

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

Sentencia de Segunda Instancia

Radicado: Nro. 05 266 60 00 203 2011 05558

Acusado: C. H. G. I.

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Asunto: Apelación sentencia Absolutoria

Decisión: Revoca

Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín

Acta Nro. 009

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala de Decisión Penal

Medellín, treinta de enero de dos mil dieciocho.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el Delegado Fiscal 250 Seccional, contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2015 por el Juzgado Único Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, que absolvió al ciudadano **C. H. G. I.** del punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

De acuerdo con lo probado en el juicio oral, y según lo narrado en el mismo fallo de instancia, los hechos se presentaron en las siguientes circunstancias temporo espaciales:

A mediados del mes de mayo de 2011, al interior de la residencia ubicada en la Carrera XX N° XX Sur-XXX Piso 2º del barrio “Las Brisas” del Municipio de Sabaneta, Antioquia, la señora L. A. O. M., mientras vestía con su pijama a su hija de 5 años V.C.O. observó su área genital enrojecida, percatándose a su vez de la presencia de un inusual flujo en sus prendas íntimas, razón por la cual requirió a la niña respecto a si alguien la estaba tocando, intentando indagar con ésta el posible autor de los hechos, para lo cual le relacionó los nombres de sus tíos y de su padre, a lo que la niña respondía que “no”. No obstante, al mencionarle el nombre de Carlos -refiriéndose al compañero permanente de Luz Dary, su cuñada, quienes residían en el primer piso de la edificación, y con quienes dejaban la niña a su cuidado de lunes a sábado por asuntos de índole laboral-, la menor víctima “*se quedó callada*”, pero luego advirtió a la madre el temor de que ella la castigase, pero finalmente ésta la persuadió de que ello no sería así y por tanto la niña le narró el acontecer abusivo del cual fue objeto por parte del aquí procesado.

Posteriormente la señora L. A. O. M. notificó a su compañero permanente y padre de la víctima de lo ocurrido, señor C. E. C. R. -puesto que para dicha fecha éste no vivía en dicho lugar- quien a su vez, “*inmediatamente*”, requirió a su hija sobre lo sucedido, y ésta le manifestó que “*cuando se quedaba sola con él (refiriéndose a C. H. G. I.), le quitaba la ropa, la ponía encima de él, se desnudaba y la tocaba como la mamá la baña con el jabón*”.

Ante lo manifestado por su hija, el señor C. E. C. R. requirió a su hermana Luz Dary y su cuñado **C. H. G. I.** sobre lo ocurrido, quienes negaron la versión de la niña. No obstante, atendiendo al discurrir de las cosas, pasados algunos días, el padre de la ofendida interpuso denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación en contra de su cuñado **C. H. G. I.**, lo cual originó la presente actuación.

En audiencias preliminares concentradas llevadas a cabo el 5 de julio de 2012 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Sabaneta, Antioquia, la Fiscalía General de la Nación, a través de su delegado, formuló imputación al ciudadano **C. H. G. I.** por la comisión del delito previsto y sancionado en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, esto es, actos sexuales con menor de 14 años, agravado por la circunstancia de que trata el numeral 2° del artículo 211 del mismo compendio normativo, sin que los cargos hubiesen sido aceptados por el imputado. En audiencia siguiente, y a instancia del ente de persecución penal, la Judicatura impuso a **C. H. G. I.** medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

En virtud de la competencia de todo orden, asumió conocimiento en este asunto, el Juzgado Único Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, Despacho ante el cual, la Fiscalía formuló acusación en contra de **C. H. G. I.** en los mismos términos fácticos y jurídicos de la imputación.

Agotada la ritualidad prevista en la Ley 906 de 2004, el Juez de instancia emitió fallo de carácter absolutorio, el cual basó

en que los testimonios que constituyeron la prueba de cargo evidenciaron serias contradicciones.

En primer lugar, según se detallará con mayor profundidad en desarrollo de la alzada, evidenció el funcionario de instancia algunas inconsistencias entre las entrevistas efectuadas por los testigos de cargos ante la Fiscalía en el año 2011 y lo declarado en juicio en 2014; y, en segundo lugar, no halló coherencia total en el interior de las atestaciones de cada uno de ellos, especialmente, restó credibilidad a la declaración de la menor víctima V.C.O., por cuanto al narrar lo sucedido, no fue lo suficientemente clara, natural, espontánea y tranquila, puesto que sólo respondió en juicio a preguntas sugestivas o inductivas. Además, en preguntas esenciales, guardó silencio.

En consecuencia, dejó sentado el *A quo* no haber arribado al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la tipicidad de la conducta y la responsabilidad del acusado, considerando necesario absolverlo de todo cargo.

Inconforme con la decisión, el Delegado 250 de la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, el cual se procede a desatar por esta Corporación, proveída como está, de la competencia de todo orden para ello.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Refirió el recurrente que al contrario de lo expresado por el *A quo* en el fallo de instancia, la conducta delictiva sí existió, puesto que la menor le manifestó a su madre L. A. O. M., que **Carlos** le quitaba la ropa y la acariciaba por todas partes. Además, la madre observó que la vagina de su hija se encontraba enrojecida

y con un flujo. En consecuencia, no puede desecharse el testimonio de L. A. O. M. Osorio, con el argumento de que en las entrevistas rendidas ante la Fiscalía en el año 2011, ésta no expuso tantos detalles como lo hizo en el juicio, por cuanto las entrevistas no son prueba sino medios que sirven para encausar la investigación, en cambio, las practicadas en juicio, sí lo son.

Destacó que otro argumento del Juez de instancia para desechar el testimonio de la madre de la menor ofendida fue una contradicción sobre el mes en el cual advirtió el flujo vaginal que la niña presentó, cuando ese aspecto no es una inconsistencia medular para el caso que nos ocupa, toda vez que la madre de la menor siempre ha sostenido el cambio de comportamiento en ésta luego del acaecimiento de los desafortunados hechos de los que fue víctima.

Arguyó que las contradicciones de los progenitores de la ofendida en aspectos periféricos más no sustanciales, entre lo expuesto en las entrevistas y lo dicho en el juicio, se pudieron presentar por el transcurso del tiempo, toda vez que los hechos ocurrieron en el año 2011, y la práctica testimonial tuvo lugar en 2014, esto es, tres años después, sin que por tanto pueda restarse credibilidad al testimonio.

Indica que la menor puso en conocimiento de sus padres lo sucedido, tanto así que ambos progenitores requirieron al acusado **C. H. G. I. Galeano** y a su compañera sentimental Luz Dary sobre lo ocurrido. Y, posteriormente, se presentó la denuncia penal, por la credibilidad que le dieron a su hija, más no por una eventual animadversión contra **C. H. G. I.** Destaca que antes de los hechos, se percibe un ambiente de cordialidad y amabilidad entre Luz Dary, su cónyuge **C. H. G. I.** y los padres de la ofendida, de lo

contrario, no dejarían éstos siempre a la menor al cuidado de aquellos. Nótese que la niña, según se dijo, tenía un vínculo muy estrecho con el acusado, razón por la cual se descarta una posible animadversión en su contra.

Precisa el recurrente, que el fallador desestimó la atestación de la menor por cuanto, por regla general, ésta guardó silencio ante preguntas sobre “circunstancias especiales”, de ahí que la incriminación que le hiciera al acusado no fuera precisa, sino ambigua y carente de espontaneidad, fluidez y originalidad. Sin embargo, el *A quo* “exigió demasiado” al testimonio de la menor, de apenas cinco años, lo cual riñe con su escasa edad. Además, los menores sienten vergüenza al recordar episodios como los que aquí se juzgan, razón por la cual, no se puede exigir en éstos una narrativa igual que a un adulto, y a continuación expone *in extenso* las consecuencias psicológicas que padecen los niños frente a esta clase de flagelos, que pueden explicar el comportamiento retraído de la niña en el juicio, lo cual no fue tenido en cuenta por el fallador en su sentencia.

Manifestó que no puede desecharse el testimonio de la profesora Liliana Esther Silva La Valle con una simple aparente contradicción entre lo expuesto en la entrevista y en el juicio, toda vez que dicha contradicción no existió, lo que se presentó por parte del *A quo* fue una tergiversación de lo dicho en ambos escenarios. En efecto, en entrevista expresó la docente que la menor le contó lo sucedido tranquilamente, y en juicio adujo que la observó desesperada y con miedos. Sin embargo, lo que quiso decir la testigo con el término “tranquila”, fue que la narración de la niña no se tornó fantasiosa, burlesca o poco seria, lo cual no significaba que en otros momentos en la escuela la niña no se mostrara con miedos para ir al baño o quedarse sola.

