el acusado los puso a fumar, que ellos se le habían “encaramado” (Sic) en una silla en donde este se encontraba borracho, mientras que la menor de nueve años E. bailó para el adulto. Una de las niñas presentaba una quemadura de cigarrillo en el estómago. Refiera que a eso de las siete o siete y media de la noche comienzan a preocuparse por los niños; su hija regresa diciendo que había encontrado al procesado con la puerta cerrada, con los pantalones abajo y a E. bailándole, los otros niños también se encontraban allí. Cuando A. trajo a los niños, estaba llorando, nerviosa. Con anterioridad a este evento la niña M. había estado en la casa del acusado, de quien sabe se dedica a arreglar ropa, zapatos, y le tenían mucha confianza. La hermana del inculcado “Lucha” (Sic), les ofreció dinero para que retiraran la denuncia. Su hija cambió mucho, le dan miedo los hombres.

También se escuchó en juicio a varios profesionales que atendieron y valoraron a los menores:

JHON BAYRON CARDONA VÁSQUEZ. Profesional Especializado Forense FGN. Presentó informe psicológico forense. Valoró psicológicamente a la menor M.; indica que la menor no presenta alteraciones de sus rutinas de sueño o alimentaria, utiliza un lenguaje propio de su edad, fue participativa. Se encuentra descolarizada. Relató los hechos de manera coherente, concatenada, consistente con las declaraciones anteriores, no encuentra que haya sido manipulada por terceros; concluye que narró lo vivenciado. Refirió que tuvo un comportamiento sexualizado con el acusado; presenta una sintomatología ansiosa por los hechos pero que no afectan sus procesos mentales o cognitivos. Llega a las mismas conclusiones y hallazgos Luego de valorar a la menor A. y al niño quien presencié los hechos, y así se lo transmitió a su madre, no está fantaseando.

Indica que en su valoración consigna el relato transmitido por los menores al ser entrevistados. Explica que utilizó como elementos de análisis la

información suministrada por la Fiscalía, entre otros, el informe del protocolo SATAC, del cual extracta y transcribe la narración realizada por la menor M.M.S., en donde consta que la niña no hace revelación de los hechos investigados, se observan algunas marcas de quemadura de cigarrillo, e indica que se encontraba con G., pero no explica quién es, dice que está muerto, que los “polichias” lo mataron. La niña no suministró una versión detallada en desarrollo del referido protocolo, pero lo hace en la entrevista forense, narración que quedó consignada en su informe. Esta menor indica que el acusado la obligó a tener sexo oral, a “chuparle” (Sic) el “pene” (Sic), que si hacía eso le daba unas monedas, además que todos los menores fumaron cigarrillo, y le tocó su vagina.

ENIDIA LILINA MARÍN ARAUJO. Psicóloga adscrita al CTI de la FGN. Entrevistó a la menor E.T., quien le manifestó que se encontraba en un parque jugando con sus primos cuando el acusado los llama y van a su casa; allí el hombre cierra la puerta y les toca la vagina y las nalgas, con la mano y por debajo de la ropa, el niño solo observó. Que el adulto olía a “guaro” (Sic), y que había fumado dentro del inmueble. Describe al agresor como un señor con cara vieja, fea, que vestía sudadera, camisa de pijama y saco. Hasta allí arribó una familiar y se los llevó para la casa. En general la niña estuvo atenta y respondió a todas las preguntas.

TERESA OMAIRA RESTREPO MORENO. Psicóloga. Técnica investigadora grado II del CTI, adscrita al CESPAS de la Fiscalía. Realizó entrevista forense a A.Y.M.S. en el CAIVAS. Utilizó protocolo SATAC. La menor estuvo tranquila y participativa, reconoce partes de su cuerpo que nadie puede tocarle, como vagina, derrier y senos. Vio cuando el acusado quien estaba tomando “guaro” (Sic) le tocaba las zonas erógenas a E. y a M., y les daba picos en la boca, observó su miembro viril; dijo la niña que esta persona no tocó a su primo, ni a ella. La menor fue clara en todo lo que dijo. Verbalizaba adecuadamente, fue coherente en sus relatos.

ERIKA LUCÍA PEÑA LONDOÑO. Psicóloga. Técnica investigadora grado I del CTI, adscrita al CAIVAS de la Fiscalía. Entrevistó al menor J., quien para la época contaba con tres años de edad. Utilizó protocolo SATAC. El niño refiere que no le hicieron nada, observó que M. le “chupó” (Sic) el miembro

viril al acusado, quien se puso encima de la niña. Presenta buena memoria, uso del lenguaje acorde a su corta edad, es concreto.

Huelga aclarar en este punto del análisis que la prueba de cargos de estos testigos son elementos probatorios que tienen un contenido mixto: de una parte aseveraciones acerca de circunstancias fácticas que percibieron de manera directa, de otra, aserciones que tienen que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos del delito endilgado, que no fueron percibidos en forma directa.

También fue escuchada A. V. M. S.. Madre de la niña M.M.S. Trabajadora sexual. Conoce al acusado desde hace 12 años, lo consideraba un amigo, le colaboraba con los oficios de la casa. Dice que los menores frecuentaban la residencia del procesado, hacían mandados y este les daba monedas, en términos generales los trataba bien. Antes de los hechos no supo de quejas en contra de esta persona por hechos similares.

Estaba buscando a los menores y al llegar a la casa del inculcado E. le abrió la reja y pudo ingresar al pequeño apartamento; desde la puerta se puede ver la sala y la cama, observó que el acusado se encontraba acostado, con la camisa arriba del ombligo, el pantalón desabrochado, los niños encima, olía a cigarrillo. Cuando llegaron a la casa el niño contó que el adulto le puso el miembro viril a M. en la boca, que A. le sobaba el pecho, y el adulto le metía el dedo por la vagina a E., que los mandó a bañar. Por su parte M. decían que todo era mentira, pero el niño y las otras dos menores aseguraron lo contrario. M. estaba quemada en el estómago con cigarrillo, dijo que A. la quemó sin culpa cuando estaban fumando.

Por parte de los testigos de descargos depusieron en el foro de fondo K. M. U. R.. Sobrina del acusado. Señala que el día de los hechos había muerto una tía, por lo que el justiciable pasó todo el día tomando; ella fue la única de la familia que no bebió aquel día. W., A. y N., primo, amigo y esposo de una prima respectivamente, lo entraron totalmente ebrio al apartamento a eso de las siete p.m. y le cerraron la reja. Agregando además, que no observó entrar a ninguna otra persona al inmueble; pero que luego vio que una tía de los niños de nombre M. pretendía agredir con una navaja al inculcado, a quien

observó vestido, con su camisa; sostiene que éste ni siquiera se había enterado de lo que estaba pasando, creyó que el problema era con ella y no con él; en ese momento no había ningún menor de edad en el lugar, su tío le dijo que todo era mentira.

Afirma que L. llamó a la menor A. y le dijo que contara la verdad de lo que había pasado; por su parte la niña dijo que el acusado no les hizo nada, él estaba borracho y dormido, que se le montaron encima para sacarle la plata, ella lloraba y continuaba diciendo que no les había hecho nada; en ese momento la niña M. la sacó a los estrujones diciéndole que ella no sabía nada, que se fuera de allí. Durante muchos años de relación con la familia de los menores nunca hubo ningún problema, ni una denuncia, incluso visitaban con frecuencia su casa para pedirle plata, y porque el inculpatado les daba comida, en términos generales los ayudaba era muy bueno con ellas, las apreciaba mucho. La familia no estaba de acuerdo con que estas mujeres fueran a su casa. Refiere que su tío tiene dificultades para moverse debido a problemas físicos.

No observó a nadie ingresar a la casa de su tío, no sabe que pasó en este lugar. A pesar de sus problemas de movilidad, éste es capaz de desempeñar el oficio de guarnecedor. Entre el momento que entró a su casa ubicada en el segundo piso de la edificación, para arreglarse y salir para su trabajo, y el instante en que se percató de la algarabía en el primer piso transcurrieron aproximadamente dos minutos.

J. W. Z. G. Primo del acusado. El día de los hechos tomó aguardiente con el acusado y otros familiares, desde las dos de la tarde, hasta las seis y media cuando lo acostó en su apartamento totalmente borracho, solo, la reja cerrada, él no tenía las llaves, lo recostó en la cama, luego tomó un taxi con su señora y se fueron del lugar. No supo si luego de irse ingresaron otras personas al apartamento, o si allí quedaron otras personas. No sabe qué pasó con las demás personas que se quedaron y continuaron bebiendo. K. era una de las personas que estaba tomando.

R. E. Z. F.A. Prima del procesado. Llegó a las cinco y media de la tarde a la casa, no vio al acusado, le dijeron que estaba borracho y lo habían entrado a

su casa, la puerta la dejaron abierta y cerraron la reja. A las ocho y media o nueve de la noche, observó que K. pasó corriendo para la casa de G., luego llegaron la mamá de la niña y una tía diciendo que el acusado había tocado a la menor, que la había violado; por su parte la menor le dice que no había pasado nada, dijo: "...es que mi mamá es muy escandalosa... le están echando una cosa a G., algo que no fue...". Su tío permanecía en el interior del apartamento, K. lo estaba sosteniendo porque no se podía mantener en pie de la borrachera. Se fue del lugar aproximadamente a las ocho y media, o nueve de la noche, no supo nada más. K. no estaba ingiriendo licor. El acusado permaneció con el resto de familiares. Refiere además que mientras estaban sentados en el balcón ingiriendo licor, observaron dos niñas ingresar al apartamento del justiciable, tipo ocho, ocho y media, solas; en ese momento se escuchó el escándalo con las dos mujeres.

Afirma además que la discapacidad que soporta su familiar no le impide desempeñar las labores propias de un guarnecedor utilizando la mano que no tiene afectada. Que ella bajó con K. al apartamento de su tío. No se fijó en la ropa que éste tenía puesta. Afirma que la mayoría de niños estaban en la casa del acusado jugando, no sabe a qué entraron las dos menores familiares de las mujeres que pretendían agredir al acusado, pues se encontraba en el segundo piso. Solo vino a ver al procesado al momento de la algarabía.

F. J. T. R.. Lo recomendaron para arreglarle el televisor al acusado el día de los hechos. Arribó a la vivienda de este siendo las dos, dos y media de la tarde de ese domingo; fue atendido por el inculcado quien se encontraba solo, luego llegaron las hermanas y otras personas a despedirse, cuatro o tres personas; posteriormente llegó un primo de él, estos estuvieron hablando y bebiendo, el primo entraba y salía del lugar, la puerta estaba abierta; se retiró del lugar a las seis, seis y media de la tarde. No observó menores en dicha residencia.

J. R. D. O.. Investigador de la defensa. Aporta álbum fotográfico del lugar de los presuntos hechos, realizó seis entrevistas a familiares y vecinos del acusado. Introduce dicha evidencia demostrativa y certificado de defunción de la hermana del procesado de nombre FLOR.

A. J. M. R.. Vecino del acusado desde hace 32 años. El día de los hechos estuvo departiendo con este y otras personas bebiendo licor. Entraba y salía. El inculpatado estaba bebiendo desde las nueve o diez de la mañana, lo acompañó hasta las ocho y media, nueve de la noche. En la vivienda estuvo como desde las seis p.m., antes entraba y salía del lugar, porque estaba tomando afuera con otros amigos, junto a la casa en la parte alta. Observó a un señor que le estaba arreglando un televisor, lo vio a las seis, seis y media de la tarde. Generalmente la reja de esta casa se mantiene cerrada y la puerta abierta, cree que lo hace para que entre aire, pues el lugar es bastante encerrado. Finalmente fue con un primo a darle vuelta al señor G., lo vieron bastante ebrio y el familiar lo recoge y lo hasta su cama, luego salen cerrando solo la reja. Había visto anteriormente a los niños en la casa del encausado, el día de los hechos no. Conoce de los problemas físicos y de movilidad del procesado.

Queda claro entonces que se propuso la defensa derruir la acusación de la Fiscalía a través de sus testigos y refutando los de cargos, argumentando que su prohijado no pudo cometer los vejámenes de los que se le acusa por dos potísimas razones de orden fisiológico: Por el alto grado de embriaguez que presentaba la calenda de los hechos, y por las evidentes limitaciones de movilidad como consecuencia de las enfermedades que soporta. Aunado a lo cual los testigos de la defensa desvirtúan el indicio de presencia de los menores en el lugar de los hechos, dejando claro que el acusado siempre estuvo acompañado y que nadie advirtió la presencia de los pequeños en la residencia del procesado.

Arguye además la censora que los testimonios de cargos no logran demostrar la ocurrencia de los hechos, ni la responsabilidad del acusado; particularmente encuentra que los ofrecidos en juicio por las presuntas víctimas menores de edad contienen contradicciones, inconsistencias y mentiras; pero además, la minoría de edad de los pequeños y la negativa influencia del complejo entorno social y familiar en el que viven, en medio de carencias económicas, educativas, y afectivas, impiden tener por cierto lo dicho por estos. Para la letrada, los menores, quienes ni siquiera evidencian traumas por los presuntos abusos, fueron confusos, dubitativos,

suministraron versiones de los hechos producto de su febril imaginación, y se mostraron altamente manipulados por los adultos para maximizar los acontecimientos. En su criterio tales circunstancias impiden alcanzar el grado de certeza que exige la ley para dictar fallo de condena contra su defendido.

Es preciso iniciar la evaluación de estos argumentos defensivos indicando que es bien sabido que por las circunstancias en que generalmente ocurren estos delitos, en los que el agresor sexual invade la esfera íntima, privada de los menores de 14 años, aprovechándose de su ingenuidad, o de ciertos momentos de soledad, y en todo caso de sus condiciones de superioridad; lo narrado por los menores no puede mirarse como la simple contraposición a lo ofrecido por el victimario, para exigirle más evidencias que sus afirmaciones, si las mismas son coherentes con las circunstancias que rodearon los hechos, así como las condiciones y personalidad de los involucrados.

Igualmente es pacífica la jurisprudencia de la Sala Pena³ de la CSJ, por medio de la cual se refrenda la línea de pensamiento plasmada en diversas convenciones internacionales y desarrollada por la Corte Constitucional, en las cuales se señala que los testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual no deben ser desestimados por el simple hecho de no provenir de individuos que no han alcanzado la mayoría de edad; tampoco se trata de ubicarse en el otro extremo de la discusión, para otorgarles, sin más, plena credibilidad a sus dichos. La jurisprudencia enseña que para validar la versión de los menores, presuntas víctimas de actos sexuales, se precisa la aplicación del criterio de coherencia narrativa⁴, para deducir que no sólo su testimonio lo era, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba era ampliamente concordante. Esto ha dicho el máximo tribunal al respecto:

“En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto,

³ Cfr. CSJ., SP. Decisión del 26 de enero de 2006, Rad. 23706; SP. del 7 de diciembre de 2011, Rad. 37044; SP del 12 de septiembre 2012, Rad. 32396; SP. del 10 de julio de 2013, Rad. 40876; SP. del 8 de Agosto de 2013, Rad. 41136; SP. del 16 de abril de 2015, Rad. 43262; SP. del 6 de Mayo de 2015, Rad. 43880; SP. del 29 de julio de 2015, Rad. 9805.

⁴ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”⁵.

Es por ello, que cuando las declaraciones de los menores víctimas de este tipo de delitos sexuales se realizan con fluidez, estructurando un relato discursivamente coherente, advirtiéndose además que se expresa de una manera natural, espontánea, acorde a su edad, y el relato se encuentra concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, aunado a lo cual se advierte plena sanidad de sus sentidos, tal como sucede en este caso, siendo así mismo corroborados por las valoraciones de los expertos que los atendieron, es acertado que el fallador le confiera total credibilidad a lo dicho por las pequeñas víctimas, máxime cuando no se aporta al debate una contundente prueba de refutación por parte de la defensa, y por el contrario los testimonios de descargos evidencian inconsistencias y resultan en extremo contradictorios.

En consecuencia no resulta de recibo, es más, según la pacífica jurisprudencia al respecto, resultaría endógeno al debate, que sin mayores argumentos sobre todo de orden objetivo y científico, se pretenda desvirtuar el testimonio de los menores por una supuesta inmadurez psicológica.

Por el contrario la Corte Constitucional nos enseña en su jurisprudencia sobre el particular:

“La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.”⁶

En esta misma línea de pensamiento la Sala de Casación de la CSJ en su jurisprudencia ordinaria trató in extenso el asunto. Esto dijo al respecto:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar

⁵ Cfr. CSJ., SP. Providencia del 19 de enero de 2011, Rad. 30073.

⁶ Corte Constitucional, sentencia Rdo. T-078 de 2010, del 11 de febrero de 2010, M. P. Luís Ernesto Vargas Silva.

testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.”

*Precisamente, porque los relatos de los niños frente a acontecimientos que tiene importancia para sus vidas, por haberlos presenciado o experimentado, suelen ser bastante precisos y bien estructurados, **esas investigaciones científicas han concluido que los testimonios de los menores revisten una especial confiabilidad cuando se trata de conductas que atentan contra su libertad y formación sexuales.***

Como se observa, en el análisis integral del acervo probatorio emprendido, el ad quem tuvo en consideración también los referidos estudios especializados, con sustento en todo lo cual estimó digno de crédito el testimonio ofrecido por la menor afectada, en tanto carente de eficacia suasoria las exculpaciones esgrimidas por el acusado, sin que en dicha ponderación probatoria haya incurrido en los yerros atribuidos por el actor.”⁷

Colofón de lo hasta aquí dicho, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que actualmente se encuentra superada la tesis que sostenía que a las víctimas menores no se les podía creer por una presunta inmadurez psicológica, o falta de capacidad cognitiva o intelectual. Como se viene de explicar, en modo alguno puede cuestionarse la emisión de sentencia

⁷ CSJ. SP. Sentencia del 23 de junio de 2010, radicado 33.010, M.P. María del Rosario González.

condenatoria que fundamentalmente se soporte en la versión de víctimas menores de edad de delitos sexuales.

En relación con la importancia que adquiere el testimonio del menor de edad objeto de vejaciones sexuales, y el material indiciario en este tipo de delitos, puntualizó el Máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en sentencia T-554/03:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor”.

*Partiendo de lo que enseñan las glosas transcritas, y el análisis realizado en párrafos precedentes encuentra la Sala que los testimonios rendidos por las menores **E.T.S.**, **A.Y.M.S.** y **M.M.S.**, en cuanto a su presencia en la residencia del acusado junto a otros dos primos, también menores de edad, siendo objeto de prácticas sexuales por parte del acusado, y contrario a lo que opina la defensa, resultan coherentes, precisos, concordantes, claros y lógicos, siendo corroborados además por otros medios de prueba, por lo tanto se ofrecen creíbles frente al contenido típico de los delitos enrostrados al acusado; no obstante la parquedad y las respuestas cortas de la última de las atestantes en mención y el silencio que guardó el menor que presencié los hechos, el cual no aporta mayores elementos al debate, postura entendible dada su minoría de edad.*

Concuera esta Magistratura con el juez de primera instancia en que las menores utilizaron un lenguaje propio de su edad, dejando entrever que los vejámenes sexuales en su contra existieron y fueron realizados por el acusado aquel 5 de octubre del año 2014, en la residencia del adulto, al caer

la tarde y la llegada de la noche; no resultan por lo tanto extraño que utilizaran palabras como “pipi”, “culito”, “vaginita”, “cosita”, o expresiones como “chupar” o “chuparle el pipi”; ni que recuerden detalles de las circunstancias modales en que se desarrollaron los abusos, que tengan presente un buen cúmulo de información al respecto. Las ciencias humanas que se ocupan de esta esfera del conocimiento enseñan que este tipo de eventos puede generar recuerdo perdurable y que se guardan en la mente de los menores afectados, por lo traumático del acontecimiento, y ello no significa que estén mintiendo o sea el producto de una febril imaginación.

Ponen de presente además estas menores la relación de vecindad que tenían con el justiciable, así como las buenas referencias del mismo, en estos tópicos son contestes con los testigos de descargos. Siendo los infantes testigos presenciales de los hechos, por la naturaleza generalmente clandestina de estos hechos, los testigos directos por excelencia; sin que además se observen problemas de rememoración, fabulaciones u otra circunstancia que mine la fuerza de sus declaraciones, analizadas, claro está, a la luz de los demás elementos de conocimiento puestos a disposición de la judicatura, con los cuales en criterio de esta Sala se obtiene en este caso el grado de certeza reclamado por el inciso 2º del artículo 381 del C. Penal, necesario para emitir sentencia de condena en contra del acusado.

Sostiene la apelante que los menores incurren en inconsistencias, contradicciones y mentiras. Huelga aclarar que la jurisprudencia de las altas cortes ha enseñado que en ciertos casos, cuando aquellos versan sobre puntos específicos, no poseen la fuerza necesaria para derruir la teoría incriminadora, si se tiene en cuenta que generalmente versan sobre aspectos secundarios y no centrales del debate, como quiera que tales imprecisiones responden más al paso del tiempo, entre otros factores que pueden explicarlos, circunstancia frente a las cuales en no pocas oportunidades la memoria humana es altamente falible, que a posturas falaces o maledicentes de su parte, y si partimos del hecho de la escasa edad que ostentan varios de los menores, contrario al sentir de la impugnante, sus atestaciones resultan altamente coherentes, cohesionadas, y más importante aún, son corroboradas por otros medios de prueba. Tampoco se vislumbra la alegada manipulación por parte de los adultos.

Ilustrativo sobre el particular resulta la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ, proceso radicado Nro. 30305, del 5 de noviembre de 2008, en la cual el Alto Tribunal señala que incluso una perfecta coincidencia podría conducir a tener al testimonio como preparado o aleccionado, no obstante si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos, importando poco las contradicciones en lo secundario, ya que lo que es verdaderamente relevante es que exista uniformidad en los tópicos esenciales, lo que la jurisprudencia a denominado “núcleo duro” de la investigación penal. Y es que en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insustanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad; lo realmente importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que la misma sea más allá de toda duda.

Tampoco es aceptable que se pretenda descalificar lo dicho por los menores tratándolos como si se tratara de mentirosos patológicos que resultan condicionados a mentir por el hecho de pertenecer a los estratos menos favorecidos de la sociedad, esto es, por ser pobres y soportar complejas condiciones de vida, postura propias de tesis positivistas superadas por el moderno derecho penal en sociedades democráticas.

En efecto, tal como lo señala el a-quo en la decisión confutada, es evidente su interés en demostrar, unos, que finalizando la tarde llevaron al acusado hasta su casa en un grado tal de embriaguez por lo que le era imposible levantarse de su cama, y allí permaneció hasta que se presentaron las familiares de las menores acusándolo de los vejámenes sexuales; otros, que nunca lo perdieron de vista durante la tarde de aquel 5 de octubre; que los niños no ingresaron a su apartamento o ni siquiera estuvieron en las proximidades del inmueble. En definitiva, que el procesado permaneció solo al interior de su residencia, bajo el efecto de ingentes cantidades de bebidas espirituosas.

Sin embargo, a la luz de lo develado por los testimonios de familiares del acusado como K. M. U. R., R. E. Z. F.A, J. W. Z. G., o de desconocidos como

F. J. T. R., tales afirmaciones resultan francamente insostenibles. Así, la primera sostiene que fue la única del grupo que departió con su tío, que no bebió aquel día, sin embargo J. W. Z. G., primo del acusado, manifiesta lo contrario. La segunda, aceptó que en la casa del acriminado estuvieron jugando menores de edad, mientras el grueso de los atestantes insiste en que ningún infante pudo ingresar en aquella residencia. El tercero de los referidos testigos afirma que en compañía de otros dos hombres, y luego de compartir licor con G. Z., lo trasladaron a su apartamento y lo dejaron en un estado de total embriaguez, a eso de las 6 p.m., versión que choca con lo dicho por el último de los declarantes, quien sostiene que a pesar de ser un extraño estuvo en casa del justiciable reparándole un televisor en el lapso de 2 a 6 de la tarde, sin perderlos de vista, siendo atendido por el dueño de casa, cuando otros atestantes sostienen que el agente no podía tenerse en pie por los efectos del licor.

En fin, es evidente que la mayoría de estas personas tienen interés en ayudar a su familiar denotando su buena conducta anterior, esforzándose en demostrar que el día de los hechos no se encontraba en posibilidad de cometer las ilicitudes de las que se le acusa, derruir el grave indicio de presencia de los menores víctimas en el lugar de los hechos, y en lo posible mostrarlo ajeno a los acontecimientos. Repárese además, que incluso es la misma defensa letrada quien en la sustentación del recurso de apelación acepta que los menores de edad estuvieron presentes en la casa del procesado la calenda de los hechos, y en busca de dinero se subieron en el hombre, siendo ese el momento cuando se producen tocamientos “normales”, justo cuando su defendido trata de bajarlos y apartarse de los menores.

De otra parte, tampoco se demostró en juicio que los testigos de cargo guardaran algún tipo de inquina, aversión, animadversión previa en contra del acusado, o tuvieran intereses ocultos en incriminarlo por estos hechos; por el contrario, es evidente la aceptación que el encausado tenía en la vecindad; innegable, y así quedó expuesto, el aprecio que por él sentían los familiares de las víctimas, quienes dan a entender que incluso realizaban labores domésticas para el acusado, y en contraprestación éste les ayudaba económicamente, en otras oportunidades incluso obtenían alimentos para

ellas y su prole. En fin, las actividades laborales que podían desarrollar en la residencia del justiciable reportaban ingresos extras para la necesitada economía familiar, en ocasiones debido a las vicisitudes de su oficio como trabajadoras sexuales, constituía el único ingreso. Incluso manifiestan las testigos que lo consideraban un amigo.

De acuerdo a las reglas de la experiencia carece de sentido entonces que luego de tantos años de conocer al acusado, y de las buenas relaciones de vecindad y hasta de amistad que los unían, sin motivo aparente las testigos de cargo pretendan perjudicar ahora al acusado, de quien de una u otra manera obtenían, así fuera esporádicamente una ayuda económica. Por lo menos con base en el material probatorio debatido en juicio, no puede tacharse los testimonios de la defensa de mendaces, o de tener intenciones maledicentes o veladas al respecto, no quedó demostrado algún tipo de animosidad por lo que deba descalificarse sus declaraciones.

En cuanto al reparo de la libelista frente a los testimonios de la madre de una de las víctimas, la abuela de los menores, y los profesionales que los valoraron y entrevistaron, a las que califica de pruebas de referencia inanes para soportar el fallo condenatorio, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, es menester realizar las siguientes precisiones:

Enseña la jurisprudencia de La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dictada en sentencia del 11 de abril de 2007, radicado 26.128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, que en este tipo de ilicitudes que atentan contra la libertad y formación sexual, así como la dignidad de los menores de edad resulta de vital la prueba indiciaria o indirecta:

“Como lo ha dicho la Corte, en los procesos que cursan por la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana, por regla general, no existe prueba de carácter directa sino que la reconstrucción del acontecer fáctico se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que correlacionados entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.”

Puesto que en este tipo de delitos generalmente el único testimonio directo con que se cuenta es la propia víctima, por lo que para lograr la reconstrucción fáctica de lo ocurrido se acude a las referencias hechas por

los diferentes elementos de juicio aportados al debate, que en palabras de la Sala de Casación Penal de la CSJ: “correlacionadas entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado”⁸. Le corresponderá entonces al fallador abordar acuciosamente el estudio conjunto de las plurales pruebas allegadas a la actuación, para que analizadas las diversas declaraciones producidas en el juicio, a través de la mirada de un observador inteligente surjan a la luz y se puedan corroborar las diferentes circunstancias concomitantes que arrojen claridad sobre lo que realmente aconteció en cada caso.

Así lo ha dejado claro el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria cuando en un evento similar indicó: “Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo.”

Contrario entonces a lo aseverado por la togada, puede afirmarse que la doctrina plasmada en la jurisprudencia de las altas cortes se enseña que en este tipo de casos se suele acudir a la evidencia de corroboración de circunstancias concomitantes, es lo usual a falta de testigos directos y lo que resulta procedente cuando de delitos de índole sexual se trata⁹; por lo tanto no resulta extraño que se eche mano de este tipo de elementos para esclarecer lo realmente ocurrido. En síntesis, la información que suministran testigos como los profesionales que atendieron y valoraron a los menores puede contribuir al esclarecimiento de los hechos, al transmitir el conocimiento directo de lo que escucharon narrar por las víctimas, lo que estas exteriorizaron al momento de la valoración y sus conclusiones, no obstante que no son testigos directos de los hechos.

⁸ CSJ. SP. Sentencia 26.128 del 11 de abril de 2007. M.P. Jorge Luís Quintero Milanés.

⁹ Entre otras puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

Ilustrativo sobre el particular las glosas de la Sala de Casación Penal de la CSJ¹⁰ al reflexionar sobre el valor del relato consignado en las entrevistas elaboradas por el profesional al valorar a la víctima:

“Encuentra la Corte que el Ministerio Público, para arribar a esa conclusión, descontextualiza la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, pues si bien allí se señaló que las manifestaciones de la víctima hechas al médico legista no constituyen prueba testimonial directa, también es cierto que en la misma decisión se expresó que dicha versión forma parte integral de la prueba pericial por constituir una unidad estructural con el aspecto técnico de la misma, por cuanto las entrevistas realizadas a las víctimas, en dictámenes como el objeto de examen en el presente caso, comportan algunos de los elementos de juicio que tiene al alcance el perito para elaborar la experticia, de cuyo contenido debe entonces dar cuenta al juzgador, según así se desprende de lo establecido en el inciso segundo del artículo 251 de la Ley 600 de 2000.

Aunque, desde luego, como los hechos registrados en esas circunstancias por el perito no tienen origen en una percepción directa de los mismos, esa parte del experticio constituye un elemento de referencia, cuyo poder persuasivo debe ser estudiado, “analizando de manera razonable el grado de su aporte, teniendo en cuenta entre otras razones, las circunstancias que rodearon la fuente de su conocimiento, sopesado siempre frente a los demás elementos de juicio con que se cuenta en el proceso”, sin que haya lugar a su rechazo in limine por la sola consideración de su falta de originalidad, como se expresa en la sentencia evocada por el Ministerio Público.

En tales condiciones, como parte integrante de la prueba pericial, dicha entrevista constituye prueba y, por tanto, puede servir de base para fundamentar los elementos estructurales del hecho punible, así como la responsabilidad del acusado, por cuya razón respecto de la misma sí resulta dable predicar la existencia de errores atacables en sede de casación”.

Igual de significativas que las manifestaciones que sobre los hechos realizan las víctimas de manera personal y directa al perito, son las atestaciones que a su vez rinden éstos sobre lo percibido directamente en la valoración; para el sub lite las sicólogas y el médico legista, que conforme lo enseña la jurisprudencia, no constituyen ni pueden ser valoradas como pruebas de referencia.

Dijo la Alta Corporación al respecto¹¹:

“El problema jurídico principal apunta a la naturaleza jurídica de los testimonios de los peritos que presentó la Fiscalía en juicio oral con el propósito de demostrar que el acusado (...) desarrolló actos sexuales diversos del acceso carnal en su sobrina de 8 años de edad... Para el juzgador de primera instancia, no existe prueba directa de ese hecho porque quienes

¹⁰ CSJ. SP. Radicado 32099 del 221 de julio de 2009. M.P. María del Rosario González.

¹¹ Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal presidida por el Magistrado Ricardo de la Pava Marulanda, radicado 2012- 47082, del 25 de septiembre de 2014.

podieron deponer sobre el mismo –la víctima y su abuelo- (...) se abstuvieron de hacerlo en el juicio amparados en el derecho constitucional de no testimoniar contra su pariente consanguíneo (tío de la víctima), y los testigos peritos (2 médicos legistas y 2 sicólogos) son de referencia.
(...)

Tiene razón la Fiscalía censora, pues desconoce la judicatura de primer nivel la línea jurisprudencial sobre la materia. Veamos: En el radicado 30355 afirmó la Corte Suprema que **“tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones (...). Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio. Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial (...).**

“Fenómeno similar al anterior tiene lugar con el reconocimiento médico legal (...) pues uno de sus elementos es la anamnesis del examinado, la cual no es otra cosa que el relato que de los hechos hace este último al legista. No obstante, como es sabido, ello no permite tener al peritaje... como prueba de referencia, pues su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que el legista percibe”...

Y en el radicado 33651/11 afirmó la Alta Corporación sobre este mismo tema: **“Como lo determina la ley procesal de corte acusatorio, a los peritos les aplica las reglas del testimonio, tal y como ocurrió en el caso en estudio, pues comparecieron en el juicio, sometiéndose cada una al correspondiente interrogatorio y contrainterrogatorio realizado por las partes, justamente sobre la base de sus opiniones expresadas en sus respectivos informes (exámenes, hallazgos y conclusiones) solicitadas a ellas por el ente instructor. La Sala ratifica y mantiene la línea jurisprudencial en punto de las pruebas de referencia, en el sentido que las mismas no pueden ser consideradas como tal, cuando los peritos en cualquier área científica, artística o técnica, vierten sus conocimientos al interior del juicio oral y sus razones, criterios y opiniones son materia de crítica probatoria pues los especialistas –como en el caso en estudio- recopilan en sus evaluaciones todos los datos céntricos que presenta el paciente al momento de la entrevista (exploración de procesos mentales, estado de la memoria, del pensamiento, del lenguaje.... Para ello también se fundamentan en los antecedentes fácticos suministrados por los examinados en aras de realizar un escrito que contenga pautas concretas de credibilidad o de descarte...**

Claro resulta entonces, que los testimonios de los peritos, así contengan manifestaciones de los hechos que les reporta la víctima examinada (relato de lo sucedido a los sicólogos o anamnesis en las pericias médico legales), no son pruebas de referencia ni puede otorgárseles este alcance, pues a ellos no les corresponde deponer sobre los hechos que no le constan, ni sobre la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el examinado les ha informado, ya que, como reitera la jurisprudencia, ese es un ejercicio que le corresponde elaborarlo al juez dentro del marco de la sana crítica.”

Analizado lo dicho por los profesionales en juicio, uniformemente aseguran que lo dicho por los menores corresponde a lo que efectivamente vivenciaron; concluyen los expertos que en términos generales los niños demostraron tener buena memoria, usaron un lenguaje apropiado para su edad, no están inventando sus versiones de los hechos; por el contrario fueron claros, coherentes en los relatos. Se limitaron los peritos a transmitir lo personalmente observado, así como lo narrado por los entrevistados.

Es así, que cuando los indicios convergen en un resultado altamente probable la conclusión final a la que se arriba una vez analizado en conjunto el plexo probatorio debatido en juicio, queda por fuera del ámbito de influencia de la duda razonable dada la gran concordancia de los hechos que los conforman.

Sobre el particular ha dicho el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo.”¹²

Otro de los aspectos que genera inconformismo a la defensa es el que atañe a la ausencia de secuelas, huellas, afectaciones psicológicas o físicas en las víctimas; ante lo cual se puede significar que dada la presunción de derecho que opera en estos casos, es claro que el legislador no quiso dejar al arbitrio del juzgador la facultad de decidir cuándo encontraba causado el daño y cuándo no, por lo que presumió de derecho sin admitir prueba en contrario, haciendo ineficaces además las que así lo demostraban; por lo tanto en estos casos no se requiere demostrar secuelas, daños físicos o psicológicos en los menores víctimas para determinar la procedencia de la conducta punible, pues el legislador definió que los actos sexuales con menor de 14 años, per se, constituyen un delito.

¹² CSJ, SP. Sentencia 23.706 del 26 de enero de 2006. M.P. Marina Pulido de Barón.

Es decir, el acto sexual con menor de 14 años se configura por acciones de connotación sexual que comprometan zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no se circunscribe exclusivamente a los genitales, ni a tocamientos; tampoco se requiere que la conducta desviada deje huellas en la humanidad de la víctima, o en su comportamiento o siquis, ni que el acto tenga duración prolongada.

Por manera que despejados lo anteriores puntos de inconformidad expuestos por la apelante, tan solo resta por entrar a determinar si se ha logrado superar el estadio certeza racional y se supera el de la duda, siendo procedente emitir sentencia condenatoria en contra del acusado.

Para lo cual es menester indica que para dictar sentencia condenatoria se requiere de la certeza racional, no absoluta, como lo indicara la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 3 de febrero de 2010, radicado 32.863, M.P., María del Rosario González:

“Ahora bien, en punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 dispone que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7°:

“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.

“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas fuera de texto).

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional¹³ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”

Así las cosas, los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles, que analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, confluyan en las exigencias legales para disponer la condena como lo solicita la Fiscalía en el caso que nos ocupa.

Tampoco tiene vocación de prosperidad el reparo por la presunta afectación del principio de inmediación alegado por la censora. Para dilucidar adecuadamente la solución a este cuestionamiento resultan ilustrativas las siguientes glosas de más reciente jurisprudencia de la CSJ, Sala de Casación Penal, en las que el Alto Tribunal deja claro que se ha venido morigerando la posibilidad de decretar la nulidad por este motivo, derivándolo a casos excepcionales:

¹³ En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

“La Corte en la decisión ya reseñada (rad. 38512) morigeró el criterio de declarar la nulidad de la actuación a fin de repetir tal diligencia. En esta óptica, luego de asumir que los cambios del servidor judicial pueden obedecer a situaciones personales, administrativas o de distinta índole, se indicó que la declaratoria de nulidad para repetir el juicio ha de ser excepcionalísima cuando se evidencie una grave lesión a los derechos o garantías superiores, ello tras ponderar también el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, así como los derechos de los menores víctimas o testigos dentro del proceso penal. Esa limitación de la inmediación también está justificada ante la garantía fundamental del procesado a impugnar la sentencia de condena, reconocida en instrumentos internacionales y en los artículos 29 y 31 del texto superior, lo cual ha sido ampliado por la CC C-047/07 para fallos absolutorios en aras del derecho de igualdad y de las garantías de las víctimas. Por lo tanto, para posibilitar el conocimiento de otro funcionario, ora de la misma categoría o como superior funcional, se ha insistido en que se debe acudir a los recursos tecnológicos, visuales y sonoros, para preservar el desarrollo del juicio, como medios inherentes a la oralidad, que si bien no reemplazan la percepción directa que de las pruebas tiene el juez, sí permiten revisar la actuación con miras a estudiar los puntos abordados por las partes”¹⁴

Son suficientes entonces las elucubraciones realizadas en torno a ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle a G. G. Z., pues como lo enseña la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ordinaria, el señalamiento incriminatorio de los menores víctimas se encuentra refrendado por otras pruebas; además la corroboración de las circunstancias concomitantes dejan claros indicios de la ocurrencia del acontecimiento; por lo tanto la censura en torno a la valoración probatoria resulta insustancial y no está llamada a prosperar, debiéndose disponer la confirmación de la sentencia confutada, pues al igual que el *a-quo*, concluye la Sala que en este caso se alcanzó la certeza racional de la que habla la jurisprudencia sobre la realización del hecho y la responsabilidad que cabe atribuirle al acusado.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria impugnada.

¹⁴ CSJ, SP. SP880-2017. Radicación 42656. Aprobado en acta de 22 del 30 de enero de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

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

RELEVANTE SALA DE DECISIÓN PENAL

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 61/ 18 DE MAYO ENERO DE 2017
RADICADO	: 05 001 60 00206 2014 48664
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 18 DE MAYO DE 2017
DECISIÓN	: CONFIRMA FALLO CONDENATORIO
DELITOS	: ACCESI CARNAL ABUSIVO CON MENOR 14

AÑOS Y OTRO

DESCRIPTOR

- DELITO DE ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS / NATURALEZA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS CON LAS FIGURAS TÍPICAS / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ABUSADOS SEXUALMENTE. JURISPRUDENCIA / SUPERADA TESIS DE PRESUNTA INMADUREZ PSICOLÓGICA QUE IMPEDÍA TENER POR CIERTO EL DICHO DEL MENOR ABUSADO / PRUEBA INDICIARIA. MATERIAL DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICO / VALOR PROBATORIO DE LAS ENTREVISTAS QUE REALIZA EL MÉDICO QUE VALORA AL MENOR ABUSADO / HUELLAS EN DELITOS SEXUALES. JURISPRUDENCIA / GRADO DE CONOCIMIENTO PARA CONDENAR / PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. JURISPRUDENCIA.

RESTRICTOR

- Tratándose de estos delitos el legislador presume la falta de autodeterminación en el menor abusado para disponer de su cuerpo con finalidades erótico sexuales. No interesa si la víctima consiente los actos libidinosos, el legislador sanciona la invasión de la órbita privada, íntima de los niños; pretender protegerlos de cualquier indebida injerencia en el desarrollo de esta parte de su vida.

-Lo narrado por los menores de edad víctimas de delitos sexuales no puede mirarse como la simple contraposición de lo ofrecido y dicho por su agresor, exigiéndosele evidencias diferentes a sus afirmaciones, si estas resultan coherentes con las circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados.

- Valoración del testimonio menor de edad presunta víctima de delitos sexuales / Superada tesis de presunta incapacidad psicológica por minoría de edad de las víctimas que acuden a rendir su testimonio en juicio / Jurisprudencia.

- Análisis conjunto del material probatorio en casos de violencia sexual contra menores de edad.

- Testimonio de los profesionales que atienden a las víctimas menores, son prueba directa de lo percibido; informan lo que escuchan de boca de los directamente afectados, cómo los encuentran, de lo plasmado en sus informes como conclusiones. / Prueba de referencia. Jurisprudencia.

- No se requieren de huellas físicas para entender estructurado el delito sexual cometido contra niños, niñas y adolescentes. Jurisprudencia.

- Para condenar el juez debe lograr un conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad en cabeza del acusado. Se debe superar este estándar legal, artículo 381 del C.P.P.

- Situaciones administrativas como el cambio de funcionario antes de la emisión del fallo no vulneran el principio de inmediación.