

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

SENTENCIA PENAL No. 031– 2016- 2da instancia

Radicado: 05-001-60-00203-2014-03233-(N.I.2014-00363)

PROCESADO: L. A. R. G.

**DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
AGRAVADO**

DECISIÓN: CONFIRMA

ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO

M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 055)

(Sesión del 26 de septiembre de 2016)

Medellín, veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

CUESTIÓN PREVIA

En protección de su intimidad, en la providencia se utilizaron las iniciales de los nombres y apellidos de la menor involucrada en este asunto.

ASUNTO A TRATAR

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa de **L. A. R. G.**, contra la sentencia proferida por el señor **JUEZPENAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO** el 1º de diciembre de 2015, en la cual lo condenó como autor del delito de **ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO**, del cual fuera víctima la menor de edad **T.R.R.**¹, imponiéndole la pena principal de 12 años y 6 meses de prisión, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, negándole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural. El acusado se

¹ Nacida el 19 de junio de 2010.

identifica con la cédula de ciudadanía Nro. 98.665.747 de Envigado, nacido el 28 de septiembre de 1978 en el municipio Medellín, Antioquia, hijo de M. y L. A.

ANTECEDENTES

LOS HECHOS. T.R.R., de tres años y nueve meses de edad para la época, fue dejada por sus padres la noche del viernes 21 de marzo de 2014 en la residencia de su abuela materna, señora R. R. L., quien residía en la transversal 32 C Sur Nro. 31 E 49, barrio La Magnolia de Envigado, donde también habitaba el señor L. A. R. G., su hijastro, quien se quedó en su habitación viendo televisión a solas con la menor entre las 19:00 y 21:00 horas, momento en el que le hizo tocamientos en los genitales (vagina) a la niña, según le indicó al día siguiente a su abuela, manifestándole que le ardía y dolía la vagina, para luego comentarle a sus padres, razón por la cual se presentó la denuncia en la Fiscalía.

LA SENTENCIA RECURRIDA: L. A. R. G. fue acusado por la Fiscalía por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** conforme a lo dispuesto en el artículo 209 del Código Penal, modificado por el canon 5º de la Ley 1236 de 2008, cometido bajo las circunstancias de **AGRAVACIÓN** previstas en el dispositivo 211.2 *ibídem*, modificado por el artículo 7º de la precitada Ley.

La Juez de conocimiento, previa valoración de la prueba practicada en el juicio oral, **CONDENÓ** a L. A. R. G. en calidad de autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, cometido con circunstancias de agravación, a descontar una pena principal de **doce (12) años y seis (6) meses de prisión**, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término como sanción accesoria, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural. Decisión que fue motivo del recurso de apelación, por lo cual conoce la Sala el presente asunto.

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

ARGUMENTOS DEL APELANTE

La defensa del sentenciado **L. A. R. G.**, en la sustentación escrita del recurso de apelación, considera que apreciadas las pruebas practicadas en el juicio en su conjunto, no se observa ese principio de comunidad de la misma, no existe conocimiento más allá de duda razonable ni sobre la existencia del hecho ni sobre la responsabilidad de su prohijado. Señala como puntos de disenso los siguientes:

1. No comparte el criterio esbozado por el *A quo* consistente en que si la entrevista se realizó por una persona capacitada para ello, la revisión del cuestionario por el defensor de familia resulta facultativo y no obligatorio, lo cual se desprende del contenido del artículo 2, literal d, inciso 1º de la Ley 1652 de 2013, pues considera que el precitado mandato legal es claro al establecer como obligatorio la revisión del cuestionario por parte del defensor de familia y lo facultativo es que esté presente a la recepción de la entrevista, todo lo anterior en aras de salvaguardar los derechos de los niños, evitar preguntas sugestivas o la revictimización del menor.

Desde la óptica de la defensora, la niña fue indebidamente entrevistada, conforme a los lineamientos legales y constitucionales, en consecuencia, se vulneró el interés superior del menor. Como dijo la psicóloga de la defensa, con ello se contrarió la aplicación del SATAC, se aplicó una entrevista inadecuada atendiendo la edad de la niña, pues carece de memoria autobiográfica, razón por la cual los resultados de la misma no pueden ser confiables, el tiempo de atención de estos es muy corto y oscila entre cinco y diez minutos, porque de un niño agotado sólo se puede obtener respuestas falsas; Agrega que en su sentir el psicólogo o entrevistador debe conocer los parámetros de la Ley 1652 de 2013.

La entrevista de la niña coarta la espontaneidad y libre narrativa, se le hacen preguntas como; ¿la tocó por encima o por debajo de la ropa?; ¿era de día o de noche?; ¿qué había en el cuarto del tío?, para seguidamente preguntarle si había un televisor o una camita; indicándole por último la entrevistadora que cuando la toquen debe pedir auxilio.

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

En la narración que hace la niña a la abuela, no queda claro si fue espontánea o motivada; no se evaluó la capacidad de la menor para diferenciar lo real de lo ficticio; no se observó la vivencia de emociones al momento de evocar el presunto hecho.

2. Considera también la recurrente que analizada la declaración del señor J. A. R. S., padre de la menor, resulta contradictoria, pues informa que a su esposa la niña le manifestó en dos ocasiones de los tocamientos: primero, cuando se dirigían a la Clínica las Américas; y, segundo, cuando estaban en la zona de espera del hospital; sin embargo, en la entrevista que le realizaran a la menor T.R.R., dice que del suceso le contó a su abuela, pero cuando la psicóloga le pregunta si le contó a alguien más, dice que no; y, aunque la menor menciona que sus papás la llevaron a un lugar con muchos médicos, no refiere que en ese sitio lo hubiera relatado a sus progenitores. Es que cuando en forma sugestiva se le pregunta si cuando la mamá le untó la crema le contó lo que Luis le había hecho y le insisten en la interrogación, T.R.R. contesta que sí; cosa diferente a lo que establece el papá en su declaración. Se presenta entonces una duda insalvable frente a la supuesta revelación de la niña, porque una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, aplicando el principio de la lógica conocido como el tercero excluido.

También indicó el señor J. A. R. S., en su declaración, que ellos son enfáticos con la menor en que el tío no la puede tocar, advertencia que pudo generar una réplica o revelación motivada en la niña; lo cual permite que surja otra hipótesis alternativa a la presunta ocurrencia del abuso y es que la niña replicó lo que escuchaba de sus padres y generó en ella esa falsa idea de que su tío la tocó. La psicóloga de la defensa advierte que puede tratarse de una mentira infantil o de una situación de corte familiar en la que se refuerce a la niña a decir algo que no se presenta, afirmación de la profesional que no fue desvirtuada en el juicio.

La entrevista de la menor es motivada por las constantes repeticiones de los padres; la niña sólo da cuenta de los tocamientos del tío cuando se le pregunta que si alguien la tocó.

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



3. En cuanto a la poca utilidad del testigo de refutación desde que entró en vigencia la Ley 1652 de 2013, si bien por el *A quo* se citan algunas sentencias, en el fallo que nos ocupa no se exponen las razones por las cuales en esos pronunciamientos se indica que debe reevaluarse la práctica de esta prueba, por lo cual considera la recurrente que si el artículo 362 del CPP no ha sido derogado, es un medio de prueba como cualquiera otro; afirmar lo contrario sería cercenar el derecho de defensa y contradicción. No se puede seccionar la labor del psicólogo de la defensa a sólo establecer si la niña mintió, fabuló o es fantasiosa, es también mutilar el derecho de defensa.

La entrevista a la menor es lo único que obra a nivel psicológico, por lo tanto, el especialista de descargos no podía referirse a informes periciales, porque estos no existen; no pudo tampoco pronunciarse frente a lo manifestado por el psicólogo que hubiera tratado a la niña, porque nada se informó sobre tratamiento psicológico que hubiese recibido, lo cual también le llama la atención.

4. El médico legista indicó que no podía establecer el origen de las lesiones, porque podían obedecer a varias causas y no exclusivamente a manipulación, y si bien la niña al indagarle hace un ademán como de haber sido tocada en la vagina, no se refirió a alguien en particular. El médico de la EPS inclina su diagnóstico a una pañalitis que puede producirse por alergias, infecciones urinarias, materia fecal. La menor presentó la misma patología de ocasiones anteriores, según lo dicho por el padre en el contra interrogatorio, pues estaba en proceso de control de esfínteres. Incluso, después de la privación de la libertad de L. A. R. G. la niña presentó vaginitis, según el dicho de su tía M. Ch.

La manipulación genital genera eritema cuando se tienen las manos sucias y no se demostró que las manos de su representado estuvieran sucias.

5. En relación con los hallazgos encontrados en el computador incautado en la diligencia de allanamiento y registro, no se pudo determinar que el computador fuera

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



manipulado sólo por su prohijado, como tampoco se determina con precisión que las jóvenes que aparecen en las imágenes sean menores de edad.

En conclusión, el fallo de condena deba ser revocado y en su lugar dictar sentencia absolutoria.

No se presentó manifestación alguna por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, con las limitantes expresas que sobre el particular nos imponen los artículos 31 de la Constitución Nacional y 20 inciso segundo del referido estatuto procesal.

De acuerdo al problema jurídico planteados en la apelación, es menester que la Sala entre a determinar si el recaudo probatorio aportado al proceso es suficiente para probar más allá de toda duda que existió la conducta punible por la cual la Fiscalía formuló cargos en contra del acusado, esto es por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, cometido bajo circunstancias de agravación, así como el grado de responsabilidad penal que cabe atribuirle por esos hechos; o, por el contrario, como lo reclama la defensa, L. A. R. G. debe ser absuelto pues la prueba existente se muestra inane para condenar.

Resulta oportuno recordar que constituyen pruebas aquellas pertinentes y útiles, practicadas y controvertidas en audiencia de juicio oral y en presencia del juez, además deben ser sometidas a debate en audiencia, acorde a los principios de publicidad, inmediación y contradicción; se exceptúan las estipulaciones probatorias, la prueba anticipada y la de referencia.

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

En cuanto al valor de las pruebas, es bien sabido que en el modelo de libre apreciación razonada o de valoración racional, acogido por nuestro sistema procesal penal, salvo contadas excepciones, no aparece fijado en la ley, por lo cual corresponde al intérprete su evaluación, lo que en modo alguno implica arbitrariedad de su parte, pues además de las garantías propias del debido proceso, dicho ejercicio se realiza con fundamento en las pautas que ofrece la lógica, la dialéctica, la ciencia y las reglas de la experiencia, dentro del sistema de valoración probatorio conocido como sana crítica, en virtud del cual la convicción judicial se obtiene a partir de un concienzudo, juicioso y crítico estudio de los medios de prueba, analizados de manera conjunta. Puede decirse entonces que hasta cierto punto el juzgador goza de libertad para justipreciar los medios de convicción y con base en el modelo indicado apreciar su valor probatorio.

El asunto que ocupa la atención de la Sala se refiere al delito de actos sexuales con menor de catorce años, tipo penal que protege a las niñas o niños, no de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, sino del abuso al que pueden someterse por su inferioridad, esto es la incapacidad para determinarse que el legislador la presume en personas con edad inferior a la señalada.

Es claro entonces que el legislador cuenta con discrecionalidad para fijar la edad de las víctimas de delitos sexuales, en este sentido la jurisprudencia constitucional ha sido clara al señalar: *"Debe indicarse que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años. El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas..."*²

Tampoco existe discusión en cuanto a que son tres las modalidades en que puede presentarse este tipo de licitudes. Así lo enseña la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: *"Según el artículo 305 del Código Penal, tres son las modalidades de la conducta que puede revestir este delito: a) realizar actos*

²Corte Constitucional, Sentencia C-146, mar. 23/94. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años: La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito...”; como ocurrió en este caso.

Como reiteradamente insiste la Sala en este tipo de procesos, no puede dejar de reconocerse que cuando se trata de la protección de la libertad sexual de niñas, niños y adolescentes, el Estado Colombiano y la sociedad en general ha venido enfrentando decididamente esa problemática, propendiendo por la reivindicación de los derechos de esta clase de víctimas. Tampoco es ajena la Sala a la dificultad probatoria que entraña la investigación de estos delitos, procesos en los que se encuentran en tensión los derechos de las víctimas menores de edad, sujetos de especial protección constitucional, con los de los procesados.

De ahí la importancia de la racionalidad con que se estudie cada caso concreto. Se insiste en que en este tipo de ilicitudes la protección se dirige a los menores de 14 años, los cuales están en pleno desarrollo de su sexualidad, evitando el aprovechamiento de las condiciones de superioridad del agresor sexual, quien, siendo adulto, se infiere, goza de la madurez suficiente para poder controlar sus más elementales y primitivos impulsos libidinosos.

Con esta introducción la Sala abordará los puntos objeto de apelación, y con excepción de la plena identidad del acusado y de la víctima, hechos que fueron objeto de estipulación probatoria, analizará los medios de prueba allegados al proceso con miras a dilucidar su naturaleza y poder suasorio, estableciendo si en dicho recaudo confluyen las exigencias legales para disponer la condena, cual fue la petición de la Fiscalía en el caso que nos ocupa.

En punto a la primera queja de la defensa, esto es la entrevista forense vertida por la menor T.R.R., con respecto de si estuvo asistida o no la niña por un psicólogo o por la Defensora de familia y demás aspectos relacionados con las formalidades de la entrevista, debe decirse que ello no conduce inexorablemente a la inadmisión de la declaración anterior, como quiera que se trata de un problema de valoración,



máxime cuando constata la Sala del estudio realizado a la actuación, que se observaron en este juicio en favor de la menor sus garantías constitucionales, que en últimas es por lo que propende la Ley 1652 de 2013.

En cuanto a la psicóloga e investigadora criminalística Sandra Yolima Torres Rúa, a quien la defensa acusa de suministrar una versión sesgada de los hechos, es necesario realizar algunas precisiones sobre la naturaleza y el alcance de este tipo de atestaciones, con el objeto de lograr una mejor comprensión de lo dicho por la perito en el juicio.

En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al reflexionar sobre el valor del relato hecho al perito por la persona examinada indicó:

"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

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



rinden éstos sobre lo percibido directamente en la valoración; para el *sub lite* la psicóloga y el médico legista, si bien no son testigos directos de los hechos relatados por la víctima, sí lo son de lo percibido personal y directamente al valorar a la afectada y recibir las respectivas entrevistas, por lo cual la transmisión de dicha información al fallador resulta de suma importancia para el juicio, esto es el relato que aquella realiza sobre los hechos objeto de investigación, al igual que las observaciones y las conclusiones que obtiene el perito una vez escuchada y evaluada la persona, basándose en los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que domina y, que como tal, lo autorizan para dar una opinión calificada al respecto, como lo hicieron en el caso concreto la psicóloga Sandra Yolima Torres Rúa y el médico Mario Alberto Marín.

Ahora bien, no es de recibo que se le acuse a la psicóloga de crear sus propios estándares evaluativos, de fabular e inventar conclusiones más allá de lo que le permite la valoración realizada a la víctima, imposibilitando de esta manera que se acceda a lo dicho por T.R.R., así como al lenguaje por la niña utilizado. Incluso en su declaración indica la perito que en este caso el protocolo que se utiliza y en el cual está capacitada es el SATAC.

Al escuchar el respectivo registro de video, encuentra la Sala que la denunciante acompañó a la menor a la entrevista forense y estuvo presente en la diligencia, en procura de la salvaguarda de los derechos de ésta; además con el fin de generar confianza en la pequeña, esto es "empatía", sin ninguna intervención; Observando la perito que T.R.R. se expresó en sus propios términos y a pesar de su corta edad utiliza un lenguaje claro y entendible, donde se identifican las partes del cuerpo tanto femeninas como masculinas y en la descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, revela la menor que fue objeto de actos sexuales por parte del tío.

En síntesis, a pesar de los esfuerzos defensivos, es evidente que no se logra impugnar la credibilidad de la perito, ora por su capacitación, ya por la forma en que desarrolló su actividad profesional en el caso concreto, o por la presencia de algún

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



móvil particular que vicie el contenido de la experticia, y a falta del testimonio de la víctima, la información que contiene la entrevista y que logra transmitir al juez la perito resulta invaluable. En relación con este tipo de elementos, el letrado es del criterio que vulneran el derecho de defensa al no permitir el ejercicio del contradictorio; nada más alejado de la realidad, pues como lo señala el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional su contenido puede ser debatido en juicio. Esto ha dicho la Corporación: *"Con todo, en el presente evento, el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 al indicar que debe entenderse como material probatorio la entrevista forense a las víctimas menores de edad en los casos reseñados, no desconoce la igualdad ni garantías integrantes del derecho al debido proceso como la defensa, la contradicción, la inmediación y el acceso a la administración de justicia, pues su contenido puede ser debatido durante el juicio oral mediante el testimonio y el informe rendidos por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor."*³

Y es que como es bien sabido, tratándose de delitos de violencia sexual cuyas víctimas son menores de edad: *"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."*

Ahora bien, reviste en este tipo de casos importancia mayúscula el material indiciario, pues en no pocas oportunidades el juez de conocimiento hace la reconstrucción de lo acontecido gracias a las referencias que se extraen de los diferentes elementos de juicio que, correlacionados entre sí, demuestran si el hecho existió, así como el grado de responsabilidad penal que cabe atribuir al acusado; para el efecto se requiere que el analista valore ponderadamente y en conjunto las distintas circunstancias concomitantes, pues estas pueden arrojar luz sobre los hechos. Y es que cuando los indicios convergen en un resultado altamente probable la conclusión final a la que se arriba una vez analizado en conjunto el material probatorio, está fuera del ámbito de influencia de la duda razonable dada la gran

³ Corte Constitucional, Sentencia C-177 del 26 de marzo de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 26/03/2014.



concordancia de las circunstancias que los conforman. Al respecto en reciente decisión la Corte Suprema de Justicia, señaló:

"En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas⁴, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.⁵

En el caso de marras, se observa que la prueba indiciaria guarda perfecta coherencia entre sí, siendo consistentes con los demás elementos de juicio, sin que la defensa pueda pretender que se desconozcan con base en una serie de falacias argumentativas.

En el contexto propio de los delitos sexuales contra menores de edad, la jurisprudencia señala que se admite la denominada *corroboración periférica*, elemento de convicción que adquiere un papel preponderante y que hace referencia a aquel relato de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y que la víctima realiza ante un determinado profesional, como ocurrió en este caso concreto en la valoración realizada por la psicóloga Sandra Yolima Torres Rúa.

En el caso de marras, los diferentes elementos de juicio y particularmente la prueba indiciaria apuntan a que el acusado, quien estuvo a solas con la menor, contó con la oportunidad de tiempo, modo y lugar para cometer el ilícito, mientras se encontraban sustraídos de la observación de la señora R. M. R. L., abuela de la niña, quien también estaba en la casa en la que ocurrieron los hechos. Sobre este particular aspecto resultan dicientes las palabras del señor J. A. R. S., padre de la

⁴ CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, CSJ SP, 24 Ene. 2007. Rad. 26618, entre otras.

⁵ CSJ SP, 16 Mar. 2016. Rad. 43866.



menor, quien indica que al indagar con la abuela respecto de si la niña estuvo a solas con el tío L. A. R. G., contestó que sí, que estuvieron solos viendo caricaturas, mientras ella hacía la comida, lo cual coincide con el relato espontáneo de la niña en la entrevista, quien dice que los hechos se presentaron cuando ella estaba en el cuarto del tío, tomando la lechita y la abuela estaba en la cocina.

Y es que nada de lo expuesto o argumentado por la defensa sirve para demostrar objetivamente que fuese imposible para el procesado durante el tiempo que la víctima estuvo en su habitación la data de los hechos, llevara a cabo los actos sexuales de los que se le acusa.

Asimismo, existe coincidencia en la narración de los hechos que el menor le hizo al médico legista que lo atendió y durante la entrevista en la que participó la psicóloga. Pues ante ambos profesionales, la menor T.R.R. da cuenta expresamente el abuso sexual de que fue víctima y la identidad de la persona que realizó dicha acción.

En este caso la defensa tuvo la oportunidad de ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación frente a los medios de prueba utilizados por la Fiscalía, en la medida en que pudo conainterrogar ampliamente a los profesionales que asistieron al juicio y a los otros testigos que se refirieron al relato del infante: psicóloga y el médico legista que realizó el examen sexológico, así como el padre de la víctima.

A pesar de la notoria actividad de la defensa, no se logró poner en duda que la niña T.R.R. aseguró que su tío realizó tocamientos en su vagina, incluso el modo de engaño, tal como lo plasma en su informe por el médico legista fue "juego de pase lo que pase" y la menor en su entrevista lo reafirma cuando dice que el tío le dijo para tocarla en sus parte intimas "pase lo que pase no te toques".

Igualmente, lo expresado en el reporte de entrevista, lo dicho por el médico legista, coincide con lo expresado por el padre de la víctima en torno al contenido de la versión de su pequeña hija.

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



Aunque la togada refiere contradicciones en la declaración del señor J. A. R. S., respecto al momento en que la menor informó los tocamientos a A. R. (madre), nada se dice respecto de lo que la señora R. M. afirma y que coincide con lo expresado por T.R.R.; aunado a esto puede afirmarse que no demuestra tener algún particular interés en mentir o de querer perjudicar al acusado, pues siempre tuvieron una excelente relación como cuñados. Sea de una vez la oportunidad para señalar que ninguno de los testigos refiere hechos de enemistad entre acusado y denunciante, incluso ni A. R. ni R. M. quisieron testificar en el juicio, lo que descarta cualquier interés en incriminarlo.

No resulta mendaz para la Sala la afirmación realizada por el señor J. A. R. S., respecto al momento en el cual T.R.R. informa a la señora A. R. de los tocamiento de los cuales fue víctima, si fue yendo para la clínica o cuando se le aplicaba la crema en sus genitales, no es indicativo que esté mintiendo, pues de un lado resulta lógico que un padre que lleva a su hija a un examen médico porque al parecer fue víctima de abuso sexual le pregunte qué fue lo que sucedió; y, de otro lado, estamos frente a una menor de tres años, por lo cual no se puede pretender exactitud y detalles en minucias, el problema que se trata de dilucidar no es en qué momento se dieron cuenta los padres de lo ocurrido, sino la ocurrencia de la conducta punible y la autoría endilgada al procesado.

Contrario a lo considerado por la defensa, la narración de la niña se denota libre y espontánea, coherente, con la candidez de una niña de tres años, refiriéndose en sus términos las circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues precisa que fue de noche, cuando tomaba su lechita y la abuela estaba en la cocina, en el cuarto de su tío, quien bajo el pretexto de enseñarle que "pase lo que pase no te toques", le acarició la vagina (para lo cual hace ademanes e incluso intenta quitarse el pantalón), y de estos hechos contó a su abuela, quien inquirió al tío y le dijo "respétala". No se muestra fantasiosa, es descriptiva, tiene clara las partes del cuerpo y en qué lugar se produjeron los tocamientos, indica incluso que su familiar lo realizó con sus dedos.

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



En cuanto al eritema que presenta la menor T.R.R., si bien la defensa indica que puede ser causa de pañalitis atendiendo a que ésta se encontraba en proceso de control de esfínteres, además que antes y después de los hechos se había presentado esa patología y que ni el legista, ni el médico de la EPS, ni la pediatra pudieron determinar que la causa de esto fuera los actos sexuales de los cuales fuera víctima la niña, más aún porque no se determinó que las manos de su representado estuvieran sucias que sería la causa de producción de las lesiones vaginales, lo cierto es que su aparición fue contigua al suceso, no se mostró que la niña llegó con la patología donde la abuela ese 21 de marzo; si esto hubiera sido así, los padres muy seguramente no se hubieran alarmado, como efectivamente ocurrió.

En este estado del análisis vale la pena acotar igualmente que en el sistema penal con tendencia acusatoria, la defensa, como lo recuerda la Corte Suprema de Justicia en la aludida providencia⁶, tiene un papel más activo y diligente, pues ya sea con medios de conocimiento o con argumentos jurídicos, tendrá la carga de desvirtuar la teoría del caso sostenida por la Fiscalía o por lo menos de plantear una duda razonable, pudiendo para el efecto construir una o varias propuestas de solución al problema.

"En efecto, el asistente letrado tiene, en ese momento procesal, varias opciones:

2.3.1. *Presentar como mínimo una teoría del caso y enfocar todos sus esfuerzos durante el desarrollo del juicio para demostrarla y a la vez defenderla de la crítica.*

2.3.2. *No ofrecer explicación alguna y decidirse en el transcurso de la audiencia por una de las varias estrategias metodológicas que haya preparado (incluida la teoría que en un principio hubiera preferido exponer), a fin de controvertir como crea conveniente las proposiciones tanto empíricas como jurídicas que fuera introduciendo la contraparte.*

2.3.3. *Exponer una determinada teoría del caso, sin perjuicio de retirarla, modificarla, condicionarla, adicionarla o replantearla como lo dicten las circunstancias, de acuerdo con el devenir de cada asunto.*

2.3.4. *Y no presentar ni construir hipótesis alguna, limitándose a cuestionar el alcance de las pruebas del acusador, evidenciar la falta de solidez de los argumentos o destacar las inconsistencias de su postura (aunque esto sería recomendable sólo cuando la labor de la Fiscalía fuese muy deficiente).*

2.4. *Todas estas situaciones suponen, a pesar del silencio al que puede optar la defensa en relación con la presentación de teorías, una gestión positiva, acuciosa y diligente a la hora de refutar las tesis de la parte fiscal y de argüir las propias, tal como lo ha reconocido tanto la jurisprudencia de la Sala como de la Corte Constitucional en múltiples fallos. Por ejemplo:*

⁶ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, providencia del 3 de febrero de 2010, radicado 32.863, M.P., María del Rosario González de Lemos.



"[...] el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo"⁷.

"[...] el sistema, más que sugerir, requiere del imputado y su defensor, desde antes de la misma investigación, un comportamiento activo, que lo compromete con la indagación de lo que resulte favorable, sin que por ello se disminuya la presunción de inocencia"⁸.

"Una conducta silente en algunas etapas no puede confundirse con una actitud pasiva a lo largo de todo el proceso, pues la inactividad y el mutismo del abogado pueden resultar problemáticos o perjudiciales a la hora de dar efectividad real o material al derecho de defensa técnica como garantía irrenunciable del sindicado. En el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, el defensor no es un convidado de piedra, sino que se exige de éste un comportamiento acucioso tanto en la investigación como en desarrollo del juicio"⁹.

"[...] en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, en tanto se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio de libertad probatoria, la soporten"¹⁰.

Como se deriva de las citas anteriores, la consagración de esta carga procesal no desconoce ni afecta la presunción de inocencia, sino que es la consecuencia lógica de un modelo objetivo de conocimiento de confrontación o refutación. Sin embargo, frente a la efectividad de la garantía judicial en comento, es menester señalar que se traduce en las prerrogativas que a su favor tiene consagrada la defensa, dada la mayor rigidez de las cargas de su adversario. Es decir, que de todas las posibilidades de enfrentamiento entre las teorías de las partes, sólo en una de ellas podrá salir avante la del organismo acusador. Veamos:

Como acertadamente se pone de presente en la jurisprudencia traída a colación, más que sugerir, el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria requiere que tanto la defensa técnica, como material, incluso cuando optan por la posibilidad de guardar silencio desplieguen una gestión positiva, acuciosa y diligente, presentando pruebas que desnaturalicen o controviertan la prueba de cargo, y en todo caso exponiendo serios argumentos jurídicos para derruir la teoría del caso de su contraparte.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005.

⁸ Sentencia de 11 de julio de 2007, radicación 26827.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-069 de 2009.

¹⁰ Sentencia de 27 de marzo de 2009, radicación 31103.

Por otro lado, entre los argumentos erguidos por la letrada sustentados en la psicóloga de la defensa, están que las manifestaciones de la niña son motivadas y una réplica de las advertencias de sus padres de que no se debe dejar tocar del tío, lo que generó que se produjera una mentira infantil, debe advertirse que no pasa de ser otra de las conclusiones subjetivas de la defensa, carente de soporte objetivo demostrable en juicio. Mírese que el mismo progenitor de la menor dijo en su declaración que esto se le habrá dicho si acaso una vez, incluso que también se le señaló que no se podía dejar tocar del primo Maximiliano. No fue repetitivo el padre de la menor en su advertencia, como para crear eco en la niña, quien se dijo era muy unida con el tío, además porque Julián Alberto no desconfiaba de su cuñado, en todo caso es lo normal que los padres adviertan a sus hijos de los peligros que corren, incluso dentro del mismo núcleo familiar. No existen razones para concluir que los padres de T.R.R. pudieron determinar a su pequeña hija para que mintiera sobre el abuso sexual de que fue víctima, a sabiendas del daño que ello podría causarle a la niña.

Por ello, también desestima la Sala ese argumento defensivo, pues en este caso confluyen las pautas que según la jurisprudencia y la doctrina llevan a la certeza sobre la ocurrencia de este tipo de delitos sexuales, máxime cuando se cuenta con el relato de la propia víctima ingresado por la psicóloga, el cual reposa en la correspondiente entrevista forense. Así, en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de abril de 2007, radicado 26.128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés señaló cuales son las pautas que deben cumplirse para llegar a la certeza de la ocurrencia de los hechos en este tipo de delitos sexuales:

"(...)

a) *Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*

b) *Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y*

c) *La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones."*

Ahora bien, respecto a la prueba de refutación que dice la defensa estaba representada por el psicólogo Leonel Valencia Legarda y del cual considera que el Juez le dio poca utilidad, con el argumento que debe reevaluarse la práctica de dicha prueba, al respecto se indica que en ningún momento se cercenó el derecho de

RADICADO: 2014-03233
PROCESADO: L. A. R. G.
DELITOS: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



defensa y contradicción, dicho profesional fue a juicio y se escuchó porque el mismo había sido decretado desde la preparatoria, lo cierto es que el *a quo* lo consideró inútil porque no se circunscribió a temas relacionados con su especialidad, sino que su intervención tuvo un alto contenido jurídico, como que la entrevista realizada por su colega Sandra Yolima no se realizó bajo los parámetros de la Ley 1652, las preguntas fueron insinuantes; que no se establecieron las circunstancias de modo y lugar. Asuntos sobre los cuales ya se pronunció la Sala en párrafos que preceden.

Valga la pena resalta que el profesional traído por la defensa como prueba de refutación, también coincide en que la niña fue espontánea en su relato. Y lo que deja entrever es que se limita a querer imponer su particular visión de la actividad desplegada por la peritopsicóloga, calificando su testimonio, versiones y conclusiones como amañadas.

Como último punto de impugnación, está el contenido del computador incautado en la diligencia de allanamiento y registro, del cual extrajeron algún tipo de pornografía, donde al parecer aparecen menores de edad, y aunque la queja es que no se dejó establecido que sólo su representado lo manipulará, lo cierto es que fue a él a quien se lo incautaron, y las fotos encontradas si bien no se puede afirmar con absoluta seguridad que sean menores de edad, lo evidente es que la doctora Catalina Vásquez Guarín sí habla de gran probabilidad de esa condición, lo cual mostraría su inclinación morbosa también por las niñas.

Colofón de lo anterior y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala en este tipo de casos, lo cual es aceptado por la jurisprudencia, en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insubstanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de condena. Se itera, lo 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 razonable.

Sobre el tema señaló la Corte Constitucional en sentencia C-609 de noviembre 13 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz:

RADICADO:	2014-03233
PROCESADO:	L. A. R. G.
DELITOS:	ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN:	CONFIRMA
ORIGEN:	JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



"Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta —pues ella es imposible en el campo de lo humano— sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable. Además, las dudas que implican absolución del condenado son aquellas que recaen sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se pudieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo, tal y como esta Corte ya lo ha señalado".

En conclusión, la sentencia que se revisa es respetuosa de los derechos de los niños, niñas y adolescente, además es congruente con la lógica, con las reglas de la experiencia y con el sentido común, por lo tanto habrá de confirmarse integralmente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, por el cual el señor Juez Unico Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Envigado, Antioquia, condenó a **L. A. R. G.**, por la conducta punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, AGRAVADO**, artículos 209, 211.2, del cual fuera víctima la menor T.R.R., a la pena principal de **DOCE (12) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN**, en el mismo lapso será la accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, negándosele la concesión de la condena de ejecución condicional, así como de la prisión domiciliaria. Decisión probada por los Magistrados que integran la Sala y leída en audiencia celebrada para tal efecto, en sesión de la fecha, según consta en la respectiva acta. Este fallo queda notificado en estrados y contra el mismo procede el recurso extraordinario de casación, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RADICADO:	2014-03233
PROCESADO:	L. A. R. G.
DELITOS:	ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO
DECISIÓN:	CONFIRMA
ORIGEN:	JUZGADO PENAL CIRCUITO DE ENVIGADO
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