Expuso que la declaración de Yuli Andrea García Atehortúa, psicóloga de la Corporación Lucerito, quien atendió a la infante, fue considerada inútil e innecesaria por el fallador, por cuanto no percibió directamente los hechos. Sin embargo, ante dicha profesional, la menor, una vez más, expuso los aberrantes hechos de los que fue víctima, por lo cual destacó su relevancia.

Por último, luego de un análisis de las atestaciones de cargo y de descargo, concluyó que éstos últimos no lograron desvirtuar la existencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle al procesado, razón por la cual, depreca de la Sala la revocatoria de la sentencia de instancia y el proferimiento de una decisión de carácter condenatorio.

3. SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE:

La apoderada de la defensa manifestó que el silencio de la víctima en el juicio, pudo obedecer a que el hecho no existió, y por ende, no puede concluirse inexorablemente que dicho silencio y renuencia a declarar con fluidez sea una manifestación del presunto abuso sexual padecido por ésta.

También esgrimió que la incriminación que hizo la niña en el juicio a su defendido, pudo haber sido producto del cansancio que sentía la menor sobre la dinámica del juicio, y en consecuencia ésta declaró lo que todos querían escuchar, para así concluir prontamente la vista pública.

Realizó la Defensa un análisis de la atestación de la víctima, para concluir, al igual que el Juez, que dicha declaración

no es creíble, y por ende, debió desecharse, como correctamente se hizo, en su sentir, en el fallo de primera instancia.

Critica el testimonio de la madre de la menor, por cuanto se contradijo sobre la fecha en la cual la niña le narró lo sucedido (mayo o junio de 2011). Además, según la defensa, no actuó conforme lo haría una madre preocupada por su hija que presenta una anomalía orgánica como la que refirió, es decir, no la llevó prontamente a la entidad de salud competente ni atendió una citación de Medicina Legal, lo cual riñe con la experiencia en estos asuntos. Por último, resalta que la madre no tuvo cuidado, precaución o prudencia con la menor al requerirla sobre lo sucedido, y por ello le generó sentimientos de culpabilidad.

Sobre lo narrado por el padre de la ofendida, agrega que también incurrió en contradicción, puesto que en entrevista aludió que escuchó a la niña afirmar que el procesado “estando encima de ella”, le “abría las piernas” y le tocaba la vagina, cuando en juicio dijo que la menor le contó que le quitaba la ropa, que él se desnudaba y se le “subía encima”, lo cual es diferente.

Restó credibilidad a este testigo por no llevar oportunamente la niña a Medicina Legal y por incurrir en contradicciones no solo sobre su estado emocional, sino también sobre la fuente de conocimiento de los hechos, puesto que en la denuncia interpuesta en la Fiscalía afirmó que la madre de la menor fue quien le informó de lo sucedido, pero en el juicio indicó que ese conocimiento lo obtuvo directamente de la ofendida.

En el mismo sentido, se despachó contra el testimonio de la educadora Liliana Esther Silva La Valle, por cuanto los cambios de comportamiento que describió en el juicio, no los

anotó en las fichas académicas objeto de estipulación. Además, adujo que la niña le contó que los hechos sucedieron una vez, mientras que la ofendida expuso en el juicio que ocurrían siempre que se quedaba sola con el acusado. Advirtió también contradicciones en lo expuesto sobre su rendimiento académico.

Sobre el testimonio de la psicóloga de la fundación Lucerito, Yuli Andrea García Atehortúa, advirtió que quedó probado que la profesional cometió errores en el protocolo del tratamiento brindado a la menor, y destacó que la ofendida no señaló al procesado como autor de los vejámenes. Además, la vergüenza que advirtió la psicóloga en la niña, no siempre es compatible con un abuso sexual, razón por la cual considera fue correcto el análisis del *A quo* frente a este testimonio.

De otro lado, puso de presente un posible motivo de animadversión del padre de la niña con el enjuiciado por celos, puesto que la menor permanecía mucho tiempo en casa de éste y por ende había adquirido un vínculo muy fuerte con él, más que con su propio padre, según lo narrado por la madre de la víctima.

Por último, indicó que con los testigos de descargo se probó que su representado no permanecía en la casa los fines de semana, como lo afirmó el padre de la ofendida en entrevista, que la niña no se encontraba siempre sola con el acusado, y que posterior a los hechos la niña insistía en permanecer en la casa del presunto abusador y que la misma madre de V.C.O. solicitó a la compañera sentimental del procesado cuidara a la niña.

Por lo anterior, solicitó a la Sala confirmar la sentencia de primer grado, por no reunirse los requisitos para proferir condena, esto es, convencimiento más allá de toda duda

razonable sobre la real ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado.

4. CONSIDERACIONES:

Esta Sala de Decisión Penal es competente para desatar la alzada sometida a su consideración por el Fiscal Delegado 250 Seccional, de conformidad con el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, considera la Corporación que existen argumentos suficientes para conocer de fondo el asunto, con las limitaciones que impone la temática de estudio propuesta por el apelante y los asuntos que inescindiblemente se encuentren vinculados con aquellos.

En ese orden, el problema jurídico que deberá resolver la Sala se concreta en determinar si de las pruebas válidamente practicadas en el juicio oral y público, es posible obtener convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la real ocurrencia en el mundo fenomenológico de la conducta punible endilgada al acusado por la Fiscalía, como lo depreca en su calidad de recurrente, o si existe duda razonable al respecto, como lo adujeron el Juez de instancia en su sentencia y la Defensa en sus alegatos como no recurrente.

Previo a abordar tal planteamiento, es necesario realizar las siguientes precisiones:

El Legislador colombiano, en cumplimiento de las normas de orden constitucional e internacional que dan prelación a los derechos del niño, a través de la expedición de la Ley 599 de 2000, pretendió blindar a los menores de 14 años de cualquier interferencia de índole sexual, razón por la cual, ni siquiera en los

eventos en los cuales el menor “*consienta*” en los actos o accesos abusivos, el derecho penal podrá dejar de intervenir.

Dicho de otro modo, los menores de 14 años son considerados por el Estado Colombiano “*incapaces*” para disponer de su sexualidad o de su cuerpo como a bien lo tengan, debido a la inmadurez psicológica que se presume de dicha población, razón por la cual, el Estado, la sociedad y la familia, dada la corresponsabilidad que tienen entre sí sobre los menores de edad, deben velar porque éstos estén siempre libres de cualquier estímulo de carácter sexual, máxime en casos como el que nos atañe, en el que la víctima contaba apenas con 5 años de edad.

Precisamente, en aras de realizar de manera efectiva dicho fin, el Código Penal contempla como conducta punible los actos y accesos sexuales abusivos que se cometieran en contra de un menor de 14 años, con circunstancias de agravación dependiendo de la modalidad o calidad del infractor de la ley penal respecto de la víctima.

El mensaje de la ley es claro entonces para todos los ciudadanos, puesto que una de las funciones de la norma tiene un carácter eminentemente preventivo, encaminado a disuadir al eventual infractor de la ley penal para que con mayor razón, se abstenga de dar rienda suelta a su desviada libido sexual contra la población menor de 14 años, toda vez que, en caso de que el bien jurídico de la libertad y formación sexual sea vulnerado o puesto en peligro efectivo, el Estado, a través del derecho penal y su política criminal, intervenga de manera clara y contundente para proteger esos derechos y restaurar el tejido social lesionado por el delincuente, quien se enfrentará a penas efectivas de prisión que oscilan entre los 9 y 20 años, según se trate de actos o accesos

sexuales, sin derecho a sustitutos, subrogados o cualquier otro beneficio, por expresa prohibición legal.

Descendiendo al asunto que concita en esta oportunidad la atención de la Sala, debe acotarse que se procede por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, cuyos ingredientes estructurales normativos, son los siguientes:

“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”

Entonces, el tipo penal descrito en precedencia se puede actualizar por cualquier ciudadano -sujeto activo no calificado-, de las siguientes tres formas: **(i)** Con la ejecución de actos sexuales realizados en el cuerpo del menor de 14 años; **(ii)** Mediante actos sexuales realizados por el sujeto activo en su propio cuerpo o en el cuerpo de otras personas, pero en presencia de un menor de 14 años; y, **(iii)** cuando el agente induce a prácticas sexuales a un menor de 14 años.

Basta una sola de las tres formas indicadas para que se configure el delito. Y, en este caso, adviértase de una vez, acorde con la narrativa de la denunciante, y la prueba de cargos aducida en el juicio oral, la conducta se estructura toda vez que el procesado ejecutó actos sexuales en el cuerpo de la menor, concurriendo en su actuar, según se verá, la circunstancia prevista en el numeral 2 del artículo 211 del mismo compendio normativo, el cual es del siguiente tenor:

“ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008>. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

Hecha tal precisión, debe empezar por destacar la Sala como aspecto de suma importancia, que esta conducta punible, por regla general, ocurre en la clandestinidad, esto es, siempre, o casi siempre, los únicos testigos presenciales de los hechos son la víctima y el victimario y, como quiera que en el presente asunto el procesado se refugió en la garantía de guardar silencio en su propio juicio y la no autoincriminación, la única testigo directa o presencial de los hechos que vertió testimonio es la misma menor de edad V.C.O., víctima del abuso, por ello, su exposición, adquiere gran relevancia, por supuesto, luego de ser valorado en conjunto con las demás pruebas válidamente practicadas en el juicio oral, conforme las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.

En el presente caso se estableció con fehaciencia, que L. A. O. M. y C. E. C. R., compañeros permanentes, procrearon en el año 2005 a la niña V.C.O. El domicilio de dicho núcleo familiar, se encuentra ubicado en el segundo piso de la misma edificación donde viven los cónyuges Luz Dary -tía paterna de la niña- y **C. H. G. I.**, el aquí procesado, razón por la cual, por asuntos de índole laboral, cercanía de las viviendas y confianza dados los lazos de parentesco que los une, L. A. O. M. dejaba a su hija V.C.O. al cuidado de su cuñada Luz Dary y su cónyuge **C. H. G. I.**, lo que indica sin lugar a dudas, ausencia de animadversión de los padres de la menor ofendida con su tía Luz Dary y con el procesado C. H. G. I., puesto que, de no ser así, aquéllos jamás delegarían en éstos

esa celosa labor, como bien lo acotó la Fiscalía en sus alegatos de conclusión.

La única confrontación que tuvieron las familias, según quedó establecido en el juicio, se deriva de la ocurrencia de los hechos que en esta oportunidad juzga la Sala. Por ello, no tiene asidero probatorio la afirmación efectuada respecto a la existencia de cualquier antagonismo entre ambas familias antes de la ocurrencia de los hechos, por el contrario, se evidencia en las narraciones de varios de los declarantes, un ambiente de cordialidad y amabilidad, corroborado, se itera, por la delegación del cuidado de la menor en el procesado y su cónyuge.

Como consecuencia de ese voto de confianza depositado por la madre de la niña V.C.O., se desarrolló un vínculo muy fuerte con el procesado **C. H. G. I.** y su tía Luz Dary, puesto que la niña permanecía más tiempo con éstos que con sus propios padres. De lo anterior, la Defensa, tergiversando el debido contexto de las cosas, quiso introducir un supuesto “*motivo*” surgido en los padres para perjudicar al procesado, trayendo a colación unos presuntos “*celos*” derivados del gran afecto que la niña profesaba por su tía paterna y el acusado. Sin embargo, no advierte la Sala en las declaraciones de L. A. O. M., y menos de Carlos Castañeda –progenitores de la niña-, animadversión alguna en contra de C. H. G. I., razón por la cual, esa teoría que en vano ensaya la Defensa, no puede ser acogida, máxime que si con beneficio de inventario se aceptare que ello hubiese sido así, a los denunciantes sólo les bastaba no enviar a la niña a la residencia de los Galeano, para establecer así distancia o lejanía entre éstos y aquélla.

Se acreditó en el juicio oral, mediante testimonio de la denunciante y con los demás elementos de corroboración que se

referirán, que a mediados del mes de mayo de 2011, es decir, **cuando la niña apenas contaba con cinco años de edad, su madre, L. A. O. M., observó que la zona vaginal de la menor se encontraba enrojecida y emanaba un flujo**, siendo en efecto ese, un hecho indicador de suma importancia, que converge coherentemente en señalar que el organismo sexual de la niña estaba presentando irregulares alteraciones, en tanto ello no era normal para su muy corta edad, lo que de suyo le imprime credibilidad al dicho de la niña, cuando narra ante su progenitora, los actos abusivos de los que estaba siendo objeto por parte de “Carlos” su tío, pese al temor que evidenció inicialmente para señalarlo.

La afirmación efectuada respecto a que la denunciante no fue precisa en torno a la fecha en la que evidenció la alteración en el cuerpo de la niña, no tiene la connotación negativa que se le ha pretendido endilgar, toda vez que aquella en juicio indicó que ello ocurrió a mediados de mayo o de junio, esto es, hizo una aproximación razonable del momento del acontecer. Por tanto, aunque esa afirmación puede constituir una falta de precisión sobre la fecha exacta en la que conoció los hechos, –no una falacia–, para el caso no resulta ser fundamental, máxime cuando, según lo evidenciado, en este caso no se estableció la existencia de testimonios aprendidos o aleccionados, ya que los que constituyeron la prueba de cargos, fueron espontáneos y responsivos respecto a los aspectos vertebrales de la acusación.

Ello sin dejar de lado que la fecha aproximada de los hechos, queda realmente establecida, cuando se afirma que la denuncia penal fue interpuesta a finales de mayo 2011, lo que quiere decir que a mediados de ese mismo mes, fue que L. A. O. M. se enteró de lo ocurrido al conversar con su hija, sin que pueda recriminarse tampoco a la niña no haber reportado de inmediato

ese traumático acontecer, pues el abuso sexual del menor, conlleva también su abuso psicológico por la presión y manipulación que sobre él ejerce su victimario y aún la misma familia.

A ello sumado, que emerge apenas lógico que entre las entrevistas y la declaración en el juicio, los padres se hayan percatado de otros aspectos que desconocían al momento en que supieron de los hechos, verbigracia, los comportamientos posteriores de la niña quien constantemente evidenciaba temor a ser dejada sola. Además, no debe dejarse de lado que ésta manifestó inclusive desde un principio a su madre, temor a que ella la castigase por contar lo sucedido, lo que es apenas natural si se tiene en cuenta que el primer requerimiento que la testigo hizo a su hija fue casi de reproche, pues le incriminó si se estaba dejando tocar, y de otro lado, su agresor le advirtió la posibilidad de ser castigada por su madre si no guardaba silencio. De ahí que resulte apenas lógico que en un comienzo la niña callase y posteriormente sólo aportara algunos datos relacionados con la situación de abuso de que fue objeto.

En la víctima, por ese inadecuado reproche efectuado desde un comienzo por la madre, a no dudarlo, se potencializaron sentimientos de culpabilidad y vergüenza, propios en esta clase de abusos sexuales contra menores de edad, surgiendo entonces también lógica la poca narrativa que ésta evidenció en el juicio. Ello sin dejar de lado que también esa timidez obedece a la corta edad que ésta posee para narrar un hecho de tal naturaleza, sin que sea válido afirmar en este contexto en específico, que esa timidez evidenciada en la niña aún por sus entrevistadores, tenga que llevar a la Colegiatura a concluir que el hecho no existió, como lo afirma la Defensa y parece entenderlo el Juez de instancia, pues se itera, la evidencia física y las huellas del

abuso fueron constatadas por la misma madre de la niña, quien en sana lógica dedujo acertadamente que su hija podía estar siendo manipulada en sus genitales por alguna persona.

Además, ese sentimiento de culpabilidad de la niña para enfrentar el tema del abuso sexual del que fue víctima, también se evidencia cuando su madre L. A. O. M., enfrentó a su cuñada Luz Dary, y le informó que su cónyuge C. H. G. I. Galeano estaba cometiendo abusos con la niña, y ésta, mientras dicho reproche ocurría se ocultaba temerosa y con llanto, detrás de aquélla. En sana lógica, no puede colegirse, como lo pretende la Defensa, que es ese el comportamiento de un niño que está falseando la verdad de un suceso traumático como el que nos concita. Y de contera, no se entiende como el *A quo* exige para poder dar el valor adecuado al testimonio de la víctima, que ésta se haya expresado en forma natural y tranquila.

Es además muy significativo el hecho de que la víctima no acusara a los demás varones que continuamente tenían contacto con ella, como sus tíos sanguíneos, cuyos nombres le puso de presente uno a uno la madre, quien también le indagó por el papá, obteniendo de parte de aquélla respuestas negativas, pero al pronunciarle el nombre de Carlos, la menor inicialmente **“se quedó callada”** expresando a su inquisidora madre: **“es que usted me pega”**. Lo anterior indica que la víctima estaba explicando a su progenitora la razón por la cual no acusó inmediatamente a C. H. G. I., pues sentía temor a las represalias que en su contra se podían presentar, siendo la culpa un sentimiento común en los niños víctimas de abuso sexual. No obstante ello, según se colige razonadamente de lo sucedido en el juicio oral, ni antes de formularse la denuncia ni en desarrollo de las entrevistas y menos aún en el del juicio oral, la menor o sus

parientes, pusieron en duda la identificación del abusador, y la ocurrencia de los hechos. Aquélla y éstos han sido consistentes en el claro señalamiento que en su contra hacen por los actos de abuso que V.C.O. padeció.

Esa advertencia con la cual lograba habilidosamente el procesado pretender crear en la menor sentimientos de culpabilidad por los hechos para mantenerla callada, no puede surtir los efectos que tuvo en el fallo de primera instancia, en el que erróneamente se consideró que ello era falta de claridad frente a los hechos. V.C.O. describió una escena sexual que está en su mente sólo porque la vivió personalmente, pues dada su corta edad, y el contexto mismo en que ésta vivía según se constató en el juicio oral, era una niña que por su entorno familiar, no estaba expuesta a ese tipo de vivencias a través de otros medios, pues inclusive narra la niña en el juicio, al describir algunas de sus actividades cotidianas que hacía, que entre sus programas televisivos favoritos estaban los que contenían caricaturas y competencias recreativas.

Los dichos de la víctima están además corroborados por el testimonio de su madre, desprevenido, creíble y confiable, contrario a lo estimado por el Despacho de instancia, puesto que rememora de manera natural la situación que enfrentó con su hija; además, como se anotó en precedencia, no se advierte animadversión alguna anterior de L. A. O. M. contra Luz Dary Restrepo o el procesado **C. H. G. I.**, que la llevaran a mentir sobre ese aspecto, sin que tengan relevancia las supuestas contradicciones traídas a colación en el fallo o por la Defensa, como cuando se indica que mientras el padre adujo que la niña indicó que el procesado la desnudó, ésta refirió que en ese momento ella tenía su prenda interior puesta. Estas afirmaciones dichas en uno y otro

escenario, antes que contradictorias, resultan consistentes para indicar que el hecho sí existió.

No advierte la Sala motivos distintos a la verdad para que una niña, de cinco 5 años de edad, exprese espontáneamente un “no” rotundo de abuso, cuando escuchó los nombres de sus tíos y padre, y que se hubiere quedado callada cuando la madre le puso de presente el nombre de CARLOS, justificando la misma a renglón seguido ese silencio, inclusive de manera inconsciente, al informarle a su progenitora el temor de hablar porque podía ser castigada.

Es precisamente por esa misma circunstancia, que se evidencia apenas lógico, que posteriormente la niña haya decidido contar a la madre, que **C. H. G. I. le tocaba la vagina” y “le daba picos en la boca”**, narrando inclusive en mayor detalle, pero sin entrar en contradicción, ante ambos progenitores, que él, refiriéndose a **C. H. G. I., le quitaba la ropita, la ponía encima de él y la acariciaba por todas partes.**

Es que el mismo padre de la ofendida, señor Carlos Castañeda Restrepo, antes que contradecir, corroboró la atestación de su compañera permanente, precisando que, en primer lugar, obtuvo información de los hechos por conducto de L. A. O. M., indicando además que cuando se enteró de lo acontecido, “inmediatamente” habló con su hija, y ésta le dijo que cuando se quedaban solos **Carlos se quitaba la ropa y le quitaba la ropa, la ponía encima y la tocaba como la mamá la baña con el jabón.**

Tanto los dichos de la madre como los datos proporcionados por el padre de la menor, reportan la misma escena

y concretan en sí la información vertida en sus propias palabras por la víctima.

Pero, además, precisa el mismo Carlos Castañeda, haciendo un análisis lógico de la situación, que le creyó a su hija porque ésta quería mucho a **C. H. G. I.**, y que era más apegada a éste y a Luz Dary que a ellos mismos como padres; por ende, como la niña tenía una relación “perfecta” con el procesado, no entendía por qué razón decía eso de la persona que más amaba.

Esta declaración, para la Sala, es coherente y objetiva, y antes que evidenciar animadversión alguna contra el procesado, lo que denota es el acercamiento y confianza que existía entre el testigo, padre de la menor, y la familia de aquél, sin que tenga asidero el argumento expuesto por la apoderada de la Defensa, quien se itera, pretende tergiversar esa circunstancia con un inexistente recelo en el padre de la niña, cuando éste lo que hace es narrar desprevenidamente cómo su hija sentía gran cariño por el procesado, y por tanto al señalarlo como su agresor le generó asombro, siendo inclusive ese un aspecto que le imprime aún mayor certeza a la información que la niña brindó.

No entiende pues la Colegiatura cómo para el *A quo* fueron trascendentales algunas circunstancias que califica como contradicciones importantes cuando ello se dio sobre hechos periféricos y accidentales que en manera alguna desvertebraban la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del encartado, cuando esas afirmaciones en si no desvirtúan la ocurrencia de los hechos narrados por la niña en el estrado judicial. Ello, sin dejar de lado que el tiempo transcurrido entre las entrevistas y el juicio oral, y factores incidentales como la capacidad para recordar del testigo, la nueva información que en ese mismo

lapso de tiempo obtuvieron los padres de la niña estando ya en posibilidad de ventilarlos en la vista pública, entre otros, pueden originar la omisión o el aporte razonable de algunos datos que no resultan cruciales en este caso como para afirmar que existe contradicción en una y otra versión.

Es que no puede descartarse el testimonio del señor Carlos Castañeda porque inicialmente afirmó que recibió información de la madre de la niña, y no directamente de su hija V.C.O., pues olvida el Juzgador, que el testigo precisó que luego de haber sido enterado del hecho por aquélla, “*inmediatamente*” preguntó a la menor sobre lo ocurrido y ésta le manifestó lo expuesto en líneas precedentes. Y, así lo corroboró la misma L. A. O. M., quien declaró en un mismo sentido.

La Defensa y el Fallador de instancia restan también credibilidad a los padres de la menor por el tiempo transcurrido entre el enteramiento de los hechos -mediados de mayo de 2011- y la formulación de la denuncia -finales de ese mismo mes y año-, olvidando que, como aquéllos lo explicaron en el juicio, primero requirieron al procesado, y además manifestaron preocupación por el bienestar de la menor, a quien no querían revictimizar.

De hecho, esta última fue una de las razones por las cuales decidieron los padres de la niña, no atender una de las citaciones que efectuó el Instituto de Medicina Legal, como lo dio a conocer en su exposición la testigo de la Defensa Alba Lucía González Velásquez, quien si bien es cierto en la constancia que elaboró cuando fungía como asistente de la Fiscalía, sólo plasmó que la denunciante le indicó haber olvidado la cita, también dejó en claro en su exposición oral, que existía otro motivo, cual era que la madre no quería remover sentimientos en la niña. Por tanto, errado

resulta afirmar, que por haber incurrido los padres en tal omisión, en sana lógica tiene que deducirse que el hecho no existió y que el procesado, quien fue señalado directamente por la víctima como su agresor, no fue la persona que lo ejecutó en la forma en que la niña lo indica.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que hechos como el presente, por regla general, ocasionan una verdadera tragedia familiar, en tanto no es fácil asimilar que una persona tan allegada a la niña, como lo era **C. H. G. I.**, su tío por afinidad, estuviese ejecutando en ella actos libidinosos cuando ésta apenas contaba con 5 años de edad, y le brindaba el amor y cariño de padre, pues éste fungía como su cuidador, y ejercía en ella actos de autoridad, razón por la cual, la conducta que se juzga se encuentra agravada. Ese término que se tomaron los padres para formular la respectiva denuncia penal, y para acudir con la niña a su EPS SURA -aproximadamente 12 días-, si bien no resulta plausible, para la Sala sí indica que en ningún momento los denunciantes obraron con intención de causar daño al procesado, o actuaron precipitadamente, pues lo que pretendieron fue constatar cautelosamente que las cosas si hayan ocurrido como lo indicó su hija.

Pese a ello, se estableció en el juicio que la niña fue atendida por la psicóloga **Yuli Andrea García Atehortúa** en la Institución Lucerito, y ésta declaró que la menor presentaba una **“perturbación emocional por un presunto abuso sexual”**, observando en ella síntomas de **“vergüenza”**. Y, agregó la profesional, que en una de las intervenciones, la niña le manifestó que **el esposo de una tía le tocaba la vagina**, razón por la cual inició el proceso de restablecimiento del trauma que mostraba V.C.O., **con secuelas como miedo a ir al baño, a dormir sola, a**

quedarse sola, evidenciando inseguridades y vergüenza cuando se le habla de asuntos sexuales, y aunque admitió que el abuso sexual no es la única causa que puede originar en una niña este último sentimiento, esto es, la “vergüenza”, en todo caso tanto la anamnesis que la especialista da a conocer como las secuelas que ésta evidencia en la víctima, se compaginan con la narrativa que inicialmente la misma hizo a sus padres sobre el episodio sexual que enfrentó con el procesado, debiéndose analizar además ese tópico en criterio de la Sala, bajo el contexto mismo que la prueba en general ofreció, a través del cual se establece que en efecto ésta venía siendo objeto de actos de tocamiento en sus partes erógenas, por parte del procesado.

No resulta entonces acertada la valoración que le imprime el *A quo* a este testimonio, con el argumento genérico de que en su atención a la menor V.C.O., la profesional Yuli Andrea García no siguió los protocolos establecidos por la psicología, obviando que si bien con el examen en comento, no se pretende probar lo ocurrido, sino brindar apoyo a la niña para la superación del trauma psicológico que en efecto evidenció por los hechos de que fue víctima, ello no se opone a que se dé el valor probatorio de rigor, a las afirmaciones que ésta hizo ante la especialista en una de las sesiones a las que la sometió, indicándole que “*el esposo de una tía le tocaba la vagina*”, sin que ello en sí constituya prueba de referencia inadmisibles por dos razones: La primera, esa afirmación hace parte de la anamnesis que válidamente puede referir la especialista de la salud; y segundo, porque la menor acudió al juicio y vertió su propio testimonio, sin que por tanto los dichos suyos que ingresen a través de un tercero, constituyan prueba de referencia.

A ello sumado, que si con beneficio de inventario se aceptare que alguna falencia tuvo la profesional de la psicología

frente a las terapias o procedimientos que debía agotar con la menor, no puede ser ésta quien asuma las graves consecuencias de ello, cuando precisamente la observación de los protocolos o reglamentos que deben acatarse en desarrollo de tales actuaciones propenden principalmente, por la protección de los derechos del niño, sin que obviamente ello se oponga a los que también pueda poseer el procesado, siendo ese un aspecto que ni siquiera tocó tangencialmente el fallo de instancia, y menos aún lo hizo con debido raciocinio la apoderada de la Defensa, quien al momento de cuestionar ese tópico, no indicó en qué aspecto concretamente perjudica a su asistido, la no observación del protocolo que adujo no haber tenido en cuenta la testigo psicóloga García Atehortúa.

Realmente la profesional narró de manera objetiva su percepción sobre el estado de ánimo de la niña y su evolución, y lo más importante, lo revelado por ésta al interior de un tratamiento que duró aproximadamente 10 meses, lo cual refuerza aún más la teoría del caso del ente de la persecución penal y por ello, no encuentra esta Corporación una razón válida para no otorgarle credibilidad a la psicóloga que testificó bajo juramento y que no tenía ningún vínculo con las familias involucradas en este conflicto penal, puesto que sus atestaciones, además de espontáneas, encajan con las demás probanzas de cargos arrimadas a la actuación, y por ello no se contraviene en manera alguna al precedente jurisprudencial que referenció el *A quo* frente a esta clase de prueba.

Otra de las testigos de cargo fue la docente **Liliana Esther Silva Laverde**, Licenciada en Educación Infantil, con una experiencia de más de 9 años en la academia con niños menores de 5 años, quien expresó, corroborando la existencia de un trauma en la víctima, que empezó a notar que ésta evidenciaba alteración en su estado anímico, se le veía alterada, triste, deprimida,

insegura, sentía temor de acudir al baño sola y lloraba cuando una persona de su confianza no estaba con ella, razón por la cual, afirma, requirió a la niña “*sutilmente*”, logrando que le contara que **la cuidaban una tía y el señor que vivía con ella, y cuando ésta salía, el señor la rosaba en sus partes íntimas, y le relató que lo hacía en una de las camas de la casa de la tía, aclarando que siempre hablaban de “el señor”, porque ella nunca le preguntó el nombre de éste.**

La educadora entonces dialogó sobre el particular con los padres de V.C.O., quienes le confirmaron que la niña había sido víctima de abuso, debiendo destacarse de este testimonio, que a través del mismo no sólo se confirman varios de los detalles especificados por la niña frente a la situación de abuso que enfrentó, como que fue “el señor” que vivía con su tía quien le hacía roces o tocamientos en sus partes íntimas, que lo hacía en una de las camas de la casa, y que además, ello ocurría cuando su tía salía, detalles que también narró en el estrado judicial de manera elocuente y consistente. Por tanto, no tiene la Judicatura por qué dudar que los actos de agresión sexual sí existieron, pues la niña los reporta en forma espontánea, pese su corta edad, descartándose de plano en su narración, la hábil elaboración de una historia provista de fantasías ideada solo con el ánimo de causar daño injustamente a una persona, que por demás, gozaba de todo el amor y la ternura que un niño puede profesar a quien supuestamente sería su protector.

Incluso, a través de la apoderada de la Defensa, mediante el proceso de refrescamiento de memoria, la testigo Silva La Valle, afirmó no recordar todo lo dicho en la entrevista, confirma haber reportado en su deponencia rendida varios años antes ante la Fiscalía, **que la niña también le narró que el procesado la desnudaba y él también lo hacía**, siendo esa una información que

brindó la niña a su padre poco tiempo después de ocurridos los hechos. Ello, antes que indicar que la testigo estaba faltando a la verdad, lo que hace es corroborar que los dichos de la niña en otros escenarios, son consistentes y coherentes, ratificando que los hechos sí ocurrieron.

Además, la educadora Silva La Valle, experta en educación infantil, aporta un dato importante que explica el por qué la víctima en el estrado judicial sucumbía continuamente en silencios prolongados cuando era inquirida sobre el comportamiento sexual de que fue objeto, y es que la describe como una niña tímida, que posteriormente empezó a evidenciar agresividad e inseguridad y temor cuando era dejada sola en el salón con sus compañeros.

Pero adicionalmente, el hecho de que la niña hubiese reportado a su profesora el acto de abuso, sin acusar directamente a **C. H. G. I.**, a quien sólo refería como “El señor”, descarta que su relato sea objeto de alguna animadversión contra el aludido, y menos aún, que sea producto de la elaboración mental de una historia por parte de sus padres. La niña narra los hechos parcamente pero con precisión en los datos que proporcionó una y otra vez, porque así los vivió.

Además, no puede ser cuestionado el testimonio de la educadora Silva La Valle por el hecho de que en la ficha de seguimiento escolar, obtenida por el testigo de la Defensa, investigador Nicolás de Jesús Marín Gutiérrez, se haga constar que la menor V.C.O. **es una niña extrovertida, sociable y tiene un ritmo de trabajo adecuado, ya que el mismo investigador es claro en indicar como data de la ficha el mes de febrero de 2011, y la que referencia la Defensora vía estipulación, tiene**

como fecha 1º de abril de 2011, lo que quiere decir que ese comportamiento en la niña fue observado antes de esas fechas, y, no después, **y recuérdese que los hechos fueron descubiertos por los padres de ésta, a mediados del mes de mayo de 2011, deduciéndose razonablemente, que los actos de abuso habían ocurrido en fechas muy recientes, si se tiene en cuenta que la madre de la menor observó su vagina aún enrojecida.** Por ello, es apenas lógico, que la educadora para la fecha a que se refiere el investigador, aún no plasmara las actitudes de miedo e inseguridad que empezó a evidenciar en la niña, quien para los meses de enero y febrero, según se colige de esta prueba, evidenciaba una actitud muy diferente a la que asumió con posterioridad a las agresiones de que fue objeto.

Debe aclararse inclusive, que el simple hecho de que el colegio donde la víctima menor de edad desarrolla su actividad académica, no efectúe anotaciones en la ficha de seguimiento respecto al evento de agresión sexual que ésta enfrentó, o los efectos que ello produjo en la personalidad de la misma, *per se* no desvirtúa la existencia del hecho, y menos aún ello ocurre en el presente caso, en la medida en que los demás aspectos referidos por la Sala en la restante prueba de cargos, muestran claramente que el mismo sí ocurrió y que fue el procesado quien lo ejecutó. Por tanto, a ese aspecto no puede darse la connotación que pretende imprimirle la Defensa, cuando ni siquiera fue objeto de cuestionamiento de su parte en el juicio oral, en desarrollo del testimonio de la educadora.

Por ello, concluye la Sala, que es ese un testimonio que sin ánimo dañino, corrobora las afirmaciones efectuadas por la niña cuando afirmó ante sus padres que quien la sometía a caricias sexuales con su cuerpo desnudo era **“Carlos”, que no es otro**

diferente a C. H. G. I., a quien también refirió como **el señor**, o el compañero o el esposo de su tía.

No tiene tampoco asidero lógico que se haya restado credibilidad a esta testigo con la simple afirmación de que en la entrevista rendida en el año 2011 ante la Fiscalía, explicó que la niña se encontraba “tranquila”, y en juicio afirmó haberla observado exaltada, triste e insegura, en tanto en este contexto no es esa una razón suficiente para desestimar los graves hechos que la menor reportó en forma consistente ante la educadora Silva Del Valle, si se tiene en cuenta que, como con acierto lo indica el Delegado Fiscal, se está tergiversando esa situación, pues la testigo al ser impugnada por la misma Defensa, claramente alcanza a explicar pese a que aquella hábilmente la interrumpe, según se evidencia en el audio, que ese último estado, lo estaba evidenciando la niña **en su jornada escolar**, y recuérdese que a esa actitud se refirió la testigo cuando estaba contextualizando el cambio en el comportamiento de su alumna, esto es, quedó claro para la Sala que los cambios que denotaban en la niña inseguridad y temor cuando era dejada sola, inclusive con sus compañeros en el salón, se dieron con posterioridad, requiriendo siempre de una persona adulta que le generara confianza, como textualmente lo indicó la educadora. Por tanto, se descarta que dicho testimonio posea un valor probatorio suasorio disminuido, pues pese a que la defensa vanamente intentó confundir a la testigo, su deponencia al igual que las demás probanzas aducidas en el juicio por la Fiscalía, en su debido contexto, tienen la entidad o aptitud suficiente para corroborar su teoría de caso.

Pero, ahondando aún más en el testimonio de la víctima, que según se anotó fue corroborado por la restante prueba cargos, necesario resulta destacar algunos apartes relevantes, no

sin antes precisar que el testimonio del menor de edad debe ser examinado con sumo sigilo, y así lo ha decantado la jurisprudencia, no solo bajo los parámetros generales que ofrece el Código de Procedimiento Penal, sino también bajo el contexto propio de la realidad, esto es, se deben tener en cuenta factores como la edad y la influencia o no del conflicto familiar que la comisión del delito genera, entre otros.

En concreto, esto expresó la menor V.C.O.:

*“¿Tú has tenido algún problema o inconveniente con CARLOS? Respondió: **sí.** (...). ¿Te había preguntado que si conocías a un señor CARLOS, que nos contaras quién es él y por qué lo conoce? Respondió: **Lo conozco porque mi tía Luz Dary me cuidaba y a veces me dejaba con él cuando ella tenía que ir a hacer vueltas.** (...) ¿Cuéntanos aquí si en algún momento te han tocado tus senitos, tu vagina, alguna parte de tu cuerpo? Respondió: **sí.** (...) Entonces cuéntanos aquí. Respondió: **Me tocaban mis senos, mis partes íntimas.** (...) ¿Y nos puedes contar aquí quién hacía eso? Respondió: **Carlos.** (...) ¿En qué parte fue eso y dónde fue? Respondió: **En la casa de Luz Dary.** (...) ¿Recuerdas cuantos años tenías cuando de pronto sucedió eso con Carlos? Respondió: **Sí.** (...) ¿Cuántos años? Respondió: **Cinco.** (...) ¿Y por qué no nos cuentas aquí qué pasaba con CARLOS? Respondió: Luego de un largo silencio, adujo: **me tocaba mi vagina.** (...) ¿Y nos puedes explicar aquí como hacía él, como te tocaba la vagina? ¿Ósea, tenía los calzoncitos puestos? Respondió: Nuevamente silencio, pero agregó después: **yo tenía los calzones puestos.** (...) ¿Y en algún momento le contaste a la mamá y al papá de lo que pasaba con CARLOS? Respondió: **Sí.** (...) ¿Y qué les contabas a ellos? Respondió: **Que cuando yo me quedaba con ella, que, que Carlos me tocaba mi vagina.** (...) Cuándo te quedabas en la casa sola con Carlos y me estás diciendo ahora que te tocaba tus partes íntimas, te tocaba tu vagina. ¿Eso él lo hacía con mucha frecuencia, cuántas veces más o menos lo hizo, o cada vez que te quedabas con él, cómo fue? Respuesta: **cada vez cuando me quedaba con él.** (...) ¿Tú sabes cuando uno está diciendo mentiras, cuando está diciendo la verdad? Responde: **Estoy diciendo la verdad.** (...) ¿Cuéntanos en qué parte de la casa te tocaba*

Carlos? Respondió: **En la pieza donde ellos dormían. (...) ¿Carlos con qué te tocaba? Con las manos”.**

Para el Fallador de instancia y la Defensa, este testimonio carece de todo valor suasorio, por considerar que no fue espontáneo, ni fluido, y en consecuencia, la incriminación no fue contundente o libre de ambigüedades, ni reiterativa, como lo exige la jurisprudencia. Además, porque guardó silencio en preguntas de connotación especial o relevante para el proceso, y la mayoría de las respuestas que brindó fueron por preguntas repetitivas, reiteradas y sugestivas.

No obstante, luego de examinado en detalle el registro, se constata por la Sala, en primer lugar, el inadecuado manejo dado inicialmente por parte del Despacho al interrogatorio de la niña, pues en ostensible desconocimiento de su técnica, y atendiendo a la desatinada oposición efectuada por la Defensa, impidió que la Comisaria de Familia efectuara las preguntas de ambientación que proporcionan al menor sometido a interrogatorio, un ambiente de confianza y tranquilidad. Esa situación, para fortuna, posteriormente fue corregida luego de que la Fiscalía solicitase al Juez entrevista fuera de micrófonos con éste y las partes, según se deduce razonablemente del registro, en tanto en lo sucesivo no sólo se permitieron las preguntas de ambientación a la menor, sino que además se le recomendó a ésta por parte del Juez, intentar estar tranquila, coadyuvando así el recomendado que en varias ocasiones en desarrollo del testimonio, tuvo que hacerle a la niña la profesional que desarrolló el interrogatorio, y quien además le indicó, ante sus prolongados silencios, estuviese **“tranquila que nada le iba a pasar”.**

Es que no era para menos que la víctima evidenciase ese estado emocional en el estrado, pues además de ser sometida a la narración de unos hechos de agresión que cualquier persona desea no recordar, ésta no rindió testimonio en una sala aislada, con adecuado acondicionamiento, y con la utilización de la Cámara Gesell como era debido sino que, por el contrario, lo hizo en el mismo recinto en que se hallaban todos los sujetos procesales, incluido el procesado que se encontraba oculto. Pero la falta de técnica en desarrollo del mismo no se limitó a esas carencias ya resaltadas, sino que además, a la niña se le sometió a presenciar directamente las reiteradas objeciones de la Defensa, a quien debió preguntársele antes de iniciar el interrogatorio, si alguna anotación u oposición tenía frente a las preguntas formuladas por escrito por el ente Fiscal para que se hiciesen los ajustes de rigor, metodología que no resulta gratuita en tanto tiene como fin principal, entre otros, depurar y evitar en mayor grado posible la confrontación entre las partes por la consecuente intimidación que ello genera en el menor, máxime en este caso en el que la víctima denotó ser tímida y temerosa.

En consecuencia, **ese silencio inicial** de la niña que resaltan el Fallador y la Defensa para restarle credibilidad al testimonio, en sentir de la Sala, no tiene la lectura que aquellos pretenden darle, ni la entidad necesaria para derruir la prueba de cargos, porque se itera, ésta fue consistente en los diferentes escenarios en que intervino, según se analizó en precedencia, concretamente al momento de examinar los testimonios de los padres de la menor, de la psicóloga Yuli Andrea García Atehortúa y la educadora Liliana Ester Silva, sin que ofrezca cuestionamiento alguno que en algunas de las versiones haya entrado en mayor detalle, en la medida en que ello va directamente relacionado con factores como la forma en que su interlocutor formule las preguntas,

quién es la persona que interroga, cuál es el grado de confianza que la misma le ofrece, en qué escenario se formulan los interrogantes, qué personas presencian el interrogatorio, entre muchos otros.

Por tanto, que las respuestas brindadas por la menor en el juicio devengan de la reiteración de preguntas efectuadas por la Fiscalía, no descalifican el testimonio, en la medida en que por regla general el interrogatorio que se agota con los menores es semi estructurado, y dista mucho de aquél al que normalmente se somete al adulto, éste para el caso que nos ocupa, lo formuló una persona experta en el manejo del mismo, debiendo dejarse sentado que si alguna irregularidad evidenciaron el Juez y la Defensa sobre el particular, no se entiende por qué no se sujetaron a la técnica que lo precede para que fuese agotado ofreciendo mayores garantías a la víctima, quien evidentemente en el presente caso, ha debido ser rodeada de un clima de mayor tranquilidad y menos exposición personal.

El fallador de instancia obvió tener en cuenta la verdadera óptica con que debe analizarse el testimonio del menor, y que uno de sus deberes es velar por la protección de los derechos y garantías fundamentales de todos los sujetos procesales que intervinieron en la actuación, incluyendo con igual esfuerzo, a la víctima directa de los hechos, máxime cuando es una menor de edad vulnerada en su libertad y formación sexuales, quien actúa como testigo ante un estrado judicial intimidante, en cuyo escenario se formularon preguntas sobre un acto de abuso del que fue víctima, lo que en principio, a no dudarlo, genera incomodidad.

No en vano, las Altas Cortes Constitucional y de Justicia, han venido propendiendo cada vez con mayor ahínco, en

la protección de los derechos del niño y el enfoque de género que debe orientar el análisis de toda decisión judicial, en casos en que es un menor o una mujer, la víctima de tales oprobios.

En conclusión, encuentra la Sala, que esa renuencia inicial de V.C.O. para responder, y el hecho que ésta arribara a respuestas esenciales a través de la reiteración y aclaración de las preguntas formuladas por la experta, descartándose en ello según se verifica del audio de la audiencia, de manera rotunda, cualquier tipo de presión moral para que la niña expresase lo que informó, no fue debidamente contextualizada por el *A quo* en la emisión del fallo que liberó de toda responsabilidad al procesado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no se procede por el delito de Acceso carnal abusivo sino por el de Actos sexuales con menor de 14 años, reato que, por regla general, se caracteriza por no dejar evidencia física en el cuerpo de la víctima, menos si tenemos en cuenta que el registro de la misma y la valoración a que fue sometida la niña, se efectuaron varios días después de la ocurrencia de los hechos, fuera de que acorde con la narración que ésta efectuó, su agresor no ejecutó actos de violencia sobre ella. Por ello, no asiste razón para restar credibilidad al testimonio de la madre de la víctima sobre ese aspecto en particular, con el argumento de que en la historia clínica la médica no consignó hallazgos de abuso sexual, mientras que L. A. O. M., afirmó que aquella sí los había hecho constar, pues además es claro para la Sala, que la testigo lo que afirmó fue que la médica examinó a la niña y le recomendó exámenes, y que “*eso quedó en la historia clínica*”, sin que por tanto, proceda restar mérito a su exposición con el falaz argumento de que faltó a la verdad.

Ello, sin dejar de lado que cuando la testigo observó a la niña con sus genitales enrojecidos detectando en ella la emanación de un flujo vaginal, los hechos estaban muy recientes, y la valoración médica se hizo inclusive con posterioridad a la fecha en la que se presentó la denuncia, lo que ocurrió 12 días después de que la niña narró a sus padres lo acontecido. De ahí que sea razonable que la madre haya tenido oportunidad de observar los síntomas físicos que describe, no sucediendo lo mismo con la profesional de la salud.

Sumado a ello, contrario a lo cuestionado por la Defensa, la denunciante Osorio Muñoz clarificó que los cambios en el comportamiento de la niña se concretaron en la expresión de miedos y el temor de dormir sola. Lo que coincide con los datos proporcionados por su educadora Liliana Ester Silva La Valle. De hecho, la madre de la menor informa que ésta se encontraba tranquila y de pronto resultaba llorando, siendo esa una actitud que se explica por el episodio de agresión sexual de la que estaba siendo objeto.

Infructuoso es además cualquier esfuerzo para indicar la falta de oportunidad en el procesado para cometer los hechos que la niña le atribuye, como pretendió hacerse con la prueba de descargos, pues, según lo informó la testigo L. A. O. M. Osorio, en casa de éste, su tía Luz Dary cuidaba a la niña desde tempranas horas del día hasta el final de la tarde cuando terminaba la madre su jornada laboral, y también lo hacía en fines de semana en ciertas temporadas, quedando la niña solo al cuidado de **C. H. G. I.** en su propia casa, cuando su cónyuge tenía que atender algunas diligencias por fuera de ella. Siendo esos los momentos precisos que el procesado aprovechaba, según lo afirmó desprevenidamente y de manera consistente la menor.

La niña estuvo al cuidado de su tía Luz Dary y su cónyuge **C. H. G. I.**, el procesado, desde que tenía 3 meses de edad según lo informó su progenitora, y por ello les expresaba el cariño propio de un hijo, siendo entonces apenas razonable que la familia confiase plenamente en el actuar del acusado, causándoles asombro que la menor sin razón alguna lanzase acusaciones en su contra, lo que es distinto a que ello constituya un motivo para colegir que los padres de la menor actúan por retaliación a ese sentimiento de apego de la niña hacia quien asumía eran sus tíos.

Luz Dary Restrepo, compañera sentimental del acusado, y su hijo Andrés Felipe Galeano, a juicio de la Sala, nada relevante aportaron para el esclarecimiento de los hechos, pues no estuvieron en capacidad pese el esfuerzo realizado, de desvirtuar la prueba de cargos que señala, sin lugar a duda, que en efecto la menor V.C.O. fue víctima de los actos sexuales abusivos que relató, y que fue el procesado C. H. G. I., y no persona diferente, quien los ejecutó en las circunstancias en que la niña lo indicó, pues vanos fueron los esfuerzos de aquéllos para indicar que el procesado no se hallaba en su residencia, porque quedó establecido que sí permanecía allí por algunos días y tenía oportunidad de estar en continuo y estrecho contacto con la víctima, a punto tal que en ésta se despertó un gran amor paternal hacia aquél.

Es por lo anterior que no tienen acogida para la Sala, los testimonios vertidos por la señora Luz Dary Restrepo, cónyuge del procesado, y su hijo Andrés Felipe Galeano, quienes por obvias razones pretenden protegerlo a toda costa, afirmando inclusive que éste no permanecía en su casa en toda la semana, queriendo significar que ninguna oportunidad tuvo de estar en contacto con la

niña y por ende de incurrir en la comisión de la conducta punible, en tanto, según su dicho, cuando ella personalmente no podía cuidar a la menor, encomendaba la labor a otra pariente.

No obstante, son los dichos de la misma Luz Dary los que confirman las atestaciones de los padres de la víctima, primero al referir que en efecto, también los fines de semana la niña era cuidada en el hogar del procesado, y segundo, que ésta quería a C. H. G. I. como si fuera su padre, desprendiéndose de ello que el acusado sí estaba en contacto continuo y directo con la menor brindándole afecto, que logró despertar en ella esa situación de apego, hasta el día en que decidió desviar su conducta, y no como pretende hacerlo creer la testigo Luz Dary Restrepo cuando afirma que su cónyuge se retiraba del hogar los días domingos y sólo regresaba el fin de semana siguiente.

Pero además se descarta el dicho de la testigo en torno a haber escuchado de un tercero que Carlos Eduardo, su hermano, poseía la intención de hacerle daño a su cónyuge C. H. G. I., por las siguientes razones: i) Si Carlos Eduardo sintiese rencor o envidias por el procesado, no le confiaría el cuidado personal de su hija menor como ya se anotó en precedencia; ii) Si la acusación que se hace contra C. H. G. I. fuese producto de una venganza por parte del padre de la niña, habría bastado con hacer el señalamiento ante todos los miembros de su familia; sin embargo, ello no se quedó ahí, pues la menor fue llevada a tratamiento psicológico por varios meses, y la psicóloga que la atendió, certificó en ella la situación de inseguridad y miedo que antes no se evidenciaba en la niña según lo acredita la misma Defensa con la ficha técnica escolar. Fuera de ello, también su educadora evidenció personalmente los cambios de personalidad como que la observaba temerosa hasta para acudir al baño sin

compañía de un adulto que le generara confianza. Ello en principio indica, que a la testigo Luz Dary Restrepo, al igual que a su hijo Andrés Felipe Galeano cuando enfatiza una supuesta enemistad entre su tío Cardos Eduardo y su padre, la prueba en su contexto general no los respalda.

En este orden de ideas, por obtener la Sala, de las pruebas practicadas en el juicio, el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta punible y el compromiso penal de **C. H. G. I.** en la comisión de la misma, esta Corporación revocará la sentencia absolutoria impugnada para proferir condena contra el acusado, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, agravado por la circunstancia prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, la cual se encuentra probada, dada la autoridad que éste ejercía sobre la niña que era dejada bajo su cuidado y el de su cónyuge, defraudando con su actuar la confianza, el amor y cariño depositados en él por la menor, siendo esas las circunstancias que, como se vio, aprovechó aquél para vulnerar la libertad y formación sexuales de ésta.

Por lo anterior, se procederá con la tasación de la pena, atendiendo a los términos de la formulación de acusación, toda vez que la Sala ninguna objeción tiene sobre el particular.

Atendiendo a la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, se abstendrá la Sala de realizar la audiencia a que se contrae el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, máxime que como ocurre en esta oportunidad, el delito por el cual se procede se encuentra excluido de los sustitutos penales, no sólo en razón del límite punitivo que constituye la pena, sino por la expresa prohibición contenida en el

Código de la Infancia y Adolescencia, concordante en lo pertinente con la Ley 1709 de 2014.

La postura de la Corte al respecto se recoge de buena manera en el siguiente aparte jurisprudencial:

“El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado.

“En efecto, la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que este sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.

“En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción”. (Sentencia del 14 de agosto de 2012, adoptada en el Radicado 38467)

En consecuencia, teniendo en cuenta que según el cargo por el que se acusó al procesado, que la conducta de Acto sexual con menor de 14 años consagrada en el artículo 209 del C. Penal, contempla una pena que oscila entre los 108 meses y 156 meses de prisión, y que en contra del mismo se dedujo la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el artículo 211 numeral 2 ibidem, debe incrementarse esos límites de una tercera

parte a la mitad, se tiene que los nuevos límites punitivos quedan fijados entre 144 meses y 234 meses de prisión.

Así, los ámbitos de movilidad punitiva se determinan en un primer cuarto de 144 a 166.5 meses de prisión, unos cuartos medios que oscilan entre 189 y 211.5 meses, y un último cuarto de 211.5 a 234 meses de prisión.

Dado que no fue deducida circunstancia alguna de mayor punibilidad en la acusación y se advierte que concurre la circunstancia de menor punibilidad concerniente a la ausencia de antecedentes penales del acusado (numeral 1 del artículo 55 de la Ley 599 de 2000), pues aunque se hizo referencia a que éste ya había enfrentado un caso de similares características al que aquí se juzga, no se aportó fallo de condena en tal sentido, el ámbito de movilidad estará determinado por el primer cuarto, esto es, entre 144 y 166.5 meses de prisión.

Para la fijación de la sanción justa, será necesario tener en cuenta la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, pues a ello obliga el artículo 61 del Código Penal. En este orden de ideas se tiene que aunque en efecto la gravedad de la conducta no ofrece duda alguna, fuera de que en la actuación se evidenció la afectación psicológica de la víctima quien fue embargada por un temor constante a permanecer sola en cualquier lugar, sin que tampoco exista duda frente a la potencialización del dolo con que actuó el procesado quien aprovechaba que la niña era dejada a su cargo por su cónyuge, además de la necesidad de la pena, en todo caso, considera la Sala que en este caso en particular, no se hace necesario el incremento de la ya rigurosa sanción determinada por

el Legislador para casos como el presente, debiéndose imponer en contra del procesado como sanción los 144 meses de prisión que constituyen el quantum mínimo del primer cuarto deducido.

De conformidad con lo reglado en el artículo 51 del Código Penal, se impondrá al sentenciado la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal privativa de la libertad.

La pena impuesta y el delito en virtud del cual se procede, relevan a la Sala de efectuar cualquier consideración de fondo respecto de la negativa de los sustitutivos penales de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, toda vez que a voces del artículo 199 numerales 4 y 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, concordante con el artículo 68A del Código Penal, ello es improcedente por tratarse de un delito atentatorio de la libertad y el pudor sexuales, que además fue cometido en contra de una menor de edad. En consecuencia, se expedirá la respectiva orden de captura en contra del procesado, una vez suscrita esta decisión, a fin de que se haga efectiva en término de la distancia.

Se abona al sentenciado, como parte cumplida de la pena, el tiempo que ha permanecido en detención preventiva por razón de este proceso.

Finalmente, aunque sería del caso acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2014, ante la desatención del exhorto legislativo para conceder el recurso de apelación a esta sentencia condenatoria proferida en segunda instancia mediando una absolutoria de primera instancia, se encuentra que existen precedentes del superior funcional acerca del rechazo de este recurso, tal como se observa en la providencia

del 27 de julio de 2016, AP4810, Radicado 48.442, reiterada en el auto del 3 de agosto de 2016, AP4932-2016, Radicado 48.522, entre otras decisiones. Al respecto en la primera providencia se dijo lo siguiente:

“...una orden de la naturaleza de la que contienen las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso, por cuanto implica suplir un déficit legal normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos judiciales y la redistribución de competencias, entre otros aspectos.

6. En el caso que se estudia, el Tribunal Superior de Pereira, arrogándose competencias que no tiene, resolvió sustituir el recurso de casación por uno de apelación, y por esta vía, asignarle a esta Sala una competencia que la normatividad vigente no le otorga, con desconocimiento del ordenamiento procesal penal vigente, que no prevé el recurso de apelación contra sentencias de segunda instancia, ni habilita a la Sala para actuar como tribunal de apelación en estos casos.

Nada más debe añadir la Sala a lo consignado en la transcripción precedente, pues, se reitera, con el irregular trámite ofrecido a la defensa por el Tribunal, no solo asumió una competencia jamás deferida por la ley, sino que creó un recurso inexistente a partir de un trámite que, huelga anotar, tampoco comporta soporte legal.

De esta manera, como se evidencia claro que en contra de la sentencia de segunda instancia, no importa su contenido, solo opera el recurso extraordinario de casación, el cual ha sido soslayado para introducir un mecanismo ordinario hoy carente de sustento legal, la Corte no solo debe restablecer la integridad del procedimiento, anulando la tramitación espuria, sino que ha de permitir de la parte afectada con el fallo, acudir al único medio establecido legalmente para controvertirlo, de conformidad con lo que regula el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con los artículos 181 y 184 ibídem.”

Por esta razón, ante la inutilidad procesal de abrir un espacio para una apelación que quien podría resolverla la rechaza, anula y dispone que se conceda la oportunidad de interponer casación, el Tribunal acogerá la postura de nuestra máxima Corporación de la justicia ordinaria en la especialidad penal, mínimo por razones de economía procesal, y concederá la oportunidad de interponer el recurso de casación.

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,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria impugnada de origen y naturaleza conocidos, para en su lugar **PROFERIR** sentencia condenatoria contra el señor **C. H. G. I.**, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años agravado, conforme se analizó en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR al procesado **C. H. G. I.**, a purgar una pena principal de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal. Ello, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de esta providencia.

TERCERO: NEGAR al sentenciado, los substitutivos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal. En consecuencia, líbrese la correspondiente orden de captura, una vez suscrita la presente decisión, para su inmediata ejecución.

CUARTO: Dense las comunicaciones que sean del caso.

QUINTO: Esta sentencia queda notifica en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
Magistrada

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado.

M. PONENTE	:	PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
ACTA DE APROBACIÓN	:	
RADICADO	:	
CLASE DE ACTUACIÓN	:	APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	:	

FECHA	:
DECISIÓN	:
DELITOS	:

PROVIDENCIA

DESCRIPTOR:

RESTRICTOR: