

Proceso: 05 001 60 00206 2020 13367
Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años
Menor Infractor: K.Y.F.C.
Procedencia: Juzgado 2 Penal Circuito de Adolescentes
Objeto: Apelación de sentencia absolutoria proferida en juicio oral
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 024-2022



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 085

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2022 por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Adolescentes, a través de la cual se absolvió a K.Y.F.C. de los cargos en su contra formulados a título de autor del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los primeros fueron narrados por la *a quo* de la siguiente manera:

“Fueron esbozados por la fiscalía en el escrito de acusación, aduciendo que mediante denuncia formulada por la señora Lina Tatiana Román

Muñoz, durante el período comprendido entre el 31 de agosto y el 9 de septiembre de 2020, mientras su pequeño hijo K.E.F.R. de 5 años de edad, era cuidado en la residencia ubicada en la calle 74 No. 49-90, fue agredido sexualmente por parte de su tío paterno K.Y.F.C., de 15 años de edad para esa época, quien además de realizar tocamientos en sus órganos genitales, también le mostraba películas de contenido sexual, conductas que se habían presentado en varias oportunidades”.

La audiencia preliminar de formulación de imputación se llevó a cabo el 12 de mayo de 2021 ante el Juzgado 5 Penal Municipal de Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Medellín. En esa oportunidad se le imputó la autoría de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con el de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en los términos de los artículos 208, 209 y 211.5 del C. Penal. No hubo allanamiento a cargos.

La Fiscalía formuló oralmente acusación en audiencia realizada el 14 de julio de 2021 ante el Juzgado 2 Penal del Circuito de Adolescentes de esta ciudad, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado en los términos de la imputación. Descartó el cargo por acceso carnal abusivo.

La audiencia preparatoria se agotó en sesiones del 4 de agosto, 7 de septiembre y 8 de octubre de 2021 y se convocó a juicio oral cuya actividad probatoria se realizó en sesiones de los días 25 de octubre, 8 y 17 de noviembre de 2021, diligencia que culminó con la sentencia absolutoria que fuera recurrida por la delegada de la fiscalía.

2. LA SENTENCIA APELADA

La falladora de primera instancia empezó por destacar la existencia de solo una prueba directa, representada en la declaración del menor presuntamente ofendido. La calificó de divergente ante las diferentes personas a quienes les hizo el relato de lo presuntamente sucedido, así como la rendida en juicio. Sobre esta última resaltó el que haya manifestado que su tío solo lo tocaba cuando lo bañaba y que las películas que veían era por Youtube, sin mencionar un contenido inapropiado. Contrario a lo expuesto en juicio, a su madre le dijo que su tío lo tocaba desde que se levantaba y hasta que lo bañaba y que le exhibía películas de hombres y mujeres desnudos. De lo anterior destacó que siempre dijo que lo tocaba mientras lo bañaba. Así, entendió que no se demostró el carácter lascivo de los

tocamientos. Extrañó la prueba del dolo que demanda el tipo de comportamiento imputado a K.Y.F.C. resaltó que este joven nunca tomó la iniciativa de bañar a su primo, pues siempre lo hizo a petición de su madre y bajo su supervisión. Esta mujer dijo no haber visto nada raro en el comportamiento de su hijo para con el niño y puso de presente que la madre de este siguió llevándolo a su casa incluso a amanecer. Dio relieve a la manifestación de la madre en el sentido de que a su niño le desagradaba que le tocaran el pene cuando lo bañaban, incluso cuando era ella quien atendía esta labor.

Insistió en el carácter divergente de todas las versiones del niño ofendido, a quien catalogó como inteligente y extrovertido, circunstancia que hacía difícil inclinarse por una cualquiera de esas versiones. Al final consideró prudente optar por la versión rendida en juicio, pues se trata de la que pudo ser sometida a los principios que rigen el sistema penal de juzgamiento.

3. DEL RECURSO

La delegada de la Fiscalía General de la Nación sustentó su inconformidad en términos que se sintetizan como sigue:

En primer término, puso de presente la admisión como testimonio adjunto de la entrevista rendida por el ofendido, en la cual aclaraba que los tocamientos se daban cuando se estaba bañando por sí mismo, descartando que a su tío le encargaran esa actividad. En esa oportunidad mencionó que su tío trancaba la puerta cuando ingresaba al baño a tocarlo, dando a entender que su abuela, la madre del acusado se percataba de ello. Añadió que las declaraciones de la madre y el padre del menor no fueron coincidentes, pues la de este último fueron claramente sesgadas en favor de su consanguíneo, explicando las de la mujer en una intención de venganza que nunca se demostró. Puso de presente cómo la madre del menor ofendido dio cuenta del comportamiento hipersexualizado del niño.

Dijo que la juez suprimió declaraciones y dio por probados hechos que no lo fueron en el juicio. Llamó su atención el hecho de que el niño era bañado por varios adultos, sin que imputara tocamientos a ninguno de ellos, solo a su primo. Puso de presente que la psicóloga que atendió al niño ofendido, si bien refirió su retractación, también afirmó que esta pudo explicarse en el nexo entre víctima y victimario. Aunado lo anterior al

comportamiento hipersexualizado que en el menor pudo observar su madre. Calificó como poco creíble la manifestación del ofendido en el juicio, en el sentido de que su primo lo tocó una sola vez, pues si era cotidiano que lo ayudara a bañar, los tocamientos también debieron ser frecuentes. Destacó finalmente la actitud del ofendido en su declaración en el juicio, donde buscaba responder de manera descontextualizada en relación con los interrogantes que le eran formulados, al punto que debió ser reprendido por el juez.

Finalmente dijo que la declaración del ofendido contó con corroboración periférica que el *a quo* dejó de valorar. Por lo anterior solicitó la revocatoria de la sentencia apelada.

4. LOS NO RECURRENTES

1. El delegado del Ministerio Público pidió confirmar la sentencia. Puso de presente el deseo del ofendido de volver a ver al acusado. Proceder que no es normal si es que fuera su agresor. Dijo que la abuela siempre estuvo presente. Que los tocamientos se dieron en el escenario del aseo que comporta un baño. De las varias versiones que dio el menor no es dable escoger al azar la que le perjudica al acusado. Tampoco puede excluirse el testimonio del menor que resulta favorable al acusado.

2. La defensa coadyuvó la decisión recurrida. Reprodujo los argumentos plasmados en la decisión.

5. CONSIDERACIONES

1. Conforme lo reglado en el artículo 168 de la ley 1098 de 2006, las Salas Especializadas para Adolescentes de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial serán competentes para conocer de las apelaciones que se interpongan en contra de las providencias de primera instancia proferidas por los Juzgados Penales para Adolescentes, con funciones de conocimiento, del mismo distrito.

2. Ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente a los temas propuestos por el recurrente.

3. En este evento, el problema jurídico postulado por la defensa se centra en establecer si en el juicio logró demostrarse la intención libidinosa en el proceder del joven K.Y.F.C. en relación con su sobrino K.E.F.R. En efecto, en opinión del Tribunal ninguna duda existe acerca de la real ocurrencia de unos tocamientos por parte del adolescente enjuiciado en el cuerpo de su sobrino, quien contaba con 5 años para la fecha de los hechos. La discusión se centra en determinar si aquellos correspondieron a una actividad normal, ajena a cualquier intención libidinosa, o si por el contrario tuvieron esta connotación sancionada por el derecho penal. El *a quo* entendió demostrada la primera de las posibilidades descrita, mientras que la fiscalía inconforme sugiere que el proceder de K.Y.F.C. es merecedor de reproche penal.

A fin de dar una respuesta al dilema acabado de anunciar, el Tribunal, atendiendo el contenido de la censura, seguirá los siguientes derroteros: i. Oteará la jurisprudencia que ha decantado los institutos del testimonio adjunto y la prueba de referencia, destacando sus elementos esenciales sin entrar en amplias transcripciones. ii. Con base en los presupuestos señalados se establecerá si la entrevista rendida por el niño K.E.F.R. ante investigadora judicial de la Fiscalía puede ser o no objeto de evaluación y, iii. Entrará en el análisis probatorio del caso concreto.

Del testimonio adjunto

4. El tema del valor probatorio y la forma de utilizar las declaraciones anteriores incompatibles con lo dicho en juicio ha sido decantado pacíficamente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Contrario a lo advertido con otras temáticas, esta se ha mantenido uniforme desde el primer pronunciamiento dentro del radicado 44.950 del 25 de enero de 2017, hasta el que podría tenerse como uno de los más recientes, dentro del radicado 56.919 del 21 de octubre de 2020¹. En todas las oportunidades en que la Corte ha abordado el tema, ha sostenido que la procedencia y admisión como prueba sustantiva de este tipo de declaración depende de:

¹ Otras decisiones que tocan el mismo tema: 43.651 del 7-02-2018, 50.637 del 11-07-2018, 55.651 del 4-12-2019, 49.509 del 17-07-2019, 47.740 del 13-05-2019, 55.663 del 12-08-2020 y 52.045 del 20-05-2020 entre otras.

- i. Que el testigo se retracte de lo dicho en declaración anterior o modifique sustancialmente la versión allí contenida;
- ii. Que el declarante se encuentre disponible en el juicio, tanto física como funcionalmente, pues de no ser así se estaría ante un eventual caso de prueba de referencia;
- iii. Que la declaración anterior se lea en juicio;
- iv. **Que esa introducción y lectura se realice durante la declaración del testigo que la rindió**, ello, ante la ineludible necesidad de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la confrontación, relacionado con la posibilidad de que el enjuiciado pueda estar frente a frente con el testigo que lo incrimina e interrogarlo o hacerlo interrogar por su defensor; así, debe rechazarse una petición si la incorporación se pretende a través de un testigo de acreditación, pues de esa manera se desconocería el referido; y,
- v. Que medie petición de parte, pues se trata de un proceso regido por el principio dispositivo, que repudia la oficiosidad.

Debe advertirse que los requerimientos decantados por la jurisprudencia no resultan extraños a otros ordenamientos. Es más, nuestra legislación no regula el instituto de manera expresa, de allí que haya sido adoptado por la jurisprudencia valiéndose de la forma en que normativas foráneas han enfrentado el punto. Ahora bien, los requisitos anunciados, se insiste, tienen como fundamento, precisamente, el que la declaración anterior pueda ingresar como prueba sustantiva, pero con respeto de los principios esenciales al sistema acusatorio, como la inmediación, contradicción, confrontación entre otros. Con su cumplimiento se hace posible diferenciar entre el llamado testimonio adjunto o complementario y la prueba de referencia. Esta la razón para que cualquier omisión en el lleno de las exigencias reseñadas resulte insubsanable.

De la prueba de referencia

5. El sistema penal de juzgamiento vigente, al cual remite el artículo 144 de la ley de infancia y adolescencia, se enmarca dentro de una tendencia acusatoria, caracterizada esencialmente por principios como el referido en el artículo 16 de la ley 906 de 2004 de acuerdo con el cual *“únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción*

ante el juez de conocimiento”. No obstante, ese mismo ordenamiento consagra y admite la prueba de referencia como excepción al principio en mención².

La prueba de referencia ha sido definida jurisprudencialmente como una declaración, rendida por fuera del juicio oral, presentada en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos del tema a probar cuando no es posible su práctica en el juicio. Así, es claro que el concepto examinado parte de la no disponibilidad del testigo. Acerca del procedimiento para su incorporación ha dicho el Órgano de cierre:

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente³.

Sobre la admisión como prueba de referencia de declaraciones anteriores de niños víctimas, la Corte aclaró:

Puntualmente, la Sala ha analizado las anteriores reglas en lo que concierne a los testimonios de niños, para resaltar que debe seguirse el mismo procedimiento, sin perjuicio de los cuidados que deben tenerse para evitar que estos sean nuevamente victimizados, lo que se traduce en la imposibilidad de ponerlos frente a frente con el procesado en la audiencia de juicio oral, la verificación de que las preguntas no atenten contra su integridad, etcétera (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637).

Finalmente, la Sala se ha referido a la posibilidad excepcional de admitir como prueba de referencia las declaraciones anteriores, cuando la Fiscalía opta por presentar al niño como testigo en el juicio oral, pero ha hecho énfasis en que ello solo es posible en casos excepcionales, cuando la edad de la

² Artículos 437 y ss

³ CS de J sentencia 44.950 de 2017

supuesta víctima, su condición mental u otra situación equivalente den lugar a que su disponibilidad como testigo sea relativa (ídem)⁴

En efecto, el Máximo Tribunal ha calificado de admisible como prueba de referencia la declaración anterior del niño víctima, a pesar de haber concurrido al juicio, pero única y exclusivamente en eventos en que *para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones⁵*. En estas hipótesis, si bien el niño concurre al juicio, su disponibilidad para declarar efectivamente se hace relativa. Se insiste, solo en este tipo de situaciones se admite la declaración anterior como prueba de referencia, pues si el testigo está disponible física y funcionalmente, desaparece el sustrato esencial del instituto examinado.

Finalmente, la jurisprudencia ha considerado que los yerros en que se incurra en lo relacionado con la prueba de referencia son insubsanables:

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por las fallas del juez en su rol de director del proceso⁶.

Hasta aquí el recuento teórico que se erige en insumo de la presente decisión.

Del caso concreto

La admisión por parte del a quo del testimonio adjunto

6. Invocó la fiscalía recurrente la admisión como testimonio adjunto o complementario del dicho de K.E.F.R. en sede de juicio oral, de la entrevista rendida ante la investigadora de la fiscalía, psicóloga Ely Johana Arredondo Aguirre. Esta solicitud fue admitida por el *a quo* sin absolutamente ninguna reflexión, de allí que haya incurrido en craso desconocimiento de los requisitos que para tal fin ha decantado la jurisprudencia. En

⁴ CS de J sentencia 56.919 de 2020

⁵ CS de J sentencia 55.651 de 2019

⁶ CS de J sentencia 56.919 de 2020

efecto, tal como se dejara dicho en aparte previo, la introducción de la declaración anterior incompatible con lo afirmado en el juicio debe realizarse durante la declaración del testigo que la rindió, para este caso debió leerse durante la declaración de K.E.F.R. Se trata de un requisito esencial al acto. Responde a la ineludible necesidad de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la confrontación, todo ello, sin que la jurisprudencia haya determinado que el cumplimiento de esta condición deba relajarse en tratándose de deponentes menores de edad. Además, es el requisito que permite diferenciar el testimonio adjunto de la prueba de referencia. Sólo si se incorpora durante el testimonio de quien la rindió antes del juicio, puede la contraparte, que suele ser el acusado, ejercer a plenitud su derecho a participar activa y efectivamente en la producción de la prueba a través del contrainterrogatorio y especialmente de la confrontación.

En el asunto bajo examen, la fiscalía, de manera antitécnica solicitó la admisión del testimonio adjunto durante la declaración de la investigadora que realizó la entrevista a K.E.F.R., no durante el testimonio de éste. Como consecuencia lógica, la defensa no pudo interrogar a la presunta víctima en punto de sus manifestaciones anteriores con claro desmedro de los derechos de su apadrinado.

La anterior, en sentir del Tribunal, es razón suficiente para descartar el contenido de aquella entrevista por haber ingresado al juicio con clara violación del procedimiento establecido para tal fin. Es más, vale la pena destacar cómo la fiscalía ni siquiera intentó acudir al contenido de la entrevista para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del declarante, si es que entendía estar ante una retractación que, dicho sea de paso, no aparece evidente para la Sala. La razón de esta aseveración es simple, en los dos escenarios el niño dijo que su tío mientras lo bañaba tocaba sus genitales, en actitud que le generaba incomodidad.

Así las cosas, la entrevista recibida a K.E. no podrá ser valorada como testimonio adjunto o complementario del rendido en juicio.

7. Ahora bien, la entrevista rendida por K.E.F.R. ante la investigadora judicial de la fiscalía, sigue siendo una declaración anterior al juicio que por regla general resulta inadmisibles. La razón una vez más salta a la vista, no es otra que quien la rindiera acudió al juicio y estuvo disponible para ser interrogado y contrainterrogado. En efecto, debe

insistir el Tribunal en la omisión de la fiscalía en utilizar la multicitada entrevista a efectos de refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo. Un intento en alguna de aquellas direcciones hubiere permitido estructurar o concluir la no disponibilidad funcional del testigo, a pesar de su presencia en el juicio, de manera tal que se justificara la utilización de la declaración previa como prueba de referencia admisible en los términos decantados por la Sala de Casación. Expresado de diferente manera, no acreditó la fiscalía que se estuviera ante alguna de las hipótesis que definió la jurisprudencia para admitir como prueba de referencia una declaración anterior, rendida por el testigo menor de edad, víctima del delito, que acude al juicio y se somete a interrogatorio directo y contrainterrogatorio.

En síntesis, tampoco se demostró la procedencia como prueba de referencia admisible, de la multicitada entrevista, motivo por el cual esta Corporación no la tendrá en consideración. Así, la única versión de K.E. susceptible de ser evaluada será la rendida en sede del juicio oral y público que fue sometida a los principios de publicidad, contradicción y confrontación que rigen el sistema penal de juzgamiento vigente.

8. La conclusión a que arriba la Sala en los apartes anteriores no se erige en un homenaje a la forma. Por el contrario, responde a la necesidad de garantizar de manera plena los derechos del sujeto pasivo de la acción penal de superlativa importancia en un Estado que se precie de democrático de derecho. Es que están en juego derechos como la contradicción y la confrontación, vitales en el ejercicio adecuado del derecho fundamental de defensa, de allí que las garantías para su ejercicio deban ser evaluadas de manera rigurosa por el operador judicial.

9. Superado el análisis precedente. Se tiene que en el juicio se demostró que era usual que el niño K.E.F.R., para ese entonces de 5 años de edad, pasara buena parte del tiempo en casa de su abuela Diana Patricia Castañeda Castañeda, lugar donde residían su abuelo, su papá y su tío K.Y.F.C. Así mismo, que, durante su estancia en dicho lugar, era común que su tío lo bañara, a petición de la abuela o de cualquiera otro de los adultos que eventualmente frecuentaban el lugar, todos ellos del mismo núcleo familiar. Incluso que lo limpiara cuando iba al baño. Así lo manifestaron al unísono declarantes de la fiscalía y la defensa.

También se demostró, como se anunciara antes, con la declaración en juicio de K.E.F.R. que durante el baño su tío le tocaba los genitales. Señaló que lo hacía cuando lo enjabonaba. Que solo ocurrió una vez y que de esa manera lo relató a la psicóloga que lo atendió. Que no le gustaba que lo tocara, le molestaba porque tiene claro que nadie puede tocarle el pene o la nalga. Dijo que esos tocamientos estaban mal porque no había necesidad de hacerlos. Aclaró que su tío solo le decía que, si acaso no le gustaba bañarse, nada más. Añadió que después del baño su tío lo estaba secando y él le pidió que no le secara la nalga ni el pene, petición a la que aquel accedió. Añadió que jugaba con su tío video juegos, veían videos y películas en Netflix. Que su relación con su tío era buena. Precisó que cuando la que lo bañaba era su abuela no le tocaba el pene. Acerca de su comportamiento en sede del juicio oral, es cierto que en ocasiones se mostró disperso, no obstante, lo cual, siempre estuvo dispuesto a responder lo que se le preguntaba.

El anterior es el contexto que trazó el propio K.E.F.R. en punto de la ocurrencia de los hechos, el mismo que fue ratificado de una u otra manera por los demás deponentes de la fiscalía y por supuesto por los de la defensa.

En efecto, Jonatan Franco Castañeda, su padre, confirmó la buena relación entre el niño y el adolescente, la forma en que este cuidaba de aquel, casi desde el momento mismo de su nacimiento. Negó haber presenciado algún tipo inadecuado de comportamiento de parte de su hermano hacia su hijo. Confirmó que incluso Lina Tatiana Román Muñoz, madre de K.E.F.R. pedía a su hermano K.Y. que bañara al niño o, en ocasiones que le limpiara la cola cuando entraba al baño.

En la misma dirección declararon Diana Patricia Castañeda madre de K.Y. y su hermana Leidy Yamile Castañeda. La primera, informando además que la mamá del niño siguió llevándolo a su casa después de la denuncia para que se lo cuidaran.

Revisada la declaración de Lina Tatiana Román Muñoz, admitió que su hijo frecuentaba la casa de su abuela, donde lo cuidaban y pasaba varios días seguidos. Que estando allá lo bañaba la abuela, el papá, ella misma o el tío K.Y. Destacó la buena relación que ha tenido con K.Y. en quien confiaba plenamente, porque quería mucho al niño. Admitió también que después de la denuncia dejaba ir a su hijo a la casa de ellos porque los extrañaba mucho.

Finalmente K.Y. fue escuchado en juicio y, contrario a lo que suele acontecer cuando un acusado declara, su versión fue sólida, consistente, sin las grietas propias del responsable que busca ocultar, disimular o justificar su ilícito proceder. En ella destacó la buena relación que ha tenido con su sobrino desde siempre, así como el cariño que se profesan. Reconoció que en ocasiones lo bañaba o lo aseaba cuando iba al baño. Que la mayoría de las veces algún adulto estaba presente. Dijo que comían juntos, veían televisión, jugaban. Que el niño siguió yendo a su casa aún después de la denuncia. Que no ha vuelto a hablar con él, pero que el niño le envía audios saludándolo.

Hasta aquí podría decirse que la versión dada en juicio por K.E.F.R. fue ratificada por todos y cada uno de los deponentes de su círculo familiar, aun por su propia madre. Así mismo, que bajo las circunstancias descritas no se advierte de manera evidente una intención lasciva de parte de K.Y. en los tocamientos hacia su sobrino. Por el contrario, aquellos lucen propios de la actividad que le era encomendada, no otra que el baño de su sobrino. Así mismo se puede evidenciar que K.E. venía siendo adiestrado por su madre a fin de evitar cualquier tipo de tocamiento en sus partes íntimas, sin importar de parte de quien vinieran y el entorno en que se dieran, ello, en ejercicio de una adecuada enseñanza acerca de las estrategias de autoprotección, recomendaciones que sin ninguna duda calaron en el infante, tal como se desprende de su declaración en juicio donde fue insistente en afirmar que él sabía cuidarse y que por ello era innecesario que su tío lo aseara de esa manera. Ese adecuado adiestramiento pudo ser el que llevó a K.E. a sentirse incómodo con aquellas maniobras de su tío sobre su cuerpo, sin que ese malestar signifique necesariamente un proceder abusivo de parte de K.Y. Es más, hay razones para compartir la conclusión a que arribó el *a quo*. Entre ellas, K.E. dijo que su tío lo tocó cuando iba a enjabonarlo, que cuando él le dijo que no lo tocara le preguntó que, si era que no le gustaba bañarse, esa fue la única manifestación que le hizo. Con ello quiere significar el Tribunal que K.Y. no asumió ninguna actitud que sugiera una intención abusiva. Por el contrario, se antoja una reacción natural y coloquial dentro del tipo de relación que llevaban el niño y su tío adolescente, en la que era común que este lo bañara y lo aseara. Un comentario como el realizado por K.Y. a su sobrino puede entenderse de mejor manera como una forma de ilustrarlo acerca de un adecuado aseo en sus partes íntimas. No hizo K.Y. una manifestación a su sobrino o tuvo una reacción que fueran sugestivas de estar obteniendo algún tipo de satisfacción sexual con la maniobra. Ni

siquiera se dio la tan común advertencia de los abusadores en este tipo de situaciones en el sentido de no decir a nadie o guardar el secreto acerca de lo que estaba pasando.

Hasta aquí, al Tribunal no le queda duda que todos los factores acabados de mencionar pudieron generar, primero en el menor y luego en su madre, una equivocada o prevenida interpretación de lo acontecido.

10. Ahora bien, las imputaciones en contra de K.Y. nacen de la declaración de Lina Tatiana Román Muñoz madre de K.E. quien manifestó que los hechos ocurrieron entre el 31 de agosto y el 9 de septiembre de 2020, que un día que veía televisión con su hijo, presenciaron una escena en que una pareja se besaba y su hijo le dijo que veía lo mismo que su tío. Que otra vez en el baño iba a limpiar a K.E. y él le dijo que no le fuera a tocar el pene porque su tío se lo tocaba cuando lo bañaba y lo despertaba. Que veía con él películas de chicos y chicas desnudos. Que como enojado le expresó que le pedía a su tío que no lo tocara pero que él seguía haciéndolo. Sin embargo, a renglón seguido manifestó que su hijo veía eso como normal y consideraba que su tío lo hacía porque lo quería mucho. Que informó al papá del niño acerca de lo acontecido y este no le prestó atención. Agregó que desde antes de esa confesión advirtió comportamientos sexualizados en el niño, quien trataba de tocar a sus amigas y le confesó que cuando veía en televisión que se besaban se le paraba el pene. Dijo que tuvo un intento de suicidio por la presión de los acontecimientos. Agregó que su relación con el papá del niño se rompió desde 2019, porque mantenían “*agarrados*” incluso se fueron a los golpes.

Esta declaración, en sentir del Tribunal, no descalifica la conclusión anunciada atrás. Estas las razones: Basta encender un televisor para observar cómo es cada vez más común presenciar, en cualquier horario, escenas como las mencionadas por K.E. a su madre. Es cierto, sin catalogar los programas y películas como pornografía, cada vez es más frecuente observar escenas en que sus protagonistas se besan y están ligeros de ropas. Esta realidad no es excepcional, por el contrario, resulta cada vez más generalizada. En ese orden, la manifestación del niño a su madre no aparece concluyente en el sentido de que K.Y. le exhibiera a su sobrino películas para adultos. Ni siquiera señaló la testigo qué dijo el niño que hacían esas parejas, además de darse besos y de estar cortos de ropas lo que podría haber dado luces acerca de si en realidad presenció o le fueron exhibidas

escenas de contenido pornográfico. El anterior es un motivo más para pensar que pudo ser cualquier película en televisión.

Tampoco sugiere la presencia de un presunto abuso, aunque nadie lo haya preguntado a los especialistas que acudieron al juicio, el que un niño tenga erecciones ante estímulos visuales como los por él referidos a su madre. Se trata de un proceso evolutivo normal que no sugiere de manera concluyente y unívoco aquel hecho.

Llama la atención del Tribunal la manifestación de la mujer en el sentido de que el niño veía el proceder del tío como algo normal, que respondía al cariño que le tenía, pero que al mismo tiempo afirma que el niño sentía rabia. Parece una manifestación contradictoria, que podría tener su origen en la madre, más que en el niño. No puede dejarse de lado el carácter común que en los días que corren tiene una actitud prevenida de parte de los padres ante cualquier tipo de situación que sugiera siquiera la posibilidad de abuso sexual. Se trata de una prevención arraigada en quienes tenemos la condición de padres de hijos menores de edad. Pero además es una prevención plenamente justificada, que eventualmente puede dar lugar a conclusiones equivocadas.

Otro aspecto que resulta relevante tiene que ver con que Diana Patricia Castañeda, Leidy Yamile Castañeda y Jonatan Franco Castañeda, abuela, tía y padre de K.E. dieron cuenta de la presencia del niño en la residencia de su abuela, aún después de la denuncia presentada por su madre. Este es un hecho indicador que fue confirmado por la madre del niño presuntamente ofendido y debe obrar en favor del K.Y. La razón es simple pero contundente: qué madre, consciente del peligro real que puede correr su hijo, permite que pase tiempo en el entorno y con las personas que pueden haber sido sus agresores sexuales. De tener certeza de la agresión lo lógico es que busque un cuidador diferente o simplemente restrinja esa posibilidad de visita.

Finalmente, los mismos deponentes acabados de citar, refirieron un intento de suicidio de Lina Tatiana Román, madre de K.E., proceder que fue antecedido de unos mensajes de su parte en que les pedía perdón por haberles ocasionado perjuicios con su denuncia. Esta afirmación no fue desvirtuada en el juicio y permite por lo menos cuestionar la razón de un proceder tan grave de parte de la mujer, así como la veracidad de sus aseveraciones. Con lo anterior no quiere el Tribunal endilgar un proceder de mala fe a Lina Tatiana, pero

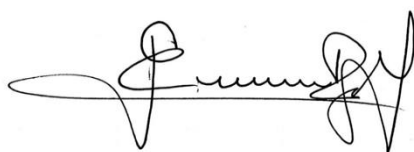
no descarta de su parte una posible percepción equivocada de lo acontecido, con la consecuente duda en punto de la responsabilidad de K.Y. en la conducta que se le imputa.

11. Como breve síntesis de lo hasta aquí esbozado, puede afirmarse que se equivocó el *a quo* al admitir como testimonio adjunto o complementario de la declaración rendida en juicio por K.E.F.R., la entrevista por él ofrecida ante investigadora judicial de la fiscalía. Lo anterior en la medida en que la solicitud se hizo con desconocimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia para su admisión. Esta declaración anterior, constituye prueba de referencia inadmisibles, pues la fiscalía no expuso las razones que justificaban su procedencia. Así, el contenido de la mencionada entrevista no podía ingresar al juicio ni como testimonio adjunto ni como prueba de referencia admisible, razón por la cual se excluyó de valoración por esta instancia. Por el contrario, al evaluar la prueba legalmente aportada al juicio, queda claro que los tocamientos referidos por K.E. existieron, al punto que el propio K.Y. los admitió, no obstante, lo cual, no se demostró a cabalidad su carácter lascivo, esto es, que hayan sido ejecutados con el fin de obtener una satisfacción de tipo sexual por su autor. Esa realidad, así acreditada, impone la confirmación del fallo apelado. El Tribunal procederá de conformidad.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

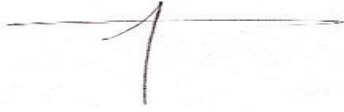
Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

MAGISTRADO



LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

MAGISTRADA



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

MAGISTRADA