



SALA PENAL

Medellín, cinco (5) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta No. 52

Radicado No. 05 212 60 00201 2012 00620

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado

Sentencia de Segunda Instancia No. 14

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Martes, 12 de junio de 2018. Hora: 08:30 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado LUÍS FERNANDO PARRA MUÑOZ, contra la sentencia proferida el nueve de agosto de 2017 por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, con funciones de conocimiento, a través de la cual, luego de un juicio oral, lo condenó como autor de un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

1. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos objeto de juzgamiento se contraen a lo siguiente:

El 26 de enero de 2012 la señora LINA MARÍA RAVE MAZO, madre de la víctima M.I.R.M¹, presentó denuncia penal en contra de LUÍS FERNANDO PARRA MUÑOZ compañero sentimental de su señora madre, indicando que desde el mes de agosto de 2011 la menor comenzó a sentir dolor e irritación

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

vaginal y pensó que ello obedecía a falta de aseo corporal, pero luego de tomar las medidas pertinentes la menor presentó un flujo extraño y maloliente que el galeno consultado dictaminó era producto de una infección bacteriana denominada *Gardnerella vaginalis*, que resultaba extraña en niñas de la edad de la paciente y podía ser compatible con maniobras erótico sexuales producidas por un adulto.

La pequeña indicó al ser entrevistada por una sicóloga del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía, que el compañero sentimental de su abuela de nombre **LUÍS FERNANDO PARRA MUÑOZ** aprovechaba que su madre la dejaba al cuidado de su abuela en la casa de esta, para tocar su vagina con su mano o su miembro viril, mientras observaba la televisión en una de las habitaciones del lugar o jugaban a las escondidas. Manifestó además que gritaba llamando a su madre pero nadie respondía, además su agresor sexual le tapaba la boca y le pedía que guardara silencio. Los hechos habrían ocurrido en dos oportunidades. Realizada la respectiva denuncia y tras los controles legales, las autoridades procedieron a la captura del acusado.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1. - El 6 de noviembre de 2013, ante la Juez Primero Penal Municipal de Bello, Antioquia, con funciones de control de garantías la Fiscalía imputó cargos en contra de **LUÍS FERNANDO PARRA MUÑOZ** por un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles de actos sexuales con menor de 14 años agravado, ilicitud prevista en el canon 209 y 211.2 del C. Penal, los cuales no fueron aceptados. Se legalizó su captura y se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. – El 4 de febrero de 2017, la Fiscalía presentó escrito de acusación conforme a los cargos imputados, correspondiéndole por reparto el proceso en la etapa de juicio al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, con funciones de conocimiento.

3. – *En desarrollo de la etapa de juicio, se agotaron ante el referido Despacho las respectivas audiencias de acusación, preparatoria, y de juicio oral, enunciación del sentido condenatorio del fallo, individualización de la pena y finalmente de lectura de la sentencia, esta última efectuada el 9 de agosto de 2017, imponiéndole al procesado una pena de 14 años de prisión por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acto sexual con menor de catorce años agravado, acorde con la solicitud de condena que, coherente con lo demostrado en juicio demandó en las alegaciones de clausura la Fiscalía.*

4. – *La anterior decisión dejó inconforme a la defensa del sentenciado, cuyo letrado interpone el recurso de apelación, motivo por el cual conoce esta Sala el asunto.*

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Lo primero que aclara el a quo es que despacha desfavorablemente la solicitud de nulidad deprecada por la defensa, en tanto esta no realiza un análisis concreto del asunto y ni siquiera invoca alguna de las causales taxativas previstas en la ley para el efecto, limitándose a hacer alusión a la falta de control judicial en el procedimiento adelantado para la obtención de fluidos de la menor de edad, y la ausencia de consentimiento de la representante legal o de la propia afectada sin mayor análisis jurídico, doctrinario, jurisprudencial o legal que permita concluir que dicha falencia podría llevar a la aplicación del remedio extremo.

Por el contrario, el fallador singular sostiene que en este caso se respetó el debido proceso en sus aristas de defensa técnica y material, concediendo los recursos frente a decisiones adversas relacionadas con peticiones de libertad y preclusión que a la postre fueron confirmadas en segunda instancia. Tampoco tuvo vocación de éxito la solicitud defensiva encaminada a que se excluyera el material probatorio allegado en el juicio. Las objeciones a varias preguntas formuladas en juicio por la defensa se deben a la evidente falta de técnica de letrado, propias del debate en juicio, sin que dicha actividad conlleve la nulidad de la actuación como erradamente lo entiende el togado.

En lo que al fallo hace, se estima cumplido el estándar legal para condenar, art. 7º y 381 del Estatuto Procedimental Penal. Se cuenta con suficiente material probatorio para edificar el fallo de condena. Por el estrado desfiló la madre de la víctima, quien transmite la información que percibió de manera directa y lo que escuchó decir a su hija. De su testimonio se extracta que el acusado sometió a la menor a diferentes actos abusivos de connotación sexual, realizados en diversas fechas y aprovechando su posición dentro del núcleo familiar, además que la madre de la pequeña se iba a laborar dejando a la infante bajo el cuidado de su abuela. Otro aspecto que se extracta de su deponencia es que al parecer por miedo la víctima no contaba lo que estaba ocurriendo. Quedó demostrado así que el procesado cometió las ilicitudes bajo la circunstancia de agravación punitiva enrostrada.

Por su parte el legista que realizó el examen sexológico de la menor, FABIO ALBERTO GUTIÉRREZ BURITICÁ, indicó que esta confirmó la manipulación a nivel genital por parte del adulto, versión que resulta acorde con los hallazgos físicos de una infección bacteriana a nivel vaginal que puede ser producida por contacto con el miembro viril, o la manipulación de la vagina con la mano del agresor luego de tocar el asta del varón. Esto es, resulta compatibilidad con posibles maniobras erótico-sexuales, ello, a pesar de la ausencia de desfloración y contaminación venérea de la víctima. Tal como lo enseña la jurisprudencia, dichas declaraciones son dignas de toda credibilidad, constituyen prueba directa de lo que el profesional escuchó decir y de los hallazgos físicos, además concuerda con lo dicho por la madre de la infante, sin que se observe en ambos testigos motivos para mentir en contra del acusado. Por su parte la sicóloga que la entrevistó manifestó que de manera clara, fluida y detallada la niña contó que el acusado le tocó la vagina en cinco oportunidades mientras permanecía al cuidado de su abuela materna en la casa de esta, en donde su progenitora la dejaba mientras iba a laborar. Testimonio que al igual que el anterior constituye prueba directa y es digno de toda credibilidad.

Para el fallador de primera instancia las anteriores deposiciones resultan contestes con lo dicho por la menor, quien asistida por sicólogo y defensor de familia expresó que el acusado la tocaba mientras ella se encontraba en una de las habitaciones de la casa y veía televisión, no recordaba fechas pero sí

que estos vejámenes venían siendo reiterativos, señaló el punto anatómico que el hombre le habría tocado, y que le contó a su madre, quien llamó a la policía. En su declaración afirmó que estos hechos ocurrieron en dos oportunidades, mientras que frente a la psicóloga aseveró que fueron cinco. No se demostró que la testigo tuviera algún tipo de enfrentamiento con el acusado como para querer perjudicarlo, tampoco se aportaron elementos que demuestren tal hipótesis y ni siquiera los otros testigos refieren tal posibilidad.

El anterior testimonio trató de ser impugnado por la defensa con base en que la psicóloga ya había desfilado por el estrado, y argumentando además presuntas falencias en desarrollo de su entrevista por falta de sujeción a las normas del CIA. Aunque se dice que la progenitora de la menor pretendía al acusado, y que ello generó conflicto con la abuela de la niña, dicha afirmación carece de sustento probatorio. En síntesis, lo atestado por la menor resulta corroborado con los demás testigos de cargo, quienes en conjunto señalan que el acusado era el único individuo que asediaba y abordaba a la menor de edad.

De otro lado el testimonio de la abuela de la víctima se observa parcializado y carente de respaldo probatorio, aceptando que visita regularmente al procesado en la cárcel. Advera que desde mediados del año 2010 el acusado no vivía en su casa pues ante las insinuaciones de su hija y los intentos de amoríos entre ambos, le solicitó al adulto que se fuera del lugar para evitar problemas, por ello es imposible que este abusara de la pequeña. Además la niña le mencionó que fue un individuo de nombre ALBEIRO el que la había tocado indebidamente. Acepta que visita regularmente al acusado en la cárcel.

Tampoco logró demostrar la defensa con la testigo CRISTINA SALAZAR ARANGO, que el acusado no fue quien cometió las conductas desviadas en contra de la infante. Dicha deponente sostiene que para la época trabajaba en el taller de confecciones que tenía en su casa la abuela de la víctima, y que para ese entonces el justiciable no residía en este lugar sin allegar otros elementos de juicio que respalde su dicho. Finalmente el testimonio de la psicóloga MARITZA GONZÁLES, sólo da cuenta de la intervención inicial de

la pequeña para determinar si debía ingresar al ICBF. Tampoco la crítica por la falta de demostración de un acto abusivo elevada por el togado tiene la virtualidad de echar abajo el juicio de reproche penal en contra del acusado, pues no constituye requisito del modelo típico consagrado en el art. 209 del C. Penal, para cuya estructuración únicamente se requiere que el adulto realice o induzca a realizar actos sexuales al menor de 14 años.

En relación con la tasación de la pena, decidió el a quo que debía partir de la pena mínima del delito de actos sexuales agravado, art. 209, 211.2 del C. Penal, que comporta una pena de 12 años de prisión, hito punitivo al que le aumentó 24 meses en aplicación de la teoría de los concursos, art. 31 ibídem, pues en interpretación favorable al enjuiciado consideró que por los menos se probó que el acusado cometió dos conductas punibles de las contenidas en el referido modelo típico 209, agravadas.

Estas son en síntesis las razones para dictar fallo condenatorio en contra del justiciable por los delitos de la acusación, imponiéndole una pena de 14 años de prisión con negación de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de locomoción por expresa prohibición legal.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Aduce el impugnante que se debe revisar si en este caso se presenta causal de nulidad por vencimiento de términos y proceder a su decreto.

En lo que al fallo hace, sostiene que este se fundó en un hecho indicador no probado más allá de toda duda como lo demanda la ley, y que durante la fase previa y el desarrollo del juicio se desconoció lo relativo a la cadena de custodia relacionado con el ingreso, custodia y análisis, en laboratorio forense de elementos materiales probatorios.

Además que los exámenes realizados por el legista FABIO ALBERTO BURITICÁ son inconstitucionales e ilegales. A lo que se suma que no tuvo en cuenta el fallador que dicho galeno concluyó que el himen de la menor se encontraba íntegro lo cual descarta que se haya utilizado la mano o el pene.

Que dicha zona erógena se encontraba con enrojecimiento producto de la Gardenella, y que esta no es una enfermedad de transmisión sexual sino una bacteria que pertenece a la flora de la vagina de la mujer y no de los hombres, sin que exista prueba que demuestre que el acusado fue quien se la transmitió a la infante; pero además que pudo ser la madre e incluso la abuela de la niña, quienes la contagiaran.

En relación con el testimonio de la abuela considera que no se lo puede descalificar por sospechoso, pues no se impugnó su credibilidad, en consecuencia ni la Fiscalía ni la judicatura puede fundar sus inferencias con base en esta conclusión. Lo claro es que la deponente niega lo dicho por su hija. Critica igualmente al a quo por haber formulado preguntas a la víctima sin cumplir los requisitos que la ley dispone para tales eventos convirtiéndose en parte, además de dejar de resolver la impugnación que la defensa realizó de dicho testimonio, así como de valorar lo dicho por la abuela y la propia deponente sobre su aleccionamiento para acudir a rendir testimonio en juicio. Tampoco le dio trascendencia a lo afirmado por la sicóloga sobre la capacidad de fantasear de los pequeños, la posibilidad de ser influenciados por los adultos o la evidente contradicción cuando la menor refiere que el adulto le tocó los “principios”, señalando los senos, y tras gestos de la profesional dice que fue la vagina. O que en el informe inicial del ICBF la misma denunciante acepte que para la fecha de los hechos el indiciado no vivía en la casa de su madre.

Alude a los art. 115, 139 y 145 del C.P.P., para terminar criticando el proceso de dosimetría penal adelantado por el fallador singular en este caso, al considerar que no se sujetó a los criterios de proporcionalidad de las penas, y que adolece de una debida motivación en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, lo que conlleva la violación del principio de legalidad por lo que depreca la suspensión de las sanciones impuestas a su representado.

Finalmente asevera que en este proceso se incurrió en vías de hecho derivadas de la obtención de pruebas ilícitas, así como por la incorporación de una prueba inadmisibile y la arbitraria valoración de la prueba por parte del juez singular, además, por habersele negado la posibilidad de interrogar a un testigo común. En suma, se presentan defectos sustanciales y

procedimentales, así como la violación de derechos fundamentales de su prohijado. Estas son en síntesis las razones por las cuales solicita se revoque el fallo apelado y en su lugar se emita la sentencia que en derecho corresponda.

5. SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

*En el término legal **el delegado fiscal** suministra escrito en el que plasma sus consideraciones jurídicas como no recurrente, indicando que es cierto que la Fiscalía solicitó prórroga de medida de aseguramiento y que esta fue despachada negativamente por un juez de control de garantías, y que apelada dicha decisión sin que a la fecha se haya decidido la alzada carece de sentido lo que allí se resuelva, pues ya se dictó sentencia condenatoria y en consecuencia el procesado continúa privado de la libertad para descontar la sanción impuesta en primera instancia.*

De otro lado sostiene que no es procedente que la defensa depreque una nulidad que en manera alguna enuncia, limitándose a indicar de manera genérica que en este caso se desconoció la jurisprudencia de las altas cortes sobre el particular. Tampoco concreta cuáles son las inferencias en las que el a quo fundó el fallo apelado.

*Oteado el expediente y audios que componen este proceso, no encuentra que en el juicio se haya ingresado alguna evidencia que requiera cadena de custodia como lo entiende el apelante. Ni precisa en qué consiste la reclamada ilegalidad o inconstitucionalidad del testimonio del legista que acudió al foro de fondo. Tampoco tiene en cuenta el censor que precisamente fue la infección bacteriana producida por *Gardenella* la que prendió las alarmas en relación con las vejaciones a las que estaba siendo sometida la víctima, y que el profesional de la salud explicó que si bien ahora se sabe que no se trata de una enfermedad de transmisión sexual, si es sumamente raro que se presente en una niña de la edad de la víctima.*

Con el testimonio de la madre de la menor quedó claro que el acusado también se propasó con esta, que la abuela de la pequeña mantenía relaciones con diferentes hombres y que por causa de su propia progenitora

la deponente tuvo que soportar situaciones difíciles durante su infancia y adolescencia por esa vida desordenada. La abuela de la víctima realizó una férrea defensa de su pareja sentimental sin importarle la reputación de su hija. La historia de vida de esta mujer indica que no es una persona confiable, que pone por encima de su hija y de su nieta las relaciones amorosas con los hombres.

De otro lado aduce que la víctima rindió testimonio en juicio con el cumplimiento de todos los requisitos de ley, y mientras declaraba el acusado permaneció fuera de la Sala, escuchando su deponencia. Resulta temerario que el apelante sostenga que la sicóloga le hizo gestos a la testigo para que indicara que el adulto le tocó la vagina. Tanto la Fiscalía como el juez estaban atentos mientras la pequeña declaraba, incluso este último se encontraba a un metro de distancia de las dos féminas, sin que ninguno observara que tal cosa realmente hubiera ocurrido.

De otro lado, es sabido que el juez puede realizar preguntas complementarias a la víctima y ello fue lo que sucedió en su interrogatorio. En relación con la Gardenella, sostiene que es una bacteria propia de la flora presente en la vagina de las mujeres, sin que la defensa aportara elementos científicos para demostrar que la niña fue contaminada por contacto con su madre o su abuela, hipótesis carente incluso de fundamento fáctico, sin que además fuera ventilada en juicio. Fueron otros los elementos, en especial el acceso que tenía el adulto para estar a solas con la menor, a lo que se suma el señalamiento directo y reiterativo que esta hace en su contra, los que permitieron fundar el fallo apelado.

No entiende porqué trae a colación el censor a los art. 115, 139 y 145 del C.P.P., pues el descubrimiento probatorio en este caso fue completo y la defensa nada dijo en su momento al respecto. Tampoco indica el apelante cuál es la presunta irregularidad que debía corregir la judicatura en aplicación del citado canon 139. Finalmente, no encuentra estructurada ninguna de las vías de hecho que reclama el impugnante, siendo claro que durante todo el juicio se notó que la defensa renunciaba al contrainterrogatorio, y en el directo pretendió agotar con los testigos comunes temas ya abordados por la Fiscalía.

6. CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes, sin que sea posible desmejorar la situación jurídica del procesado, pues la defensa es apelante único.

Visto lo que corresponde al escrito de apelación, resulta imperativo realizar algunas consideraciones previas con el fin de determinar si se presentó una debida sustentación de la alzada, pues como lo enseña la jurisprudencia, tal acto resulta trascendente en la composición del rito procesal y, en consecuencia, debe estar orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar sus desaciertos y las bondades de la tesis que se propone, lo cual se logra presentando razones, destacando falencias y no solo enunciando argumentos genéricos, gaseosos, inconexos y faltos de concreción.

No basta entonces expresar la inconformidad de manera general, la carga argumentativa en tratándose del recurso de apelación de sentencias impone al censor concretar el tema o materia de disenso “presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada”, esto es, exponer con suficiente claridad los aspectos que generan inconformismo para que el funcionario que decide los pueda conocer con precisión, resolver de conformidad y a cabalidad el asunto, pues de lo contrario tal posibilidad para la segunda instancia nunca se abriría. Entonces, debe ser la apelación lo suficientemente explícita y clara frente a aspectos tales como la valoración de la prueba acopiada, las razones de tipo probatorio en que se soporta la inconformidad, la referencia concreta del análisis efectuado por el fallador en la providencia atacada que no se comparte, la crítica jurídica con la que se contradiga y refute el fundamento que condujo a sentenciar en el sentido que no se acepta, e indicar en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior.

No se trata entonces de una simple manifestación de desacuerdo con lo decidido, o de la formulación de objeciones abstractas, o simples peticiones de principio con las cuales se alegue la inocencia del procesado, o el argumentar simplemente, por ejemplo, que la prueba resulta insuficiente para condenar, que la pretensión ha de prosperar solo porque la parte considera sin más que es la forma correcta de decidir el asunto, pues ello no responde a una adecuada sustentación del recurso, requisito sine qua non para su admisión y trámite. En definitiva, a una debida sustentación, esto es material y jurídicamente hablando, le son ajenas las manifestaciones abstractas, deshilvanadas, genéricas, confusas, gaseosas e indeterminadas, carentes de toda concreción.

Descendiendo en el sub examine, encuentra la Sala que parte de la exposición efectuada por el impugnante, con la que pretendió sustentar la apelación de la decisión de primera instancia, adolece de tales defectos argumentativos. De esta manera cuando depreca la nulidad de la actuación sin cumplir con los requisitos de taxatividad y necesidad que rigen la materia, aduciendo al remedio extremo pero sin concretar ninguna de las causales contempladas en la ley, cuando hace alusión a la violación de garantías fundamentales sin concretar el asunto y sostiene que el fallo se funda en un hecho indicador sin que pueda saber la segunda instancia a que hecho se refiere el apelante. Otro tanto sucede con la supuesta violación de la cadena de custodia quedando sin resolver sobre qué elemento de prueba recayó tal falencia investigativa, o la alegada, de forma genérica, inconstitucionalidad e ilegalidad del examen sexológico realizado por el médico legista, desacierto argumentativo que se extiende a las causales de las vías de hecho por obtención de prueba ilícita, incorporación de una inadmisibles, o la valoración arbitraria del material de conocimiento.

En síntesis el impugnante ataca la decisión de primera instancia mediante una exposición confusa, deshilvanada, carente de toda precisión jurídica, jurisprudencial y doctrinaria, alegando defectos sustanciales y procedimentales que no concreta, así como vulneración de garantías fundamentales de su prohijado sobre los que tampoco arroja luz, por lo que la puerta a la segunda instancia debería cerrarse sino fuera porque subsiste en su escrito un mínimo argumentativo relacionado con la prueba que

permiten entender sustentado en debida forma la alzada, por lo menos, se insiste, sobre este tópico.

Entendida de esta manera la problemática que plantea el apelante y que habilita la competencia de la Magistratura, debe indicarse que para su correcta elucidación exige que la Sala se aplique en verificar si la prueba debatida en juicio demuestra más allá de toda duda la ocurrencia del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, permitiendo además estructurar el juicio de reproche penal en contra del acusado LUÍS FERNANDO PARRA MUÑOZ, como autor de tal concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles.

Conectado con lo dicho más arriba, dígase entonces que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se observe la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado en este proceso, cuyas averiguaciones se adelantaron por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado. Sobre la descripción comportamental contenida en el modelo típico en cuestión y como lo acostumbra la Sala como prolegómeno en este tipo de casos, es menester señalar que busca proteger a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de tal naturaleza. Esta falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, así lo establece el artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008.

En cuanto a la agravante contenida en el numeral 2° del canon 211 del C. Penal, ninguna objeción se formula desde la orilla defensiva sobre el particular, ni tampoco genera dudas por cuanto en el caso bajo análisis el acusado detentaba una posición que le generaba confianza en la víctima, pues se trataba del compañero sentimental de su abuela, quien residía bajo el mismo techo, lo que le proporcionaba acceso total a la menor de edad.

Ahora, es importante recalcar que no obstante que la menor pueda saber que está siendo objeto de este tipo de delitos, incluso consentirlo, el

legislador sanciona la actuación del adulto que abusivamente invade la órbita de libertad sexual de la víctima que no supera los 14 años de edad, pues se considera que no cuentan con el grado de madurez psicológica que se requiere para consentir autónomamente sobre el uso de su cuerpo con finalidades erótico sexuales; por el contrario, se asume que quien ha alcanzado la mayoría de edad cuenta con un desarrollo síquico tal, que le permite controlar su comportamiento evitando dar rienda suelta y de forma nociva a la satisfacción de sus instintos sexuales más primitivos, haciendo parte de esa acción concupiscente al menor, aprovechando su evidente superioridad frente al individuo que aún no alcanza su pleno desarrollo mental y físico, además se espera que si el adulto soporta alguna clase de hiperactividad sexual, o trastorno relacionado con esta esfera de la vida humana, acuda a la ayuda médica, psicológica o psiquiátrica del caso, pero de ninguna manera que lo traduzca en actos sexuales con una persona menor de 14 años.

El dispositivo típico por el cual se procede es del siguiente tenor:

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de 14 años. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. 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”.

Según la doctrina el mencionado artículo 209 del C. Penal tutela el bien jurídico: “... de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales².

En la misma línea de pensamiento la jurisprudencia expuesta por la CSJ, Sala de Casación Penal en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000; oportunidad en la que el Alto Tribunal indicó: “... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad”.

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

Hechas las anteriores precisiones en punto de la normativa legal que consagra el delito bajo análisis, y la naturaleza del bien jurídico tutelado con dicho dispositivo, previo a entrar a resolver de fondo el episodio fáctico objeto de juzgamiento en este proceso, resulta pertinente señalar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 del C.P.P., en el juicio se admitieron una serie de pruebas, tanto documentales, testimoniales y periciales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre hechos relevantes para lo que interesa al debate.

Retomando entonces la hilatura analítica expuesta por la Sala, como se dijo en cuartillas anteriores, parte de la censura se dirige concretamente contra la valoración probatoria realizada por el a-quo en el fallo de primera instancia; estudio que en su criterio es equívoco por cuanto con el material debatido en juicio no se logra la certeza necesaria para condenar, esto es, más allá de toda duda. Dicha temática torna del todo procedente significar que de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción luego del análisis individual y finalmente tras uno aunado del acervo probatorio debatido en juicio, en cuyo estudio se deben tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica formal, la equidad, las ciencias y artes afines y auxiliares, la dialéctica, con el fin de alcanzar la certeza sobre los hechos.

Para proceder a la valoración de los testimonios, tomando como base lo planteado en la apelación, debe recordarse entonces que en nuestro sistema procesal penal, se erigen como pruebas aquellas practicadas y controvertidas en presencia del juez, en la audiencia de juicio oral; es decir, producidas de manera pública, respetando el principio de inmediación y sometidas al debido contradictorio. Se exceptúan las estipulaciones probatorias que hayan sido acordadas legalmente por las partes, vale decir que el sub examine aparece huérfano de este tipo de consenso, la prueba anticipada y la prueba de referencia, admisible de manera excepcional.

A voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dicho material de conocimiento debe generar en el director del juicio el “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”; sin que la sentencia de condena pueda fundarse únicamente en prueba de

referencia, consagrando de esta manera una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría generar un falso juicio de convicción como lo ha señalado la jurisprudencia.

Bajo estas premisas, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del procesado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutorio, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, art. 7º del C. Penal, de lo contrario, al tenerse la convicción de la realización del delito y su consecuente responsabilidad en cabeza del procesado, con fundamento en la ristra probatoria se impone la condigna condena del individuo en contra del cual se estructura el respectivo juicio de reproche criminal. Vale decir, la duda probatoria a la que se alude es aquella de entidad suficiente para enervar el fallo de condena.

Previo entonces a despejar los específicos planteamientos expuestos en la censura relacionados con las probanzas debatidas en el foro de fondo, resulta pertinente abordar lo dicho en primer lugar por la **VÍCTIMA** en juicio, quien afirma que su madre trabaja todo el día o toda la noche, y que desde que nació quedaba al cuidado de su abuela, o de una tía de nombre FANNY en la residencia familiar. En este lugar además vivía el novio de su abuela de nombre FERNANDO.

Recuerda que este individuo le tocó la vagina en dos oportunidades, por debajo de su ropa interior y con su mano mientras se encontraba en la habitación en donde ella pernoctaba. Con posterioridad le contó a su madre lo sucedido y ella llamó a la policía. La sicóloga también supo lo que había ocurrido con este hombre a quien conoce desde pequeña. Afirma que en la segunda oportunidad su agresor le tapó la boca para que no gritara; en un momento llamó a su madre pero nadie contestó. Solo recuerda que tenía una blusa y se encontraba en ropa interior. Está segura que el acusado la tocó en la referida zona erógena pues se encontraba despierta, por su parte el hombre estaba vestido. No recuerda fechas ni horas.

Desfiló igualmente por el estrado la madre de la menor, **LINA MARÍA RAVE MAZO**, quien precisa que se fue de la casa de su madre en el año 2009 con su hija. En el 2012 presentó denuncia contra el acusado, para la época

compañero sentimental de su progenitora, ya que comenzó a notar en la niña un fluido extraño, maloliente, y tras las revelaciones de su prole y los respectivos exámenes médicos supo que estaba siendo objeto de vejaciones sexuales por parte del justiciable. Clínicamente se concluyó que posiblemente la estaba tocando una persona con las manos sucias o con el miembro viril, y la secreción de este pudo causar el flujo que presentaba la pequeña ya que no era normal encontrarlo en una fémina de su edad. Tras denunciar los hechos le comentó lo sucedido a su madre y esta le dijo que eso no era posible y que eran mentiras, su relación cambió mucho, casi ni se hablan, pero no dejó de verla pues al fin de cuentas se trata de su madre. Esta le dijo que se había enojado mucho con este individuo y lo había echado de la casa pero no le consta, pues incluso la víctima lo llegó a ver con posterioridad en la residencia. Con anterioridad ya había tenido varios problemas con este hombre, luego que una noche en que se quedó a dormir en la casa de su madre este llegó alicorado y hallándose somnolienta le tocó la vagina por lo que al darse cuenta tomó a su hija y se fue del lugar.

Dice que otro hecho similar habría ocurrido con su hermana mayor pero su madre no le creyó y la echó de la casa. Sostiene que la jefe del hogar en realidad negaba la relación que seguía sosteniendo con el acusado y que este continuaba con las llaves de la casa, y que ella se lo recriminó a su madre. Fue en octubre o septiembre de 2011 que notó el flujo vaginal en la menor, específicamente la niña le dijo que este hombre le tocaba su zona erógena y le dolía, le introducía la mano dentro del pantalón, otras veces la acariciaba por encima de las prendas de vestir, cuando jugaban a las escondidas, fichas, veían televisión, y que todo ocurría en la habitación principal de su madre MARÍA MAZO. La niña tuvo cambios en el comportamiento, comenzó a sexualizar a las muñecas, no se dejaba revisar ni limpiar. Luego de la atención psicológica trató de olvidar, lo niega todo, evade el tema.

Aclara la atestante que todas sus hermanas son de diferentes padres, su madre ha sostenido muchas relaciones con varones, particularmente ella vivió situaciones desagradables por esta causa, incluso uno de estos hombres quiso abusarla cuando tenía 8 años y vivían en Venezuela con esta persona. El acusado consumía sustancias estupefacientes, y algunos de sus

familiares la amenazaron tras la denuncia, incluso este llegó a agredirla físicamente. Conoce a YULIET CRISTINA SALAZAR ARANGO, una vecina, laboraba para su madre y se enteró de los hechos luego de la denuncia, pues ella misma le contó.

Al igual que las anteriores el llamado a rendir testimonio fue atendido por el médico legista **FABIO ALBERTO GUTIÉRREZ BURITICÁ**, quien valoró a la víctima. Con este galeno quedó claro que la infante confirmó de viva voz que había sido objeto de maniobras sexuales por parte del adulto, Lo mismo le refirió la madre de la pequeña, información que quedó consignada en la anamnesis del caso. Encontró que la menor presentaba himen íntegro, sin signos de embarazo ni de contaminación venérea, sin embargo encontró varios hallazgos físicos perceptibles, equimosis en proceso de resolución, edema, enrojecimientos leves a nivel genital compatibles con posibles maniobras erótico sexuales, según lo narrado por las féminas. Sugirió valoración psiquiátrica de la paciente. Amplió el informe pericial con base en los resultados de la muestra de la menor realizada en laboratorio en las que se encontró *Gardenella vaginalis*, una infección bacteriana. El aumento de esta puede producir flujo vaginal y mal olor. Antes se creía que era una enfermedad sexual pero hoy se sabe que es un cambio en la flora vaginal. No es común que en niños menores se presente este cambio, es asociado normalmente a manipulaciones a nivel genital. Aclara que un hombre que se masturba y posteriormente toca la zona vaginal puede transmitir dicha infección, otra posibilidad es que se transmita directamente, o por pérdida de flora vaginal.

Los genitales que se dice posiblemente manipulados son los que se encuentran en la parte más externa de la niña, clítoris e introito vaginal, en donde se encontraron los hallazgos clínicos. El himen estaba íntegro, la infección no necesariamente lo compromete. Puede transmitirse con el asta viril, las manos, otros elementos, mientras que en mujeres adultas se asocia con reinfección, por eso se conectaba anteriormente con una enfermedad de transmisión sexual. No se encontraron fluidos de hombres, lo que no necesariamente descarta la manipulación sexual.

SANDRA YULIMA TORRES RUA. Sicóloga del CTI, adscrita al CAIVAS de la FGN. Entrevistó a la menor cuando tenía cuatro años. Advera que la niña mostró empatía, identificó las partes de ambos sexos. Narró que había un juego a las escondidas y le molestaba que el adulto le tocaba la vagina por debajo de la ropa, el “señor” de su abuela de nombre FERNANDO, el de MARTHA. Le contó que ella tenía un jean y una blusa, llamaba a su mamá pero el adulto le decía que no gritara. Con sus manos indicó que fueron cinco veces, pero aclara que por razones de la edad de la víctima precisar y contar no es lo mismo, pero afirma que fueron varias veces. Los hechos sucedieron en la casa en donde la cuidaban mientras su madre estaba en el trabajo.

Por su parte **MARTHA EUGENIA MAZO LONDOÑO.** Abuela de la víctima, afirma que para el año 2011, 2012, vivía con su hija menor MELISA MAZO LONDOÑO. Es operaria de máquina plana de coser, desde hace 10 años se dedica a este oficio en un taller con varios de estos aparatos que tiene en su residencia. En aquella época sostenía una relación sentimental con el procesado, luego comenzaron a presentarse los problemas. Su hija le dijo que el procesado había abusado de la niña pero eso no pasó, pues ya llevaba un año de no ingresar a la casa. Aproximadamente a mediados del 2010 y para evitar problemas, a pesar del amor que sentía por esta persona le pidió que se fuera de la casa pues su hija se miraba en el espejo y se le insinuaba, le preguntaba que cómo le quedaban la ropa íntima, “cacheteros”, en otra ocasión en que pernoctaron y compartieron bebidas alcohólicas esta habría dado pie para que le cogiera las nalgas.

Luego de su salida del hogar, la testigo continuó buscándolo pero no lo encontró, si lo hubiera encontrado se hubiera ido a vivir con él. Le comentaron que había abusado de la niña, que le había tocado la vagina pero todo es mentira. Ella también denunció lo primero ante las autoridades, pero ahora sabe que todo es mentira. Su hija le manifestó llorando que la menor develó que un hombre con el que aquella estaba viviendo de nombre ALBEIRO la había tocado, por lo que le habría dicho que estaba sufriendo esto por haberle enseñado a decir ese tipo de cosas falsas a la pequeña, tal como había acontecido con el acusado. Nada de esto lo contó cuando se denunciaron los hechos. No recuerda que haya expuesto ante las autoridades otros motivos diferentes a las confianzas con su hija para su

separación con el justiciable a quien ha visitado un total de 32 veces en la cárcel, incluso le lleva comida cuando puede. Para poder ingresar al centro de reclusión se presenta ante las autoridades carcelarias como su cónyuge a pesar de que no lo es, pero deja en claro que quisiera serlo. El motivo del consumo de estupefacientes por parte del justiciable fue otra de las razones que expuso en Fiscalía para separarse de este individuo.

Como testigos de descargos se escuchó a **CRISTINA SALAZAR ARANGO**, quien averó que en el tiempo en que la abuela de la menor y el acusado mantuvieron una relación amorosa, la hija de esta y la víctima no vivían ya en esta casa. No recuerda cuanto tiempo duró aquella relación sentimental pero en su criterio fue bastante. El justiciable simplemente se alejó de la casa porque no gustaban de él y quería evitarle problemas a MARTHA. Cuando la madre de la niña dijo que esta persona había tocado a la menor el justiciable hacía mucho tiempo que no vivía en dicha residencia, y ello le consta, pues allí laboraba, era vecina e iba mucho allí. Le contaron que desde antes que el acusado apareciera en la vida de esta familia la niña presentaba cierta enfermedad pero no sabe cuál, supone que esto debe tener una historia detrás y que los problemas surgen porque la madre de la niña no quería al acusado, o porque no le prestó atención, o no le dio dinero y quiso dañar la relación de su madre. Trabajó durante más de un año con la parentela de la niña, no recuerda las fechas, no la liquidaron, laboraba cuando le apetecía, iba cuando quería o podía. No tenía horario. Considera que la progenitora de la víctima acosaba al procesado pues no otra cosa puede significar el insinuársele preguntándole cómo le quedan la lencería, unos “cacheteros”, llegó a escuchar directamente cuando aquella preguntaba esto.

MARITZA GONZÁLEZ CARRILLO. Psicóloga adscrita al ICBF. Realizó valoración inicial de la víctima a fin de determinar si los hechos ameritaban una investigación más profunda. No actuó como sicóloga forense, de investigación o clínica. En este caso los hallazgos de los médicos y su valoración del caso llevaron a que se remitiera el asunto a la Fiscalía por posible abuso sexual de la menor. La madre de la infante estuvo presente durante la entrevista pero no intervino en ella.

Como puede verse, en este caso la víctima declaró en juicio, incriminando directa y contundentemente al acusado como autor de los delitos enrostrados lo que a no dudarlo resulta concordante con lo expuesto por los otros testigos de cargo, a la par que subsisten serios y graves indicios en contra del justiciable por su presencia en el lugar de los hechos, la oportunidad y capacidad para cometer los ilícitos que se le endilgan. En relación con la importancia que adquiere el testimonio del menor de edad objeto de vejaciones sexuales, y el material indiciario en este tipo de delitos, puntualizó el Máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en sentencia T-554/03:

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

Sobre el testimonio de quien para la fecha de los hechos contaba con tan solo tres años de edad cabe señalar que la jurisprudencia enseña que para validar la versión de los menores, presuntas víctimas de actos sexuales, se precisa la aplicación del criterio de coherencia narrativa³, para deducir que no sólo su testimonio lo era, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba era ampliamente concordante. Esto ha dicho el máximo tribunal al respecto:

“En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”⁴.

Es por ello, que cuando las declaraciones de los menores víctimas de este tipo de delitos sexuales se realizan con fluidez, estructurando un relato

³ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

⁴ Cfr. CSJ., SP. Providencia del 19 de enero de 2011, Rad. 30073.

discursivamente coherente, advirtiéndose además que se expresa de una manera natural, espontánea, acorde a su edad y a su particular desarrollo cognitivo, y el relato se encuentra concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, aunado a lo cual se advierte plena sanidad de sus sentidos, y como sucede en este caso siendo así mismo corroborados en lo esencial por las valoraciones del profesional que la evaluó médicamente y aquellas sicólogas que también conocieron su caso, y en general por los demás testimonios de cargo, es acertado que el fallador le confiera total credibilidad a lo dicho por la pequeña, máxime cuando no se aporta al debate una contundente prueba de refutación por parte de la defensa, y por el contrario el material de descargo resulta del todo débil y se dirige a probar una tesis exculpatoria sin mayor respaldo probatorio, a lo que se suma la evidente parcialidad de la abuela de la víctima, lo que permite afirmar que el letrado de la defensa pretende que la Magistratura acoja su particular visión de los hechos, incurriendo sobre ciertos aspectos huérfanos de toda prueba en una evidente petición de principio.

Como se enunció la atestación de la menor resulta concordante, entre otros, con el testimonio del médico legista que realizó el respectivo examen sexológico, pues explicó con suficiencia que a pesar de encontrar el himen de la menor íntegro o señales de desfloración, ello no significa que no haya existido la manipulación a nivel vaginal, como erradamente lo entiende la defensa; fue es claro el profesional al referir que encontró huellas, enrojecimientos y de la bacteria Gardnerella en áreas externas de la vagina de la menor, no internas, que dicha infección no conlleva necesariamente la penetración de la cavidad en comento por el miembro viril, la mano u otro elemento utilizado en maniobras erótico sexuales en esta zona.

No obstante, tal como el profesional de la salud lo explica y la jurisprudencia y la doctrina enseñan, en los casos de violencia sexual la orfandad de evidencias en el cuerpo de la víctima per se no es indicativo de la no existencia del delito. Más aún, resulta usual en este tipo situaciones que la única prueba directa de los hechos la constituya el testimonio de la víctima y su agresor, pues generalmente estos delitos se cometen sustraídos de la vista de otras personas, son los llamados delitos de puerta cerrada, de allí el

valor que para el esclarecimiento de lo realmente ocurrido ostenta la declaración de los menores violentados sexualmente, de lo contrario en no pocas oportunidades este tipo de conductas desviadas quedaría en la impunidad. Empero, en este caso, como le expone el sujeto procesal no recurrente, precisamente es la presencia de la referida bacteria la que prendió las alarmas al resultar extraña su presencia en una niña de tan corta edad, y que usualmente se vincula con vejaciones sexuales.

Lo anterior se compagina con la presunción de derecho que opera en estos casos, pues es claro que el legislador no quiso dejar al arbitrio del juzgador la facultad de decidir cuándo encontraba causado el daño y cuándo no, por lo que presumió de derecho sin admitir prueba en contrario y haciendo ineficaces las que así lo demostraban; por lo tanto, en estos eventos no se requiere demostrar secuelas, daños físicos o psicológicos en los menores víctimas para determinar la procedencia de la conducta punible, pues el legislador definió que los actos sexuales con menor de 14 años, per se, constituyen un delito. Sin embargo, se insiste, en el sub examine los profesionales de la salud encontraron signos perfectamente compatibles con los actos sexuales descritos por la propia víctima. De lo dicho podemos deducir lo desacertado de las conclusiones a las que arriba el togado de la defensa, el cual reclama el desfloramiento del himen de la menor para entender estructurados los delitos de los que se acusa a su representado.

En relación con la inconsistencia de la menor, al referir en una oportunidad que fueron dos los eventos de abusos sexual a los que fue sometida por el procesado, y en otra que fueron cinco, también es un aspecto suficientemente aclarado por la sicóloga cuando explica con fundamento en la ciencia que domina que por razones de la edad de la víctima precisar y contar no es lo mismo, siendo lo fundamental que en este concreto caso se puede concluir con base en lo dicho por la infante que en definitiva lo cierto es que develó que fue sometida en varias oportunidades a este tipo de vejaciones sexuales por un adulto.

Como puede verse, lo anterior no puede conllevar a que simplemente se tenga por contradictorio el dicho de la víctima, cuando en todo caso su versión resulta corroborando la existencia de los actos sexuales en su contra,

y se complementa con el resto de material probatorio de cargo, incluso suministrando en juicio detalles sobre la actividad sexual ejercida por su agresor, lo que excluye que su testimonio sea desechado o descalificado en su totalidad por considerarlo contradictorio, o siquiera que sea tachado de falso. Tampoco se demostró que la atestante fuese movida por un motivo avieso, interés oscuro, o inquina en contra del justiciable que lleve a incriminarlo falsamente de hechos tan delicados. Es más, resulta del todo concordante con lo que escuchó directamente el galeno, concluyendo el profesional que a viva voz la pequeña reiteró que fue objeto de abuso por parte del acusado y ello quedó consignado en la respectiva anamnesis. Huelga señalar en este punto que también las otras profesionales del área de la psicología conocieron tan contundente incriminación.

Para terminar de responder a este punto de la censura formulada por el impugnante resulta oportuno señalar que la jurisprudencia de las altas cortes enseña que en ciertos casos cuando las inconsistencias recaen sobre puntos específicos, no poseen la fuerza necesaria para derruir la teoría incriminadora, si se tiene en cuenta que generalmente versan sobre aspectos secundarios y no centrales del debate, como quiera que tales imprecisiones responden más al paso del tiempo, entre otros factores que pueden explicarlos, como por ejemplo la edad de la víctima, circunstancias frente a las cuales en no pocas oportunidades la memoria humana es altamente falible; descartándose así que respondan a posturas falaces o maledicentes de parte del testigo, y si partimos del hecho de la escasa edad que ostentaba el sujeto pasivo de la criminalidad investigada para la fecha de los acontecimientos, contrario al sentir del apelante, sus atestaciones resultan altamente coherentes, cohesionadas, circunstanciadas y precisas, y más importante aún, son corroboradas por otros medios de prueba, a lo cual se suma la orfandad de material exculpatorio de peso, e incluso para responder a otro aspecto de la crítica, demuestran que no se trata de un testigo aleccionado.

Ilustrativo sobre el particular resulta la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ, proceso radicado Nro. 30305, del 5 de noviembre de 2008, en la cual el Alto Tribunal señala que incluso una perfecta coincidencia podría conducir a tener al testimonio como preparado o aleccionado, no

*obstante si el declarante converge en los aspectos esenciales, centrales para lo que interesa al debate el juzgador no podrá descartar sus dichos, importando poco las contradicciones en lo secundario, ya que lo que es verdaderamente relevante es que exista uniformidad en los tópicos esenciales, lo que la jurisprudencia ha denominado “**núcleo duro**” de la investigación penal. Y es que en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insubstanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad; lo realmente importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que la misma sea más allá de toda duda.*

Para la defensa las inconsistencias detectadas son de una envergadura tal que le restan toda credibilidad y confianza a sus dichos; lo que sumado a la falta de certeza sobre los hechos y la responsabilidad que ofrece el resto del material probatorio debatido en juicio, entiende esta Sala, devendría en absolución por duda probatoria, pues en criterio del apelante, aquellas tendrían la entidad suficiente para infirmar la decisión de responsabilidad emitida en contra de su representado, pero que en criterio de esta Magistratura sucede todo lo contrario.

En los eventos de víctimas de delitos sexuales señaló La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de abril de 2007, radicado 26.128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés:

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

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:

- 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.*

*Precisamente para el Tribunal el testimonio de la menor sí resultó creíble en cuanto al señalamiento que hizo del agresor y de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, **habida cuenta que las contradicciones que presuntamente contiene son sobre aspectos secundarios que en nada desdibuja el aspecto central del debate.***”(Negrillas nuestras).

Por su parte la madre de la víctima expone cómo las señales físicas en el cuerpo de su hija y los cambios comportamentales generaron sospechas que finalmente fueron confirmadas por los hallazgos médicos y el propio dicho de la menor, coincidiendo en lo esencial con el relato realizado por su prole, sin que además se haya demostrado en juicio que los testigos de cargos guardaran algún tipo de inquina, aversión, animadversión previa en contra del acusado, o tuvieran intereses ocultos en incriminarlo por estos hechos, más allá de la hipótesis de insinuaciones al acusado, y de querer dañar la relación que este tenía con la abuela de la víctima, por demás carente de pruebas de peso que la corroboren.

Ni siquiera la versión que suministra la propia abuela de la infante logra derruir la contundente incriminación y, contrario a lo que opina la defensa, refulge que se trata de un testigo parcializado con evidente interés en favorecer al procesado, que expone sin restricciones su amor incondicional y su predisposición a realizar lo que se encuentre a su alcance para proteger y estar al lado de la persona que ama, incluso saca a relucir el fervoroso deseo de ser su esposa, lo que objetivamente le resta toda credibilidad a su dicho, máxime cuando se encuentra huérfano de todo elemento de corroboración o prueba de confirmación. Similares reparos pueden formularse a la que dice haber sido empleada de esta para la fecha de los hechos, CRISTINA SALAZAR ARANGO, quien a pesar de sostener que laboró durante un año con la abuela de la víctima, no recuerda aspectos básicos de la relación laboral como fechas, salario, horario, e incluso afirma que no fue liquidada, a la par que enfatiza en que la menor ya presentaba una enfermedad, pero nuevamente su memoria resulta falible para recordar el nombre, y expone indistintamente posibles orígenes de la animadversión de la progenitora de la víctima por problemas sentimentales con el acusado, o falta de atención de su parte, o de una negativa a darle dinero, o simplemente por una malsana

intención que la impulsó a querer dañar la relación amorosa que este tenía con su patrona.

Resulta sospechoso entonces que precisamente la testigo tenga tan buena memoria sobre aquello que resulta favorable al procesado advirtiendo incluso que escuchó cuando la madre de la víctima se le insinuaba en ropa íntima al procesado, o que recuerde con exactitud que este ya no residía en dicha morada a la par que falla en recordar cuanto duró la relación amorosa de su jefa con este personaje. En fin, los dichos de las dos testigos de descargos en mención no resultan confiables para esta Magistratura y se insiste, es evidente su parcialización e interés en favorecer al enjuiciado, pero lo más importante, no se encuentran refrendado con otros medios de prueba que corroboren tal teoría exculpatoria.

A pesar entonces de sus esfuerzos la defensa no logra desvirtuar el grave indicio de presencia en el lugar de los hechos que se erige en contra de su prohijado, además del de capacidad y oportunidad, a los cuales se suma el indicio de autoría y de mala justificación a través de la coartada de no encontrarse viviendo en la residencia en donde ocurrieron los deleznable acontecimientos, repárese además en que al parecer este incluso continuaba con las llaves de ingreso del inmueble y cuesta creer que la dueña de la casa no le permitiera el ingreso al lugar, dada su evidente predisposición a estar con esta persona incluso después de ponerle de presente su hija los hallazgos clínicos y lo dicho por la propia víctima que derivaron en esta investigación, resultando los referidos esfuerzos totalmente infructuosos ante el material de cargo que no logra ser desvirtuado por estos medios, y, por el contrario, ciernen un gran manto de sospecha en torno al accionar del acusado.

De esta manera queda suficientemente aquilatada la materialidad del hecho investigado y la responsabilidad penal que le asiste al procesado por los actos sexuales abusivos de los que hizo objeto a la menor M.I.R.M., pues si bien los demás testigos de cargo no pueden noticiar de forma directa sobre los hechos investigados, como quiera que no son testigos presenciales de los mismos, huelga señalar que cuando el procesamiento penal se adelanta por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, es pacífica la

jurisprudencia en cuanto a que incluso a falta de prueba directa, el fallador puede cimentar la sentencia de condena con base en inferencias lógico jurídicas a las que se llega a través de material indiciario, por tanto constitutivas de prueba indirecta. Pero en este caso, obvio decirlo, se cuenta con material incriminatorio directo, incluso lo que escucharon decir de la propia víctima y sus hallazgos clínicos, al que se suman graves indicios en contra del procesado.

Se insiste entonces en que el proceso contó con el testimonio incriminador de la víctima, el cual resulta refrendado por lo dicho por los demás testigos de cargo. Entonces para lograr la reconstrucción fáctica de lo ocurrido se acude a las referencias hechas por los diferentes elementos de juicio aportados al debate, que en palabras de la Sala de Casación Penal de la CSJ: “correlacionadas entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado”⁵. Le corresponderá entonces al fallador abordar acuciosamente el estudio conjunto de las plurales pruebas allegadas a la actuación, para que analizadas las diversas declaraciones producidas en el juicio, a través de la mirada de un observador inteligente surjan a la luz y se puedan corroborar las diferentes circunstancias concomitantes que arrojen claridad sobre lo que realmente aconteció en cada caso. En este tipo de casos se suele acudir a la evidencia de corroboración de circunstancias concomitantes a falta de testigos directos, o para refrendar lo dicho por estos, es más, la jurisprudencia enseña que resulta procedente cuando de delitos de índole sexual se trata.⁶

Esto ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre la atribución de eficacia probatoria a los indicios:

“Las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (Ley 906 de 2004, artículo 7º), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencias de condena en contra de los acusados.

La prueba indiciaria surge de un hecho indicador, probado en el proceso, del cual el operador judicial infiere lógicamente la existencia de otro, es decir, el indicio es un hecho conocido del cual se deduce otro desconocido. Así pues, la operación del juez al encontrarse con un indicio, consiste en tomar el hecho demostrado y analizarlo bajo

⁵ CSJ. SP. Sentencia 26.128 del 11 de abril de 2007. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁶ Entre otras puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

las reglas de la experiencia y de la lógica, para que como resultado aparezca la conclusión lógica que se está buscando. Dicho de otro modo:

Todo indicio se configura a través de un hecho indicador singularmente conocido y probado, un hecho indicado a demostrar, el que a través de un proceso de inferencia lógica permite deducir la autoría, responsabilidad o las circunstancias en que se ejecutó la conducta punible⁷.

La atribución de eficacia probatoria a los indicios, como ocurre con los medios de convicción en general, depende de su confrontación o cotejo con el conjunto del acervo probatorio y de su gravedad, concordancia, convergencia y relación con las pruebas que hayan sido recolectadas en el juicio oral⁸”⁹.

Igualmente ha razonado el Alto Tribunal en torno al tema:

“...el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.

Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.”¹⁰

No puede olvidarse que el indicio no posee una existencia autónoma, sino derivada y emana de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, siendo necesario e imprescindible la estructuración de un hecho indicador legalmente probado para construir a partir de él la inferencia lógica y derivar finalmente una conclusión.

Luego del análisis del material de conocimiento debatido en juicio, puede afirmarse que no le asiste la razón al censor cuando en la argumentación del recurso de apelación sostiene que la a-quo realizó la que cataloga de

⁷ CSJ, SP, auto del 5 de octubre de 2006, radicación 25582.

⁸ En el mismo sentido pero respecto del proceso civil CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de marzo de 1984.

⁹ CSJ, SP. Sentencia del 17 de marzo de 2009, radicación 30727.

¹⁰ CSJ, SP. Sentencia del 13 de febrero de 2013, radicación 28.465. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

arbitraria valoración probatoria, desconociendo lo que devela la prueba aportada por la defensa, cuando por el contrario, oteado el proveído atacado, observa la Sala que el funcionario de primera instancia realiza un pormenorizado y juicioso recuento de la ristra probatoria ofrecida por las partes, obteniendo el grado de certeza necesario para condenar, superando de esta manera el estándar legal que consagra el artículo 381 del Estatuto Procedimental en la materia. Apoyados entonces en la jurisprudencia puede decirse que cuando los indicios convergen en un resultado altamente probable, la conclusión final a la que se arriba una vez analizado en conjunto el plexo probatorio debatido en juicio, queda por fuera del ámbito de influencia de la duda razonable dada la gran concordancia de los hechos que los conforman.

Corolario de lo anterior y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala, 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 insustanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad. 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:

“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”.

Por manera que despejados lo anteriores puntos de inconformidad expuestos por la parte apelante, solo resta por indicar que escuchados los registros de las audiencias de juicio agotadas en este caso, surge palmario que la falta de

técnica llevó al traste la intención del defensor de interrogar a los testigos comunes, como quiera que una y otra vez recayó en el defecto de preguntar sobre aspectos previamente despejados en el interrogatorio directo realizado por su contra parte, lo que torna en improcedente tales cuestionamientos , y conllevó a que el debate se convirtiera en un monólogo de objeciones que recayeron sobre el errado procedimiento utilizado por el letrado. Devino entonces esta parte del juicio en un ejercicio pesado, farragoso y desgastante por las evidentes falencias en el campo de la elaboración de interrogatorios de este sujeto procesal. Aunque finalmente algunas preguntas finalmente fueron bien formuladas, en esencia la crítica por una presunta vulneración de su derecho interrogar a testigos comunes resulta insostenible.

Como colofón debe señalar la Sala que tampoco encuentra vocación de prosperidad la crítica que recae sobre el proceso de dosificación punitiva adelantado por el fallador de primer grado, pues en definitiva se observa que decidió partir del quantum mínimo del primer cuarto previsto para el delito de actos sexuales agravado, esto es de 12 años de prisión, y en aplicación de la teoría de los concursos a dicho tope le sumó 24 meses por la otra conducta que consideró demostrada en este caso, lo que resulta proporcional y en definitiva no desborda las previsiones legales en la materia, a lo que se suma lo anti técnico de solicitar la suspensión de las penas por violación del principio de legalidad. En cuanto a la negación de subrogados y beneficios penales, es bien sabido que existe prohibición expresa para su reconocimiento en este tipo de casos.

Así las cosas, los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles, que analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, confluyan en las exigencias legales para disponer la condena, y en criterio de esta Sala, tal ha sido la calidad del material de cargo acopiado en este caso.

Son suficientes entonces las elucubraciones realizadas en torno a ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle al acusado LUÍS FERNANDO PARRA MUÑOZ, pues el señalamiento incriminatorio de la víctima se encuentra refrendado por otras pruebas; además la corroboración de las circunstancias concomitantes dejan claros, contundentes y graves

indicios de la ocurrencia del acontecimiento; por lo tanto la censura en torno a la valoración probatoria resulta insustancial y el proceso de dosificación punitiva no está llamada a prosperar, debiéndose disponer la confirmación íntegra de la sentencia confutada, pues al igual que el a-quo, concluye la Sala que en este caso se alcanzó la certeza racional de la que habla la jurisprudencia sobre la realización del hecho y la responsabilidad que cabe atribuirle al acusado, lo que amerita que se confirme la condigna sanción impuesta en primera instancia.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria impugnada.

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

Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE