



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05212 60 00201 2017 07365
DELITO: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
PROCESADO: GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE
PROCEDENCIA: Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Tema: Valoración probatoria – exclusión probatoria – prueba de referencia
Sentencia Nro. 6
Aprobada Acta Nro. 50

Medellín, ocho (08) de marzo de dos mil veintidós

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado y sustentado oportunamente por el defensor, en contra de la sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, por medio de la cual condenó a **GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE** como autor material, del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, imponiendo en su contra penas de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por lapso similar. A su vez le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

En los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación y su formulación oral, se indica que, en el mes de junio de 2017, cuando la menor V.R.V., quien contaba con nueve (9) años de edad, convivía con su madre Velkis Yahaira Vélez Vanegas y el compañero permanente de ésta, en el barrio Camacol del municipio de Bello, GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE, se afirma que este le practicó a la niña actos sexuales consistentes en tocarle la vagina con la mano, practicarle sexo oral, además de ver películas de carácter pornográfico frente a la menor, de lo que se enteró el padre de la niña, por lo que instauró la correspondiente denuncia.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias del primero (1) de marzo de dos mil diecinueve, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, Antioquia, se legalizó la captura del indiciado y se ordenó la cancelación de la orden Nro. 36 del 15 de noviembre de 2018, que para esos efectos se expidió por el Juzgado Tercero Penal Municipal de la misma municipalidad. Acto seguido le fue comunicado a **GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE** que estaba siendo investigado como presunto responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211 numeral 5, del Código Penal), sin que aceptara responsabilidad penal por tales sucesos.

Se le impuso, ante petición de la delegación fiscal, medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve, el fiscal 220 Seccional, delegado ante los jueces penales del circuito de Bello, presentó escrito de acusación en contra de **GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE** señalándolo como probable responsable de un concurso homogéneo y sucesivo, del delito de acceso carnal violento (artículo 205 del C.P.P.), agravado por el numeral 5 del artículo 211 ibid., proceso que correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia.

Ante ese despacho se llevó a cabo la formulación oral de la acusación en audiencia del diez (10) de julio siguiente, en la cual el delegado fiscal manifestó que había unas modificaciones en cuanto los cargos imputados en el escrito de acusación, precisando que era un solo cargo por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, especificando que la calidad del acusado, para el momento de la realización de la presunta conducta, era el de ser padrastro de la menor víctima.

La audiencia preparatoria se materializó el diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve.

El juicio oral tuvo su inicio el tres (3) de diciembre del mismo año, continuándose en sesiones del diecisiete (17), veinticuatro (24) y veinticinco (25) de septiembre, veintiuno (21) de octubre, doce (12) de noviembre de dos mil veinte, fecha última en la cual se presentaron alegatos de conclusión y se anunció sentido de fallo condenatorio.

El veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno, se materializó la audiencia de individualización de pena y se dio lectura a

la sentencia, contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En la providencia, además de identificar al acusado, resumir los hechos que dieron origen a la investigación y hacer un recuento de la actuación procesal, el juez de primera instancia efectuó un análisis de las pruebas evacuadas y concluyó que el ente persecutor logró acreditar, más allá de toda duda, la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado en su realización.

Afirmó que sin discusión alguna se probó la plena identidad del acusado, que no posee antecedentes penales, y que la presunta víctima responde al nombre de V.R.V., quien para la época de los presuntos hechos era menor de 14 años.

Expuso que la menor ofendida, coherentemente narró lo ocurrido, y sus dichos están ratificados en las demás pruebas practicadas en la audiencia, corroboración periférica que hace que la versión otorgada por ésta, sea verosímil y creíble, siendo testigo de excepción para referenciar lo realmente ocurrido.

Explicó que en cuanto a **dónde ocurrieron los hechos**, este aporte lo hace la testigo V.R.V., quien cuenta que sucedieron en el barrio Niquia Camacol, en una casa que el procesado había alquilado para vivir allí con su madre y hermano, y su dicho no es huérfano, pues el padre de la menor Dany Julián Restrepo Lamus, dio cuenta que visitó la casa en una oportunidad, donde **GABRIEL JAIME**

JARAMILLO y Velkis vivían con los niños, ubicada en el barrio Niquia Camacol, lo que deja sin piso la argumentación defensiva de que no existió claridad en los testimonios, pues se encontró la ubicación espacial en cuanto al barrio y la casa que habitaba el procesado con Velkis y los niños, por lo que está probado donde sucedió la conducta, no solo sobre la ubicación de lugar, sino la descripción interna de donde sucedieron los hechos *-la sala de la casa-*, y a donde fue llevada posteriormente, sin tener que exigirse a la menor descripciones exactas del interior de la vivienda.

Sobre **cuándo sucedieron los hechos**, reveló que la menor V.R.V. no recordaba en qué tiempo pasó, solo atinó a decir, que eso ocurrió cuando vivía con su madre, hermano y el procesado y ella tenía ocho o nueve años de edad, por lo que es su padre Dany Restrepo Lamus, quien puede verificar que ocurrieron en esa fecha, para ello indicó, que en el contrainterrogatorio realizado por la defensa y en el refrescamiento de memoria, que la noticia criminal fue presentada en noviembre de 2017, cuando la niña llevaba viviendo con él tres meses, es decir, desde agosto, pero agregó que pudo ser más el tiempo que llevaba conviviendo con ella, pues realizó los trámites para la tarjeta de identidad de la menor y ella cumplió años el 4 de junio de 2017, y la cita se la dieron para un mes después, e indica que ella pudo estar con él para el mes de marzo, de donde infiere, la adolescente no da fechas exacta a su padre, ni menos el progenitor.

Expresó que teniendo en cuenta lo aportado en juicio, y en una lectura sistemática de los testimonios, en especial lo dicho por la víctima, su progenitor y las conclusiones del psicólogo Javier Machado, se determina que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2017, alrededor del mes de junio, teniendo en cuenta

que la menor los dio a conocer a su padre en noviembre de ese año, y seis meses antes habían ocurrido; dijo que el doctor Villa Machado en las conclusiones del dictamen, indicó que no evidenció actitudes en la menor que permitan concluir que su dicho sea falso, o se trate de una persona con tendencia a la mentira patológica, tampoco que haya sido manipulada para dar su versión, y que del contexto del testimonio no se evidencian situaciones que permitan concluir un ánimo de daño o una intención vengativa.

Adujo, ello, da soporte a lo narrado por la menor, relevando que los niños tienen un manejo de tiempo sin precisión, por lo que no se puede exigir una fecha exacta y así lo ha reconocido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y como lo dice el apoderado de la víctima, hasta los adultos son imprecisos en aspectos de tiempos y fechas en que se presentan las situaciones, por lo que es razonable concluir de lo probado, que los sucesos datan del año y mes indicado.

En relación a lo sucedido en la vivienda ubicada en el barrio Niquía Camacol, una noche del mes de junio de 2017, manifestó que fue narrado por la menor V.R.V., de forma directa y excepcional, sin ambages, en tanto la adolescente manifestó que una noche que estaba haciendo calor, se quitó el pantalón y en la sala se acostó al lado de GABRIEL JAIME JARAMILLO, a quien le tenía confianza, la violó porque comenzó a bajarle la ropa interior, ella sentía lo que le estaba haciendo, empezó lamiéndole la vagina, y le metió primero un dedo y luego dos dedos, indica que eso sucedió una vez y luego la envolvió en una cobija y la llevó al cuarto donde estaba su hermano. No recuerda

cuánto tiempo vivió con él, pero sí que lo conoció una navidad y luego pasó otra navidad.

Expresó que esa versión fue corroborada por el padre de la menor, donde reitera lo manifestado por la niña cuando acudió como testigo en juicio, y si bien la deponente Manuela Ospina Pérez, afirmó que la menor le contó que los tocamientos fueron en los senos, no queda más que en un mero dicho, en el entendido que no hace parte de los hechos jurídicamente relevantes presentados por la fiscalía, ni menos de la atestación en juicio de la menor, por lo que se quedan en el ámbito especulativo, sin tener fuerza probatoria ni factual, de lo que deduce, dicho tocamiento en los senos no existió y tampoco se hizo alusión por ningún testigo a que el procesado le presentara videos contentivos de pornografía.

Argumentó que no puede perderse de vista que la versión de la menor fue coherente y no se desprende de ella ninguna intención de causar daño al procesado, o afectarlo en sus intereses. Desde su atestación dio claridad de lo sucedido y permitió articular con la prueba de corroboración la conducta atentatoria de sus derechos, sobre todo cuando Javier Villa Machado, psicólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal, indicó que sus narraciones corresponden a relatos vividos, sin que aparenten ser ideas sugeridas ni implantadas, ni que fuere manipulada o sugestionada, con capacidad de diferenciar la realidad de la fantasía, y es que la claridad al relatar los hechos con detalles, permiten indicar la veracidad de lo indicado por ella y si bien se refirió en juicio a la existencia de un amigo imaginario, es explicado por el mismo perito, que se debe a un mecanismo de defensa creado por la menor, ante las situaciones vividas de abuso sexual, que no solo se trató del caso juzgado, sino de otros con diferentes personas.

Con respecto a la agravante contenida en el numeral 5 del artículo 211 del C.P., refirió que vivía bajo una unidad familiar, había una relación de confianza pues la madre de la menor y el procesado estaban para esa época conviviendo y del vínculo familiar hacía parte V.R.V., en consecuencia era normal que en ella hubiera confianza de acostarse al lado del compañero de su madre, de lo que se aprovechó el acusado para realizar los actos libidinosos en su contra, por lo que la agravante se configura.

Expuso que si bien la defensa presentó como testigo a Rosa Jaramillo Alcaraz, quien manifestó ser la tía del acusado, que vivió en su residencia entre abril y agosto de 2017, en el municipio de Sabanalarga Antioquia, así como que aquel realizaba actividades contractuales de prestación de servicios con la Administración Municipal de esa localidad, acreditado con la certificación de la Alcaldía, y con lo que se pretendía demostrar que para la época de los hechos, JARAMILLO AGUIRRE, no podía haber estado en Bello, lo cierto es que el hecho de que hubiera residido en ese periodo en ese municipio, no le impedía acudir a la vivienda que compartía con su compañera y la menor, porque del testimonio se evidencia que se trasladaba de Sabanalarga a Bello, llegando a altas horas de la noche.

Indicó que no fue claro para Rosa Jaramillo, si su sobrino GABRIEL JAIME había terminado o no la relación con la señora Velkis, tampoco si habían convivido, aunado a que de su expresión corporal, cuando la fiscalía la interroga sobre si su sobrino tenía relación con alguien y la convivencia, fue de confusión, y en punto a la certificación de la Alcaldía de Sabanalarga, solo se evidencia que al acusado prestó unos servicios a la Administración Municipal de esa localidad, pero en nada lleva

a la conclusión que no iba a la casa que tenía con Velkis, y menos que hubiera terminado la relación sentimental con ella, evidenciado también, con que al momento de llamarse a Velkis a rendir su testimonio, manifestó que tenía una relación sentimental con GABRIEL JAIME, y por ello no testificó haciendo uso de su derecho a no declarar contra su compañero.

Finalmente adujo que, aunque la defensa considera que hay contradicciones entre lo dicho por la menor en la IPS COMFAMA y Medicina Legal, con lo expuesto en el juicio oral, lo cierto es que dichos documentos no fueron allegados a juicio y, por ello, no son prueba, por lo que, de las pruebas analizadas en conjunto, concluye que la menor fue coherente y precisa, en relación con el hecho delictivo.

De otro lado, indicó, si bien el peritaje del doctor Villa Machado, fue incorporado en la audiencia de juicio oral, en sesión del 25 de septiembre de 2020, tenía como propósito valorar el relato de la víctima, su coherencia interna y externa, si existían alteraciones mentales de la menor frente a los hechos denunciados, si hubo manipulación por parte de terceros, para dar su versión, y la capacidad de aquella para fantasear o presencia de mentira patológica, pero no tenía como finalidad incorporar entrevistas o manifestaciones realizadas por fuera de juicio, y si bien la defensa indica que la menor relató de otra forma los hechos, sumando a esos cuestionamientos, la entrevista de la menor realizada por el funcionario del CTI Janior Romaña, eso no tiene incidencia pues esta no fue incorporada, ya que la menor hizo presencia en el juicio y expuso lo acontecido en forma directa.

Manifestó, en lo toca a las afirmaciones del defensor respecto a que los dichos anteriores de la menor fueron

incorporadas a través del perito en su narración en juicio, aunado al informe base de opinión pericial que se incorporó y forma parte íntegra del dictamen, no son ciertas, toda vez que los documentos que contienen las declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial, y la prueba pericial no es el medio idóneo para incorporar las declaraciones rendidas por fuera de juicio conforme lo ha planteado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencias con radicado 46.153 de 2015, y 50.637 de 2018.

Hizo alusión a la providencia con radicado 47.140 de 2019, para concluir que la línea definitiva de la Corte Suprema de Justicia, es que las declaraciones anteriores utilizadas por el perito para realizar su experticia no pueden ser vehículo para que ingresen como prueba, por lo que las manifestaciones anteriores que utilizó el perito psicólogo Javier Machado, en su pericia, no ingresaron al proceso; no obstante ello, descartó cualquier duda no solo frente a la ocurrencia de los hechos, sino con relación al autor de los mismos, por lo que afirmó quedó derruida la presunción de inocencia.

Por lo expuesto, condenó a **DUARTE CARVAJAL** como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado y le impuso las penas ya reseñadas.

DE LA APELACIÓN

Culminada la lectura de la sentencia, la defensa interpuso recurso de apelación, sustentado en el término legal, deprecando la absolución de su representado.

Manifiesta que su inconformidad se cimienta, principalmente, en la inaplicación de la prevalencia del interés sustancial, la falta de apreciación conjunta de las pruebas, el desconocimiento del principio *in dubio pro reo* y la inaplicación de la cláusula de exclusión.

Refirió que en torno a la inaplicación de la prevalencia del interés sustancial, el juez de primera instancia no tuvo en cuenta las declaraciones anteriores de la menor V.R.V., rendidas ante el médico legista Gustavo Maldonado Cardona, y la médica del CIS Comfama de Bello, Dra. Julieth Paola Sijanés Siado, que fueron incorporadas a través del perito Javier Villa Machado; fundamentando su decisión en providencias de la Corte Suprema de Justicia, en especial los radicados 46.153 de 2015 , 50.637 de 2018 y 56.638 de 2020, aseverando que los relatos de los menores suministrados a los peritos en las valoraciones medicas o psicológicas no son hechos percibidos directamente por ellos, y que deberán ser llevados a juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda asistir, y que si el menor concurre a juicio, sus relatos anteriores pueden ser usados para refrescar memoria o impugnar credibilidad y no como prueba de referencia.

Por ello afirma, el A quo adujo que el escrito base de opinión pericial, no podía ser el vehículo para que las declaraciones anteriores de la menor que utilizó el perito psicológico Villa Machado ingresaran a juicio como pruebas, con lo cual no se encuentra de acuerdo por lo siguiente:

Expresó que, en el escrito base de opinión pericial, incorporado al expediente, el perito Villa Machado extractó la

PROCESO: 05212 60 00201 2017 07365
DELITO: Actos sexuales con menor de catorce años
PROCESADO: GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: CONFIRMA

siguiente información del informe rendido por el Dr. Maldonado Cardona, quien previamente había valorado médico legalmente a la menor V.R.V.:

El 10 de noviembre de 2017 fue reconocida médicolegalmente en el Instituto. En el informe respectivo se encuentra: "**RELATO DE LOS HECHOS:**
*La examinada refiere que el hombre con quien vivía su madre, llamado GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE, mientras ella dormía, ingresaba a su habitación, en la cual también dormía su hermano, se sentaba en la cama y que al ver que estaba dormida procedía a quitarle la ropa. Esto ocurrió en 3 ocasiones en el mes de junio de 2017. En tales ocasiones la tocaba en la vagina y le lamía la vagina (le pasaba la lengua y la boca por la vagina), y que en alguna de tales ocasiones le metió el dedo por la vagina. Refiere también que en alguna ocasión el señor Jaramillo estando acompañado de ella y su hermano se dedicó a ver pornografía en la televisión (la niña refiere que pornografía es ver a personas haciendo el amor, tal como lo que él le hizo a ella). Manifiesta también que en una de tales ocasiones el señor Jaramillo se quitó la ropa. De acuerdo con lo referido por la niña, dos personas más la han tocado y besado en la boca: 1. Un sujeto llamado RIGOBERTO, de quien dice es un primo, la tocó en la vagina por encima de la ropa. 2. Un sujeto que es ciego, que es amigo de la abuela materna, le metió las manos por dentro de la ropa y la tocó en la vagina. Esta versión le fue contada al padre de la menor por ella hace solo 3 días.
Fecha y hora de los hechos: 2017-06.*

Sostiene que respecto al Dr. Maldonado Cardona, testigo de la fiscalía, al momento en que el ente acusador pretendió llevarlo a juicio, no fue posible su comparecencia, por cuando según lo dicho por el delegado, luego de que se pensionó, es reacio a ir a las audiencias, y el juez anunció que no se desgastaran porque ni siquiera por conducción aparecía, por lo que, no obstante, fue citado a sustentar su trabajo no compareció a juicio y no justificó su inasistencia.

Por ello indica que pese a lo que se informó en el reconocimiento médico legal sobre lo que había manifestado la menor V.R.V, y conoció a través del Dr. Javier Villa Machado; la versión que rindió la niña en juicio fue completamente distinta, pues adujo:

"Que en la habitación en que ella dormía había mosquitos, y hacía calor, y que como tenía confianza con Gabriel Jaime, fue y se acostó al lado de él en la Sala... cuando se durmió sintió que le quitaba la ropa interior, y sintió que le acariciaba las manos... le empezó a tocar la zona íntima y meter los dedos y a lamer, miré el cuarto y vi que mi mamá estaba dormida... él me cargó y me llevó a mi cuarto y allá me dejó en mi cama".

Resalta que a minuto 57:55 del mismo peritaje, dijo el Dr. Villa Machado: *“También da un relato similar en el reconocimiento médico legal, donde da cuenta de manera más precisa de tres eventos de abuso por parte de varias personas”*, haciendo referencia a la valoración médico legal efectuada por Maldonado Cardona a V.R.V.

Anuncia que posteriormente Villa Machado, dijo que la intervención más importante para establecer los hechos fue: *“la entrevista forense realizada conforme al protocolo SATAC de Cornell – House también dio un relato concordante (58:20). Este relato que es el más válido para establecer los indicios de realidad que puede contener su narración por ser el más técnicamente recogido, digo yo que tiene una ubicación conceptual de los acontecimientos en forma precisa en cuanto a tiempo, lugares y circunstancias. Ella da cuenta en esa narración del estado mental y de otros aspectos equidistante de ella en el momento de los hechos, como de las sensaciones de calor y de miedo (...)”*

Precisa que el relato central en que basó su dictamen el psicólogo Villa Machado debe excluirse por haber sido tomado con violación a derechos fundamentales, en tanto la entrevista forense no contó con la presencia del defensor de familia ni revisó el cuestionario.

Insiste en que el reconocimiento médico legal realizado por el Dr. Maldonado Cardona, debe ser valorado como prueba de referencia, como quiera que no acudió a sustentarlo, sin embargo, dice, no puede desecharse del material probatorio porque no se usó para impugnar credibilidad, en tanto, hasta ese momento se tenía que el Dr. Maldonado Cardona acudiría a juicio, donde sería controvertida la versión de la niña con él, y por tanto, debe ser valorado como tal, porque que se cumplen los presupuestos del artículo 437 del C.P.P. y la reiterada

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tanto no asistió a la audiencia y privó la defensa de la oportunidad de controvertir el dicho de la niña con ese medio de prueba legalmente recopilado.

Además, porque el psicólogo Villa Machado se refirió a ese reconocimiento médico legal, en su dictamen en psicología, y por qué, desde el punto de vista sustancial, se pone en duda la responsabilidad de su defendido; además porque el reconocimiento fue practicado a instancias de la fiscalía, por lo que no puede oponerse el fiscal a que se use como medio probatorio.

Indica que no fue posible debatir la versión de la menor con el reconocimiento médico legal que practicó Maldonado Cardona, porque se negó a asistir a la audiencia y el A quo reconoció que no era posible ni siquiera haciéndolo conducir por la autoridad policial, por lo que se debió aplicar el artículo 384 pero no se hizo.

Argumenta que no es válido tomar con pinzas, los apartes de una prueba que demuestran la responsabilidad del procesado, e ignorar aquellos que la ponen en duda, tomando como justificación simples reglas de procedimiento, por cuando las pruebas deben sopesarse bajo el sistema de valoración racional y no de íntima convicción o tarifa legal, como lo hizo el A quo, ya que descartó las declaraciones anteriores a la experticia del psicólogo Villa Machado y solo aceptó como válida la entrevista forense que hizo Janior Romaña, la cual debió excluirse por haber sido tomada con violación a derechos y garantías fundamentales y por falta de adecuada identificación del testigo.

Insiste que el reconocimiento médico legal pone en duda la veracidad de la menor V.R.V., porque al confrontar la versión rendida en juicio, -quien no dijo la verdad a lo largo del proceso desde la denuncia-, dejó claro que los hechos acaecieron en la Sala de la casa donde vivían, que Gabriel Jaime la abusó en ese sitio, y que luego la llevó cargada a la habitación donde dormía ella con su hermano, pero en la versión que le dio al Dr. Gustavo Maldonado, dijo que los hechos ocurrieron cuando Gabriel entró a la habitación donde ella dormía con su hermano y allí la abusó, versiones absolutamente contrarias, pero el A quo no lo valoró así, basándose en reglas jurisprudenciales inadecuadamente aplicadas, pasando por alto el derecho sustancial.

En lo que atañe al reconocimiento médico legal realizado en el CIS Comfama de Bello, en el escrito base de opinión pericial, el Dr. Villa Machado lo recopiló:

Otros datos de la investigación judicial o administrativa:

Valeria Restrepo Vélez asiste, el 10 de noviembre de 2017, a consulta no programada en el Centro integral de salud (CIS) Comfama de Bello (37). En la historia clínica se lee: "*Motivo de consulta: Paciente de 9 años [...] quien consulta el día de hoy en compañía de su padre quien manifiesta que la niña fue víctima de abuso sexual por parte del padrastro, paciente manifiesta que hace meses, mientras se encontraba durmiendo, su padrastro ingresó a su habitación en donde se encontraba durmiendo en la misma cama que su hermano menor, donde luego su padrastro la despoja de cobijas, pijama y ropa interior, procediendo a tocar sus partes íntimas y luego pasaba su boca y lengua por los genitales de la menor. Cuenta la menor que después*

JAVIER VILLA MACHADO

21/03/2019 18:22

Ciencia con sentido humanitario, un mejor país

Pag. 2 de 8

INFORME PERICIAL NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

UBMDE-DSANT-05025-2019

metió sus dedos en la vagina. La paciente refiere que fingía que dormía para que él no le hiciera daño, y se tapaba con las cobijas, mientras el victimario continuaba tocándola. [...] que cuando vio que el abusador se estaba desnudando, ella hizo como si se fuera a despertar y él se fue. En los días seguidos él amenazaba con que no le podía contar a nadie, hasta que un día le contó a su mamá, quien le dijo que no podía contarle a nadie. Un día su papá le preguntó cómo era el comportamiento de su padrastro hacia ella, motivo por el cual decidió contarle hace dos días y el padre decide traerla el día de hoy. Además, paciente refiere que el abusador veía pornografía delante de ella y su hermanito, además consumía drogas delante de ellos, tipo marihuana y cocaína.

Además, paciente manifiesta, como dato de importancia, que cuando tenía 8 años, un primo la tocó con la ropa puesta, le contó a su mamá quien le dijo que no le contara a nadie."

Frente al punto, refiere, que esta declaración anterior al juicio, recogida por la Dra. Julieth Paola Sijanés Siado, se debe valorar igualmente como prueba de referencia, porque se cumplen las reglas del artículo 437, pues no acudió al juicio oral. El fiscal adujo que frente a ella tuvieron inconvenientes y se perdió, pero en la transcripción que Villa Machado efectuó de ese reconocimiento médico, se controvierte plenamente el dicho de la niña V.R.V., y de los testigos Danny Julián Restrepo (padre) y Manuela Ospina (madrastra), pero al A quo acudió a los mismos argumentos.

Resalta frente a la valoración médica realizada por el Dr. Maldonado Cardona y por la médica en CIS Comfama de Bello, que se llevaron a cabo el 10 de noviembre de 2017, es decir, aproximadamente 5 meses después de la fecha de los supuestos hechos (junio de 2017) y la valoración psicológica de Villa Machado, se hizo el 27 de febrero de 2019, es decir, 20 meses después y la lógica enseña que con el transcurso del tiempo, los fenómenos de rememoración cambian, y en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar relatados, la niña V.R.V. el 10 de noviembre de 2017, dijo que los hechos ocurrieron en la habitación donde ella dormía con su hermano, pero el 19 de febrero de 2017, ante Javier Villa Machado, aseveró que habían ocurrido en la sala de su casa cuando ella se acostó al lado del procesado, circunstancias de lugar, absolutamente distintas, por lo que solicita confrontar esas declaraciones anteriores, así como con las deponencias de Danny Julián Restrepo Lamus y Manuela Ospina..

Así, concluye, que ante la imposibilidad de que los testigos asistieran a juicio, y por haber sido incorporadas sus

declaraciones por Villa Machado, debieron valorarse como prueba de referencia.

En cuanto a la falta de apreciación conjunta de las pruebas, aduce que el A quo tomó de las pruebas practicadas en juicio solamente lo que le sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, encontrando dudoso el testimonio de Rosa Elena Jaramillo Alcaraz, pero nada dijo en punto a que la testigo Manuela Ospina estuviera leyendo papeles, lo que aceptó y quedó en el video de la diligencia, quien tuvo una actitud sospechosa, pero adujo que los papeles que tenía en su mano eran de la motocicleta, y no se encontró tacha por parte del A quo, aun cuando fue la única testigo que se refirió a tocamientos en los senos de la niña, y ello no desacreditó su testimonio, como sí con el testimonio de Rosa Jaramillo Alcaraz.

Anuncia que igualmente el testigo Danny Julián Restrepo Lemus, tuvo gestos y graves contradicciones, fue confuso y se le otorgó credibilidad, por lo que solo se les restó fiabilidad a los testigos de descargo, aplicando distintos raceros valorativos, sin justificarse.

Asevera que en el caso debe aplicarse le principio *in dubio pro reo*, porque las pruebas practicadas en juicio permiten dudar de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que supuestamente ocurrieron los hechos, comparadas las versiones testimoniales de la menor V.R.V., su padre Danny Julián Restrepo Lamus, su madrastra Manuela Ospina, con el escrito base de opinión pericial, y la sustentación en juicio, por lo que peticiona revocar la sentencia de primera instancia.

Finalmente esgrime que durante la audiencia de juicio oral del 24 de septiembre de 2020, durante el proceso de identificación del entrevistador forense, el señor Janior Romaña, ante la imposibilidad de ver su cédula de ciudadanía, el A quo adujo que ya lo conocía desde antes, lo que es un problema grave, ya que en Colombia la forma de identificar plenamente a una persona es con la exhibición de su cedula de ciudadanía, y el juez no puede dar fe de que conoce a los testigos porque no es parte, y no puede hacer declaraciones en ningún sentido en el proceso.

Asevera que debe descartarse su testimonio porque en la audiencia de juicio oral, al ser interrogado por la defensa, respecto de aspectos de la entrevista forense efectuada, el psicólogo forense informó que no hubo cuestionario revisado por el defensor de familia y tampoco este estuvo presente durante la entrevista, aspectos que conforme lo establece el artículo 206 A del C.P.P. eran necesarios y aunque el testigo refirió que no hubo tal cuestionario por tratarse de una entrevista desestructurada, la ley no la exceptúa de la revisión por el defensor de familia conforme la sentencia C-177 de 2014, por ser mecanismo ideado por el legislador para garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales y su presencia en la diligencia no es potestativa, por lo que ese acto investigativo debe declararse nulo de pleno derecho. Además, como el entrevistador no exhibió su cédula de ciudadanía, la fiscalía no probó que era la persona que llevaría a juicio.

En virtud de ello, manifiesta, en la entrevista forense y el interrogatorio al perito forense, hay dos problemas insubsanables. La entrevista a la menor fue tomada sin el lleno de los requisitos legales, lo que vulneró el principio de las formas propias de cada

juicio, desconociéndose el debido proceso a su defendido, lo que genera su nulidad de pleno derecho; además, porque el entrevistador forense no fue debidamente identificado por la fiscalía y el A quo se tomó la libertad de identificarlo, en lugar de exigir que la fiscalía lo hiciera y porque el psicólogo Villa Machado tuvo, como insumo principal, dicha entrevista para rendir el dictamen.

Afirmó que, acertó el A quo, en que la entrevista médica forense, y las demás declaraciones anteriores, no debían entenderse incorporadas con el escrito base de opinión pericial, por cuando acudieron a juicio, y por tanto no se les puede tener como prueba de referencia.

Por lo expuesto, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, absolver de los cargos a su representado.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

REPRESENTANTE DE LA VÍCTIMA

La representante judicial de las víctimas adujo frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor, que se opone a su pretensión como quiera que su argumento es contradictorio, en tanto se queja que el juez no aplicó la cláusula de exclusión frente al testigo Janior Romaña, porque no exhibió su cedula de ciudadanía, pese a que el juez lo conocía de otros procesos, y, además, porque en la entrevista practicada a la menor, el cuestionario no fue aprobado por el defensor de familia.

Afirma, que no le asiste razón al profesional del derecho, pues no se pronunció al momento en que el testigo no logró identificarse con su cédula de ciudadanía y desde el escrito de acusación, conocía que era Janior Romaña, por lo que el juez decidió acertadamente escucharlo y valorar su testificación.

Aunado a ello sostiene, el artículo 206 A, empieza diciendo, que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 192 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia, normas que se refieren a las menores víctimas de conductas punibles, lo cual indica que prevalecen las últimas, y de ellas no se desprende que obligatoriamente la entrevista ha de realizarse en la forma que lo reclama el apelante.

Asevera que a los menores víctimas, se les debe garantizar el acceso a la justicia, como derecho sustancial, siendo el único facultado para reclamar por violación a este derecho el representante judicial de las víctimas, porque si el defensor va a hacerlo, solo es posible si esa violación incidió en la inculpación a su prohijado, cosa que no hace el apelante, por cuanto en su confusa disertación, clama porque se valoren los dichos de la menor antes de su declaración en juicio y se compare con su testificación oral, para que se concluya que son contradictorias y se absuelva a su representado.

Expresa que olvida el defensor que solo se valora como prueba la debatida en juicio y que el manual del Instituto Nacional de Medicina Legal, para los peritajes psicológicos, exige que se estudie la carpeta del proceso, luego se entrevista la persona objeto de valoración para finalmente emitir el concepto, como lo explicó Villa Machado en su testificación.

Por lo expuesto solicita confirmar la decisión de primera instancia.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2.004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son las competentes para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas por la Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este caso se ajusta entonces a la previsión legal en tanto la providencia sometida a nuestro conocimiento fue proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, despacho adscrito a este distrito.

Hay sustentación suficiente, para que podamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, siendo límite de nuestra intervención, conforme a la técnica del recurso, los aspectos cuestionados por el recurrente.

Adentrándose la Sala en la cuestión de fondo, del análisis del contenido de la sentencia y de los argumentos planteados por la defensa, los problemas jurídicos a resolver consisten en determinar:

- a. Si es viable introducir como prueba de referencia, lo narrado por la menor V.R.C. al médico legista Maldonado Cardona cuando le realizó el dictamen sexológico y lo expuesto a la doctora Dra.

Julieth Paola Sijanés Siado, médica del SIC Comfama de Bello, quien la atendió el 10 de noviembre de 2017, lo que, afirma el apelante, se introdujo con la testificación del Dr. Javier Villa Machado.

- b. Si el testimonio rendido por el psicólogo forense Janior Romaña, y la entrevista practicada a la menor, debe ser excluida de la actuación, por cuanto conforme lo plantea la defensa, se recibió sin la revisión del cuestionario por el defensor de familia y sin su comparecencia; además porque el deponente no presentó su cédula de ciudadanía al momento de su testificación.

- c. Una vez resuelto lo anterior, se deberá establecer, si de la prueba practicada en juicio oral se puede deducir la responsabilidad de **GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE**, en el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, como lo consideró el juez de primera instancia, o si, por el contrario, conforme lo aducido por el recurrente, la valoración de las pruebas fue sesgada y por tanto no hay certeza racional de su intervención en la conducta.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, lo primero que debe indicar la Sala, es que tal y como lo manifestó el juez de primera instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los últimos años, ha dejado claro, que lo relatado por las menores víctimas de delitos a los diferentes profesionales que los atienden, solo puede ser incorporado a juicio de dos formas: como prueba de referencia cuando el menor no comparece a juicio a declarar o aun cuando lo hace, si así se solicita para refrescar memoria

o impugnar credibilidad; o como testimonio adjunto cuando se retracta o cambia el sentido de su testificación.

De esta manera, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 56.323 del 17 de noviembre de 2021, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA, reiteró que la producción de la prueba no es una secuencia de formas sino un método, en el que la contradicción y la confrontación, son presupuestos de su legalidad y validez, lo que explica que los actos de investigación que se realizan antes de la audiencia de juicio oral, solo adquieren el carácter de prueba en la medida que se descubran en el escrito de acusación, soliciten y sustenten en la audiencia preparatoria, y se practiquen en audiencia con contradicción de las partes e intermediación del juez.

Reiteró que hay formas en que las declaraciones anteriores a juicio puedan apreciarse como prueba. En tal sentido, dicha corporación ha definido que las declaraciones entregadas por fuera del juicio pueden ser apreciadas como prueba de referencia admisible, cuando no es posible su práctica en juicio (artículo 438 de la Ley 906 de 2004), e incluso si el testigo comparece, cuando es menor de edad, siempre que así se solicite en la oportunidad procesal correspondiente.

Dijo que pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria; y como testimonio adjunto, en casos de retractación, a condición de que se cumplan cuatro condiciones: (i) que el declarante cambie su versión, (ii) esté disponible

en juicio para ser interrogado sobre lo que manifiesta en ese escenario y lo que dijo con antelación, (iii) haya leído o escuchado la declaración anterior, y (iv), según criterio mayoritario de la Sala, medie solicitud de la parte interesada para que esa declaración se incorpore a la actuación para que el juez la aprecie¹.

Y, si se decide presentar al menor como testigo en juicio, se debe evaluar, entre otras eventualidades, la posibilidad de que se retracte o cambie la versión, y tener presentes los requisitos para que, ante esa contingencia, la versión anterior pueda ser incorporada como testimonio adjunto.

Teniendo entonces como reglas para solucionar el punto las así propuestas por la corporación citada, al analizar el caso objeto de análisis, encuentra la Sala, que los dichos de la menor ante el doctor Maldonado Cardona cuando le realizó el dictamen sexológico y frente a la doctora Dra. Julieth Paola Sijanés Siado, médica del SIC Comfama de Bello, quien la atendió el 10 de noviembre de 2017, si bien es cierto, se conocieron en juicio a través de la deponencia de Javier Villa Machado, quien hizo uso de ellos para realizar su dictamen, también lo es que no pueden ser valorados, ni como prueba de referencia, dado que la menor compareció a juicio a declarar, y no se hizo uso de ellos para refrescar memoria o impugnar credibilidad y tampoco como testimonio adjunto, pues no se petitionó.

Aunado a ello, lo que pretende el defensor, no es que lo manifestado por dichos profesionales sea

¹ SP del 12 de mayo de 2021, radicado 56531.

incorporado como prueba de referencia, frente a las atenciones realizadas a la menor, sino lo que aquella les refirió respecto a los hechos, lo que a todas luces resulta inadmisibile, sobre todo si tenemos en cuenta que la menor compareció a juicio a declarar y en esa oportunidad, el defensor, en el ejercicio del contrainterrogatorio, no le impugnó credibilidad ni le refrescó memoria, y por ello, no era a través de las deponencias de los doctores Maldonado Cardona y Sijanés Siado, que podía ejercer tal confrontación y contradicción del dicho de la menor, sino al momento de la testificación de V.R.V., cumpliendo lógicamente, con los requisitos antes enunciados, pero no formuló una sola pregunta orientada a confrontarla con sus versiones anteriores, no habilitando entonces el escenario para contrainterrogar a la testigo acerca de lo expuesto por fuera del juicio oral.

Al verificar el audio de la diligencia en que testificó la menor V.R.V, y en concreto, el contrainterrogatorio, las únicas preguntas que formuló el defensor para confrontar sus dichos iniciales, consistieron en indagarle si recordaba si la habían entrevistado antes, frente a lo cual la adolescente manifestó que sí, que en una oportunidad y la doctora le dijo que tenía que contarle lo ocurrido para ella poder revisarla, y luego cuando fueron a la fiscalía también contó algunas cosas, posteriormente en la casa de justicia y después con un psicólogo de éste lugar.

El defensor le cuestionó si en dichas entrevistas había dicho la cantidad de veces que GABRIEL la había abusado, contestándole que sí, que dijo que una sola vez, y cuando le indagó si la segunda vez había dicho cuántas veces eso había pasado,

respondió que cree que en una entrevista dijo que eran tres veces, por lo que le había pasado con el primo de la mamá, el viejito y GABRIEL.

Es decir, el profesional del derecho no cuestionó realmente a la menor respecto a las versiones dadas ante el médico legista y la médica que la atendió en Comfama de Bello, y, por tanto, no ejerció la confrontación de su testificación en juicio oral, mediante la impugnación de credibilidad en el momento procesal pertinente para hacerlo.

En tal sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 59.825 del 29 de septiembre de 2021, precisó que desde el derecho a la confrontación:

“La ausencia de incorporación en el momento adecuado, esto es, cuando el testigo está declarando, logrando que de viva voz se refiere a lo expuesto con anterioridad al juicio, implica la privación total de la posibilidad de contrainterrogar sobre los aspectos incriminatorios del testimonio”.

Por ello, el hecho de que se hubieran conocido en juicio, declaraciones anteriores en la testificación rendida por el psicólogo Javier Villa Machado, no significa que sin más, se pueda acudir a lo que la menor refirió a los profesionales en medicina, dado que lo por ella narrado a los galenos no fue objeto de confrontación al no haber sido parte del interrogatorio en juicio, por lo que apreciarlas sería ir en contra del debido proceso probatorio, valorando pruebas de referencia inadmisibles, consistentes en los relatos vertidos por esta, ante Maldonado Cardona y Sijanés Siado.

Y si bien el defensor manifiesta que se está dando prevalencia al derecho procesal sobre el sustancial, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia con radicado 56.323 de 2021, enfatizó que este tipo de apreciaciones, no significan conferirle primacía a las formas o que la aproximación real a la verdad, como finalidad principal del proceso penal ceda a la tramitología procesal, por el contrario implica, asumir que la aplicación del derecho sustancial es legítima si se respeta el método de aproximación a la verdad, para ello se han diseñado alternativas para preservar las garantías del acusado y de la víctima.

De tal manera, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, y debe concluirse que no es admisible valorar, como prueba de referencia, lo expuesto por la menor ante los aludidos profesionales de la medicina, como lo pretende el defensor.

En punto al segundo problema jurídico, consistente en establecer si se debe aplicar la cláusula de exclusión al testimonio rendido por el psicólogo forense Janior Romaña y la entrevista practicada a la menor V.R.V., por cuanto conforme lo plantea el recurso, se recibió sin la revisión del cuestionario por el defensor de familia y sin su comparecencia y el deponente no presentó su cédula de ciudadanía al momento de su testificación, lo que afectaría también la testificación del psicólogo Javier Villa Machado, ya que dicha entrevista fue el insumo principal para emitir su dictamen, debemos indicar lo siguiente:

El artículo 2 de la Ley 1652 de 2013, que adicionó el artículo 206 A al Código de Procedimiento Penal, establece lo siguiente:

Artículo 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así:

Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor **podrá** estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea

aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

Parágrafo 1º. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

Parágrafo 2º. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

De acuerdo a la norma transcrita, entiende la Sala, que, respecto a la asistencia del defensor de familia, se permite que de no contarse con los profesionales referenciados, se asegure la intervención de un entrevistador especializado, por lo que si tenemos en cuenta que la realizó una psicólogo con capacitación en entrevistas a menores de edad, se garantizaron así los derechos de V.R.V. Lo que pretende la norma con la presencia de este funcionario, es la protección de los derechos del menor en el direccionamiento del cuestionario, incluso el numeral 12 de artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, establece que en los casos en que un niño, niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, lo que en efecto fue garantizado, por cuanto quien efectuó la entrevista fue un psicólogo del CAIVAS con conocimientos en entrevistas forenses a niñas, niños y adolescentes víctimas.

Además, en sentencia 43874 del 25 de febrero de 2015, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de

Justicia, respecto al momento procesal oportuno para alegar este tipo de circunstancias, se indicó:

“Considera el demandante que la segunda instancia incurrió el falso juicio de legalidad, en relación con la entrevista que se le recibió a la menor por parte de la investigadora del C.T.I. Tatiana Alvear Aragón; que esta funcionaria al rendir su testimonio en el juicio oral actuó como perito en psicóloga, sin serlo, emitiendo juicios y conclusiones; además, porque al entrevistar a la niña no estaba presente la defensora de familia y otras personas permanecían en el recinto. Igualmente, porque no se garantizó la cadena de custodia.

Con todo, para la Sala son inexistentes las irregularidades que denuncia el defensor, pues, lo primero que debe destacarse es que la audiencia preparatoria es la oportunidad procesal prevista por la ley (art. 359 L. 906/04) para que las partes o el Ministerio Público soliciten la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba que, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba.

Pretender ahora, valiéndose de argumentos espurios, que se excluya la entrevista que le recibió a la menor una psicóloga adscrita al C.T.I., es una actitud que deviene, cuando menos, extemporánea, si se tiene en cuenta que ese reclamo debió presentarlo en la audiencia preparatoria, en curso de la cual, en cambio, al concedérsele la palabra, no dijo el defensor que estuviera en desacuerdo con el descubrimiento probatorio hecho por la Fiscalía, ni con la solicitud encaminada a que se introdujera al juicio oral la mencionada entrevista por medio de un testigo de acreditación; únicamente se quejó avisando que el disco compacto que le entregaron carecía de audio. Empero, sí pidió la exclusión de otros elementos de convicción, y esas peticiones fueron parcialmente denegadas por la Juez de conocimiento, sin que el defensor impugnara la decisión.

No puede pasarse por alto que dentro de la sucesión ordenada de actos que conforman el proceso penal, era esa –la audiencia preparatoria– la oportunidad legalmente establecida para impedir que ese registro se introdujera al juicio oral, y como quiera que el defensor prescindió de hacerlo, lo que ahora prevalece es la salvaguarda de los principios de preclusión de los actos procesales, seguridad jurídica y lealtad”.

En estas condiciones, las cuestiones relativas a la entrevista forense de la menor, deben, como regla general, debatirse en la audiencia preparatoria, pues alegarse en el recurso de apelación desconoce el principio de preclusividad de los actos

procesales, seguridad jurídica y lealtad; si bien el defensor en la audiencia preparatoria solicitó la exclusión de los discos compactos que contenía la entrevista de la menor V.R.V. y del informe del investigador de campo suscrito por Jonier Romaña el 27 de agosto de 2018, en tanto, en su sentir, no reunían los requisitos legales, ante la decisión del A quo de decretarlos, no presentó recurso alguno.

Aunado a lo anterior, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 51.676 del 5 de diciembre de 2018, refirió:

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que en esencia el impugnante alega un procedimiento irregular en el recaudo de la entrevista por parte de la Policía Judicial, respecto a la menor V.O.M., en la medida en que se adelantó sin la asistencia del Defensor de Familia.

En ese sentido, se tiene que si bien la entrevista recibida por la Policía Judicial fue recaudada sin la presencia del citado funcionario, incumpliendo de esta manera las exigencias previstas en el artículo 150 del Código de Infancia y de la Adolescencia, lo cierto es que el censor se abstuvo de demostrar la manera en que esa circunstancia afectó las garantías fundamentales al procesado que amerite que la Corte atendiendo la naturaleza del recurso extraordinario de casación, como instrumento de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, case el fallo impugnado, máxime cuando en este caso, se contó con la autorización y asistencia de la madre de la niña.

Además, frente al desconocimiento de los requisitos formales en la recepción de la declaración de la menor, la jurisprudencia de la Sala tiene sentado que: *"...lo cierto es que tal formalidad constituye una garantía consagrada a favor de los menores –niños, niñas y adolescentes– y, en consecuencia, el defensor del procesado no está legitimado para reclamar su cumplimiento porque su interés se extiende a procurar la revocatoria o la modificación de la decisión que lo afecta y nada lo habilita para agenciar derechos de terceros"*. (CSJ. AP882-2015, 25 feb. 2015, rad, 43874).

Posición reiterada en la decisión AP1943-2017, 22 mar. 2017, radicado 46523, en la que se señaló que: *"las formalidades previstas en la Ley*

1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) para la recepción de los testimonios de los menores, es un asunto que atañe a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y su incumplimiento no apareja la afectación de las garantías del procesado, por lo que éste carece de interés para invocar la ilegalidad del procedimiento".

Así pues, en este asunto se concluye que la ausencia del Defensor de Familia en los términos señalados en el artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia, no invalida la diligencia o vicia de ilegalidad la prueba, máxime cuando no puede pasarse por alto que la prueba apreciada por el Tribunal para impartir condena contra CRISTIÁN MAURICIO LARGO PATIÑO, más allá de toda duda razonable, fueron los testimonios vertidos personalmente en el juicio oral por la menor O.V.M., quien bueno es precisar, estuvo acompañada por su progenitora y del Defensor de Familia.

A lo anterior se suma que frente a la solicitud de exclusión de la declaración de la menor por no haber estado presente la Defensora de Familia, el Tribunal apoyado en jurisprudencia que consideró aplicable al caso "AP896-2015, rad. 45011; SP 36433, agosto. 1º de 2011, T-916 de 2018; SP18103 mar. 2 de 2005; y lo estatuido en los artículos 29 CN y 23 CPP", concluyó que la irregularidad advertida en el documento no afectaba porque la entrevista:

(...)

Pero aún sin tener en cuenta el citado requisito en la práctica de la entrevista, de todas formas oportuno es recordar que la sentencia estuvo soportada, no en la declaración rendida por la menor el día de los hechos ante los miembros de la SIJIN, sino en el testimonio rendido en la audiencia de juicio oral, en donde ratificó el señalamiento directo contra el procesado como el autor del homicidio.

Si seguimos estas tesis, encuentra la Sala, que, en el caso en particular, tampoco estaba facultado el defensor para solicitar la exclusión del testimonio del investigador Janior Romaña Romaña y la entrevista practicada a la menor V.R.B.

Debe decirse que más allá de esta discusión, la responsabilidad fue cimentada por el fallador de primera instancia en el relato vertido en juicio por la menor V.R.V, corroborado

por su padre, por Manuela Ospina y el dictamen psicológico rendido por el perito Javier Villa Machado que, si bien entre sus insumos tuvo en cuenta dicha entrevista, no fue lo único para determinar que el relato rendido por la menor era creíble u obedecía a hechos vivenciados por la niña.

De otro lado, respecto a la pretendida falta de identificación de JANIOR ROMAÑANA ROMAÑAN, porque al momento de su testificación no exhibió su cédula de ciudadanía, conviene precisar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 57.230 del 17 de marzo de 2021, al respecto indicó:

En tal virtud, ninguna duda cabe en cuanto a que, en el orden nacional actual, la práctica de testimonios anónimos (entendidos como aquéllos cuya **identidad** es desconocida para las partes) es, siempre y en todo caso, inadmisibles; ello, porque en tales condiciones la confrontación material y sustancial de la prueba - esto es, su confrontación allende un remedo artificial de la garantía - deviene imposible y, en cualquier caso, no existe ninguna previsión legal que autorice una tal limitación del derecho en comento.

Ello, sin embargo, no puede confundirse con una suerte de exigencia legal en cuanto a que todo testigo deba exhibir su cédula de ciudadanía u otro documento como presupuesto ineludible para tenerlo por identificado.

Ya la Sala se ha ocupado del asunto, así:

«En principio, la identificación del declarante se obtiene con su cédula de ciudadanía, pero su falta de presentación no torna ilegal su testimonio, en el entendido que la ley no exige para su validez la presentación de dicho documento.»

La Corte en sentencia de casación de febrero 12 de 1991, radicación 4863, sostuvo que “la exhibición de la cédula de ciudadanía del testigo no es requisito esencial del testimonio y la falta de identificación, en esa forma, no torna inexistente la declaración”.

(...)

La cédula de ciudadanía es uno de ellos para identificar a una persona, pero no el único; en sus diversas acepciones identificar es reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca, o “dar los datos personales necesarios para ser reconocido” e identidad “es el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”, de manera que la identificación del testigo puede obtenerse por vías distintas a la simple tenencia y presentación del documento público»².

Y aunque esas posturas jurisprudenciales corresponden al entendimiento de normas de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que la más reciente codificación adjetiva tampoco reclama que la identificación de los testigos se haga documentalmente (o de cualquier otra manera predeterminada).

En efecto, el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 únicamente prevé que, antes del testimonio y luego del juramento, el Juez pedirá a quien lo rinde **«que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley»**, de manera que no aparece indispensable la exhibición de documento alguno.

Así, aunque la presentación de la cédula de ciudadanía constituye, si se quiere, la *mejor evidencia* de la identidad del testigo, no existe precepto legal alguno que permita tenerla como *única evidencia* de esa circunstancia, a cuyo conocimiento, por consecuencia, puede llegarse por cualquier medio lícito.

De esta manera, el hecho de que JANIOR ROMAÑA ROMAÑA, no haya exhibido su cédula de ciudadanía, no invalida su declaración, como quiera que de antemano se conocía por las partes e intervinientes, los datos de identificación del testigo y el juez que realizó la diligencia, por conocimiento previo que tenía del declarante, no consideró necesaria la exhibición de dicho documento, siendo criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que su falta de presentación no torna ilegal el testimonio, en el entendido que la ley no lo exige para su validez.

² CSJ SP, 16 dic. 2015, rad. 38957. Así mismo, CSJ SP, 18 may. 2005, rad. 21451.

En virtud de ello, la respuesta al segundo problema jurídico es negativa y no hay lugar a aplicar la cláusula de exclusión al testimonio rendido por Janior Romaña, como tampoco a la entrevista que le efectuara a la menor V.R.V.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el último interrogante planteado, teniendo establecido que los problemas principales que planteó el defensor sobre la validez de la valoración probatoria efectuada por el A quo, ya fueron resueltos, se limitará esta Sala a indicar, que al analizar minuciosamente el relato vertido por la menor V.R.V. en la vista oral, se apreció a una adolescente, segura, fluida en sus respuestas, coherente, quien respondió sin ambigüedades las preguntas realizadas tanto por el delegado del ente acusador como por la defensa, por lo que se da crédito a lo dicho por ésta respecto a los actos libidinosos cometidos en su contra por parte de GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE, los cuales cuentan con prueba periférica de corroboración.

Cuando se indagó, en el juicio oral, a la menor V.R.V si sabía por qué estaba en la audiencia, respondió: "*Si, para contar lo que pasó con el ex novio de mi mamá*". Al indagársele por el nombre de este, contestó: "*Gabriel Jaime Jaramillo Aguirre*" y al indicársele si podía contar que fue lo qué pasó con Gabriel Jaime refirió:

"Gabriel Jaime una noche cuando yo estaba durmiendo en la sala al lado de él en el piso, me violó porque empezó a bajarme la ropa interior mientras yo estaba durmiendo, pero igual yo estaba despierta y sabía lo que me estaba haciendo, primero empezó lamiéndome la vagina, y ya después empezó metiéndome ambos dedos, primero me metía uno luego me metía los dos dedos, y yo me sentía bastante incomoda, entonces empecé a moverme par

que el sintiera que yo me estaba despertando, entonces después de eso, él me envolvió en la cobija y me llegó al cuarto donde estaba mi hermano".

La defensora de familia posteriormente le preguntó, por dónde le metía los dedos e indicó que por la vagina y referente a con qué otra parte del cuerpo de él la tocó, refirió que con la lengua en la vagina y que esos tocamientos habían sido por debajo de la ropa, rememorando que ese día tenía mucho calor entonces se quitó el pantalón, por lo que solo tenía calzones, precisando cuando se le cuestionó qué había pasado con la ropa que tenía puesta cuando él la tocó, dijo que después de eso, el cómo que la dejó a un lado, y cuando la llevó al cuarto, la dejó encima de un cable de parabólica que había quedado colgado.

En relación con el lugar donde ocurrieron los hechos aseveró que, en Niquia Camacol, en una casa que GABRIEL JAIME había arrendado para vivir ahí, donde vivían él, su mamá, su hermano y ella, aunque no recuerda la fecha ni el año en que sucedieron los hechos, pero reiterando que para ese momento vivía con ellos, que a la madre fue la primera persona que le contó y luego a su padre cuando se fue a vivir con él y posteriormente a la novia de aquel. Y su progenitora lo que le dijo fue que iba a hablar con él, refiriendo que nadie se había dado cuenta de lo acaecido, porque todo el mundo estaba dormido y que GABRIEL JAIME era su padrastro,

Frente a preguntas realizadas por el defensor, manifestó que a su padre le había dicho que los hechos ocurrieron entre seis meses y un año atrás y que antes de irse a vivir con él, vivía con su mamá y hermano, describiendo el lugar donde

convivieron con Gabriel, narrando que tuvo un amigo imaginario y describiendo una serie de situaciones que se presentaron derivadas de ello.

De esta manera, al evaluar el relato consideramos, que reveló de manera clara, franca y coherente lo que le ocurrió en la casa que compartían ella, su madre y hermano, con GABRIEL JAIME, donde fue categórica en referirse a la situación donde se sintió afectada por el comportamiento de su padrastro, esto es, al ser tocada en sus partes íntimas por éste.

Es decir, la menor detalló de manera suficiente lo que le ocurrió y describió no solo lo incomoda que se sentía, sino, además, la ropa que tenía puesta y lo que hizo GABRIEL JAIME con las prendas luego de que acaecieran los hechos.

Ahora bien, el hecho de que no precisara la fecha exacta en que ocurrió la conducta sexual en su contra, no desdice la existencia del comportamiento libidinoso cometido en su contra. No puede olvidarse que los hechos acaecieron en el año 2017, y su testificación en juicio fue recepcionada el 17 de septiembre de 2020, es decir, aproximadamente tres años después y debe entonces valorarse la edad de la menor para la fecha de los acontecimientos. Nació el 4 de julio de 2008, esto es tenía apenas, 8 años de edad, por lo que se muestra razonable esa imprecisión, pero no hay duda que ellos acaecieron en el año 2017, antes de que se fuera a vivir con su progenitor, como lo corroboró el padre.

Así las cosas, la información que ofrece la menor, brindando detalles de cómo, en qué lugar, qué personas se encontraban y lo que sintió, son datos que permiten deducir, más que razonablemente, que no se trata de una narración de una situación que imaginó, sino de algo que en realidad se vivenció, pues incluso hizo referencia a lo incomoda que se sintió, lo que se corroboró, además, con el informe psicológico rendido por Javier Villa Machado quien conceptuó:

CONCLUSIONES

En respuesta a lo solicitado se conceptúa:

El relato de la evaluada se aprecia válido, ya que tiene múltiples indicios propios de narraciones basadas en hechos vividos y no parece algo inventado o sugerido. Posee coherencia interna, externa y respaldo afectivo.

Se reportan cambios en el comportamiento y síntomas depresivos, con ideas suicidas y deseos de muerte posteriores a los hechos denunciados.

No se avizoran indicios de que la niña haya sido manipulada o sugestionada para dar un relato falso acerca de lo que se investiga.

No se observa en la evaluada incapacidad para distinguir la fantasía de la realidad ni tendencia a la mentira patológica.

De esta manera, contrario a lo referido por el recurrente, el relato de la menor se encuentra consistente en lo esencial, esto es, que GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE le tocó con sus dedos y lamió su vagina por debajo de la ropa de su ropa interior, lo que también le manifestó a su progenitor, quien expresó que su hija V. le contó que GABRIEL la tocó donde no debía, un día por la noche que ella estaba dormida, le dijo que él se le acercó y le empezó a tocar la vagina y como que le metió el dedo y le lamió la vagina.

Y, no obstante Manuela Ospina Pérez, refirió que la menor contó que estaba haciendo mucho calor, y ella estaba en el mueble y este señor le tocó los senos, precisó en el

contrainterrogatorio que también adujo que el tocamiento se había dado en la vagina, por lo que dicha imprecisión, pudo obedecer, más a una falta de recordación de la testigo, que a una contradicción con el dicho de la niña, en especial, insistimos, cuando transcurrieron aproximadamente tres (3) años entre la revelación de la menor y su testificación en juicio.

Luego entonces, encontramos consistencia interna en el relato de la niña y no un ánimo mendaz del que se pueda concluir que incriminó falsamente a **JARAMILLO AGUIRRE**, creemos que pese a la revelación que le hizo a su madre, ésta no hizo nada, al punto que Velkis Yahaira Vélez Vanegas, se abstuvo de declarar en juicio en contra de su compañero GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRO, que entregó a la niña a su padre, pues no podía mantenerla, y aun así, la menor persistió en su incriminación en contra de su padrastro.

Para la Sala no surge duda de la oportunidad que tuvo el enjuiciado de cometer los actos libidinosos en contra de la menor V.R.V. Se estableció sin duda que la niña convivía con GABRIEL JAIME para la época de los hechos como lo ratificó su padre y si bien se acreditó que GABRIEL JAIME laboraba como contratista en el Municipio de Sabanalarga, lo cierto es que ello no desdice la presencia que tuvo el hogar con Velkis, V.R.V. y Santiago, ya que bien pudo viajar a ese lugar, muy a pesar de que la testigo Rosa Elena Jaramillo Alcaraz, se esforzara por indicar que vivió en su casa de mediados de abril a agosto de 2017, en esa localidad y que solo hizo dos o tres viajes a Medellín en ese tiempo, los cuales no duraban más de 5 a 6 horas, y que regresaba inmediatamente; incluso anunció la deponente

que para ese entonces había acabado la relación con una tal Velkis, que decidió no volver y que no sabía con quién más convivía.

Igualmente debe indicarse, que no se conoció en juicio que la menor tuviera algún motivo para inventar tal incriminación en contra de su padrastro, o algo que sembrara en la menor tal ideación, por lo que no encontramos motivo alguno para que lo acusara falsamente, menos cuando su progenitor Dany Julián Restrepo Lamus, explicó que nunca había convivido con la madre de la niña, de donde se infiere que ningún interés tenía para perjudicar a GABRIEL JAIME, no podemos dejar de lado que la menor fue entregada al progenitor, por problemas económicos de la madre al no poder atender su mantenimiento.

El análisis anterior lleva a concluir a la Sala, que el testimonio de la menor cuenta con prueba periférica de corroboración y que, en efecto, el enjuiciado tuvo la oportunidad de cometer tal acto lujurioso en contra de la niña, como quiera que la menor convivió con él, y como dijimos, no se avizora resentimiento alguno por el padre de V.R.V. o la menor víctima en contra del acusado que permita colegir un ánimo vindicativo de su parte que haya determinado una inexistente atribución del delito.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43880 del 6 de mayo de 2015, hizo referencia a algunas de las pautas que pueden observarse en orden a obtener convicción acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del

autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana, a partir de lo narrado por la víctima, pues en estos casos, por lo general se evidencia escasez probatoria, a saber:

“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” (CSJ. SP, abr. 11 de 2007, rad. 26128).

En conclusión, contrario a lo que sostiene el recurrente, para la Colegiatura la prueba de cargo que trajo la Fiscalía a juicio es suficiente tanto en calidad como en cantidad para comprobar, más allá de cualquier duda, que **GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE** realizó actos sexuales con la menor V.R.V., motivo por el cual habrá de confirmarse la sentencia condenatoria emitida en primera instancia, la cual, fue acertadamente valorada por el A quo, en tanto se demostró, más allá de cualquier duda, la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado en su comisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno, por el Juez Primero

Penal del Circuito de Bello, Antioquia, mediante la cual condenó a **GABRIEL JAIME JARAMILLO AGUIRRE**, como autor material del delito de acto sexual con menor de catorce años agravado.

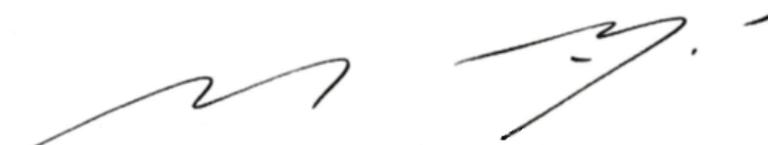
SEGUNDO: Esta sentencia de segunda instancia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación que deberá interponerse en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes.

La lectura del fallo, conforme lo permite el artículo 164 de la Ley 906 de 2004, fue delegada en forma expresa por la Sala al Magistrado Ponente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado


JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado


MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado