



SALA PENAL

Medellín, miércoles dieciocho (18) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 70

Sentencia de segunda instancia Nro. 18

Radicado No. 05-001-60-00207-2017-00515

Delito: Acto sexual con menor de 14 años

Acusado: Marco Aurelio Martínez Londoño

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 27 de mayo de 2022. Hora: 08:00 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de MARCO AURELIO MARTÍNEZ LONDOÑO, contra el fallo proferido el 22 de febrero de 2022 por el Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín dentro del juicio adelantado en contra del prenombrado acusado por el delito de acto sexual con menor de 14 años.

EPÍTOME FÁCTICO

Los enunciados fácticos en este caso fueron dados a conocer por medio de denuncia instaurada por la señora SANDRA MILENA MEJÍA PÉREZ, quien informó que a finales del mes de abril de 2017 y en horas de la tarde, su hija de siete años E.S.V.M.¹ resultó agredida sexualmente por un vecino identificado como MARCO AURELIO MARTÍNEZ LONDOÑO, cuando la menor ingresó al establecimiento comercial de razón social “Granero Las Letras”, un granero ubicado en el barrio Llanaditas de la ciudad de Medellín de

¹ En procura de la protección de la intimidad del menor de edad víctima en el caso de autos solo se utilizarán las iniciales de sus nombres y apellidos; lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de Infancia y Adolescencia.

propiedad del acusado, con la intención de comprar un detergente por petición de su madrina, aprovechando el adulto para tomar a la menor con sus manos y por la cintura, tocándole la vagina por encima de la ropa y propinarle un beso mientras introducía su lengua en la cavidad bucal, manifestándole finalmente a la niña que guardara silencio para que la cónyuge del agresor no los escuchara y que no dijera nada.

No obstante, una hermana de la pequeña la observó llorando y esta finalmente le confió lo sucedido a su progenitora, quien junto al hijo de la madrina de la pequeña de nombre JUAN CAMILO CARDONA y esta se trasladaron hasta la tienda en donde la víctima confrontó a su propietario, no obstante, el tendero negó lo ocurrido.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 5 de septiembre de 2019 ante la Juez Diecisiete Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías se legalizó la captura de MARCO AURELIO MARTÍNEZ LONDOÑO, a quien la Fiscalía le imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años previsto en el art. 209 del C. Penal, en calidad de autor, sin allanamiento a los cargos ni solicitud de medida de aseguramiento en su contra.

2. A su turno el ente persecutor presentó escrito de acusación con fecha del 25 de septiembre de 2019, sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, reiterando los cargos en la respectiva audiencia celebrada el 9 de octubre de 2019 ante la funcionaria que para la época ocupaba el cargo como Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, a quien le correspondió por reparto conocer el proceso en etapa de juzgamiento, presidiendo la audiencia preparatoria y algunas sesiones del juicio oral y público, anunció una nueva funcionaria sentido de fallo condenatorio cuya lectura se llevó a cabo el 22 de febrero de 2022.

3. Por su parte la defensa del acusado apeló dentro del término legal y en debida forma la decisión condenatoria en punto de la responsabilidad de su asistido en los hechos que nos convocan.

4. Finalmente el conocimiento de la alzada fue asignado mediante reparto aleatorio a esta Sala de Decisión Penal.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Indica la funcionaria que le reconoce plena credibilidad a la versión de la víctima sobre la existencia de los tocamientos libidinosos y el beso mientras su agresor introducía la lengua en la boca de la menor, quien sin dubitaciones ni contradicciones se refirió al eje central de los hechos, evidenciando un relato espontáneo, circunstanciado y detallado, con una expresión natural y sin evidencias de mendacidad o falta de consistencia en los diferentes momentos y escenarios en los que hizo alusión a los hechos, y sin que se haya demostrado que exista algún móvil para incriminar falsamente al acusado, con quien quedó aquilatado que por el contrario la pequeña sostenía una relación cordial, visitaba frecuentemente el local del justiciable, saludaba y era formal, inclusive el adulto le decía que cogiera lo que quisiera y no le cobraba.

Por otra parte, refiere la falladora que de existir imprecisiones en relación con la fecha y la hora de los hechos, esto resulta apenas lógico en virtud a la edad que la víctima tenía para la época del evento aquí ventilado, concluyendo que el relato ofrecido por esta cuenta con coherencia interna y resulta corroborado con pruebas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar ofrecidas por las partes, de manera que no existe duda que el procesado tiene una tienda en la que trabajaba junto a su cónyuge y su hijo, que por mandato de su madrina la víctima constantemente iba a comprar allí, y que tanto los testigos ofrecidos por la Fiscalía como por la defensa ubican a la menor en dicha tienda el día de los hechos, por lo tanto, subsisten indicios de presencia y de lugar en disfavor del aquí sub iudice.

Aunado a lo anterior, sostiene la a quo que en su criterio el testimonio de la menor cuenta con prueba de corroboración periférica, coincidiendo su testimonio con lo dado a conocer por su madrina, su progenitora, el hijo de la madrina, así como por la psicóloga que la atendió, destacando que si bien la niña no le contó a su madrina, al hijo de esta o a los uniformados sobre los tocamientos, esto no prueba que no hayan ocurrido, pues desde el primer día le confió a su madre que el adulto la besó y la tocó, mientras que la psicóloga

refiere que la paciente le confió que el agresor le introdujo la lengua en la boca y sobre los tocamientos, siendo en todo caso entendible que a la víctima le generara vergüenza y pudor el contarle a ciertas personas todo lo sucedido aquel día.

Se probó igualmente que la víctima salió de la tienda sin llorar y que contrario a lo que acostumbra se abstuvo de ingresar a la casa de su madrina, fue directamente a su casa en donde su progenitora la vio alterada y logró que le contara lo que había ocurrido. Así mismo, que con posterioridad al shock tomara fuerzas para confrontar al agresor en el local comercial, colocando de presente la a quo que la forma de reaccionar de cada menor de edad ante un acto abusivo es diferente, siendo evidente que en el sub examine la agraviada tuvo que llegar a su casa para asimilar lo que le había pasado, salir del asombro que puede generar un hecho tan intempestivo y dejar fluir sus emociones, sintiéndose apoyada y que los adultos le creyeron.

Por otra parte, tampoco se habría demostrado que el proceso se derive de una retaliación del hijo de la madrina de la víctima en razón a que el acusado no le quiso fiar, significando la funcionaria que un hecho tan aislado e insignificante ni siquiera permite vislumbrar un motivo para querer perjudicar al enjuiciado.

Mientras que frente a la forma del local, al margen de que allí se prestara autoservicio y existiera límite para el ingreso de los clientes, hubiese o no visibilidad desde el mostrador, lo cierto es que la menor narró que el adulto la hizo seguir a la parte trasera para que tomara el detergente, creando así un escenario oculto a la visibilidad de quienes llegan al sitio, erigiéndose dicha circunstancia a su vez en indicio de lugar, de manera que la discusión sobre la visibilidad desde la entrada del local pierde relevancia, a lo que se suma que los tocamientos por encima de la ropa pueden ocurrir en cuestión de segundos, en forma sigilosa, y por ende pasar inadvertidos para las personas que estuvieran alrededor de la tienda.

En cuanto a los testimonios ofrecidos por la defensa del procesado, ninguno observó directamente lo ocurrido, e incluso se le resta credibilidad al hijo del procesado, quien en juicio admitió que le prestó su tarjeta de identidad a un compañero para engañar a las directivas del colegio y reclamar cierto auxilio,

y en todo caso este termina corroborando lo dicho por la propia víctima al señalar que se encontraba en la tienda ocupado en otra actividad, siendo en consecuencia su padre el que atendió finalmente a la menor, mientras que los criterios que hayan tenido los policías para no capturar al acusado no pueden ser tenidos a modo de tarifa legal para demostrar que el hecho investigado no ocurrió.

Estas en síntesis las razones esgrimidas por la primera instancia para condenar al acusado como autor doloso del delito de acto sexual con menor de 14 años, a una pena de prisión de 108 meses y sin derecho a subrogados penales ni beneficios, ordenando la primera instancia librar orden de captura en su contra una vez el fallo cobre ejecutoria.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Señala el censor que cuando se escuchan los testimonios y se lee la sentencia apelada se puede concluir que la providencia se refiere a otro caso. Como ejemplo trae a colación que mientras el testigo SIGIFREDO SÁNCHEZ SALAZAR manifiesta que se encontraba afuera de la tienda y desde allí veía todo lo que estaba sucediendo en el interior del establecimiento en el que siempre estuvo el enjuiciado y el hijo de esta persona, mientras que el Despacho concluye que no vio nada, insistiendo el apelante en que tanto el individuo que se encuentre fuera del recinto como en su interior cuentan con ángulo de visión de lo que ocurre en este, idea que resulta corroborada por la menor cuando sostiene que desde el sitio de los hechos veía lo que ocurría afuera del local, y que resulta imposible que en un espacio de pocos metros cuadrados con varias personas en su interior y otra por fuera de la tienda suceda algo inusual y nadie vea lo que ocurre en este espacio.

En cuanto al hijo del procesado, sostiene que si bien no se puede defender la forma en que el joven procedió en cierta ocasión en el colegio, tampoco se tuvo en cuenta que actuó por solidaridad con un compañero, a lo que se suma que las conclusiones frente a su testimonio son absurdas y se obtuvieron al margen de lo dicho en otros acápite por la propia víctima, valorándose su dicho de forma aislada, fuera de contexto, y sin tener en cuenta que el área de la tienda en donde se dice que ocurrieron los hechos es pequeña, a lo sumo

cuenta con cuatro metros cuadrados, y que si bien la estancia tiene una parte trasera, la cónyuge del procesado dijo que se encontraba en dicha zona, es decir, atrás del “negocio” donde el grupo tiene su vivienda.

Asimismo, que la menor ofreció cuatro versiones sobre el sitio en el que se encontraba el hijo del procesado el día de los hechos. Una primera versión según la cual estaba en la tienda y el acusado lo envió a buscar algo; en una segunda sostiene que este se encontraba en la tienda que queda al lado de la del inculcado; una tercera en la que indicó que simplemente se encontraba en el local; y finalmente aquella conforme a la cual ya no estaba allí, sino en el negocio adyacente, pese a lo cual el despacho estima que la menor ofrece un testimonio sólido y creíble.

En esta dirección, considera igualmente el letrado que el Despacho yerra al concluir que existe un solo testigo directo de los hechos ya que se demostró que había dos personas más en el sitio, aunado a que durante las primeras etapas del proceso la postulada víctima tan solo refirió que el acusado le había dado un beso, y tan solo fue hasta la entrevista realizada por la Fiscalía que agregó lo que tiene que ver con los supuestos tocamientos por encima de la ropa, lo que demuestra la contradicción en la que incurre el testigo JUAN CAMILO CARDONA TAVERA al respecto, pues dijo que escuchó de la pequeña que el tendero le había metido la lengua.

Igualmente sostiene que si este aspecto se hubiera ventilado cuando los policías llegaron al sitio habrían procedido con la captura del acusado y adicionalmente habrían asentado lo que compete en el libro de población, pues así lo indican las reglas de la experiencia, erigiéndose así dicha circunstancia en un indicio de que los hechos no ocurrieron, asumiendo equivocadamente el fallador que la pequeña le manifestó a su madre desde el primer día que el adulto la había tocado, pues sobre dicho tópico estima que la referida testigo miente reiteradamente al igual que la madrina de la supuesta agraviada.

Por otra parte, sostiene que estas testigos entran igualmente en contradicción en cuanto al tiempo que la menor se demoró en regresar a la casa, pues mientras la primera sostiene que no tardó, la última asegura que se demoró más de lo usual en regresar a la vivienda.

Pasando a otro aspecto, se pregunta el inconforme cómo puede una menor presuntamente abusada increpar a su agresor a los pocos minutos de los hechos, para luego caer en un estado de afectación por meses e incluso años, tal como lo sostienen la niña y su madre, y que llevó a una presunta merma en el rendimiento escolar luego de recibir atención psicológica, estimando en definitiva que no se demostró que haya sufrido daño psicológico.

Mientras que la pequeña afirma con toda certeza que los hechos ocurrieron el 17 de febrero, la madre señala el 29 de abril como la calenda en cuestión, a lo que se suma que la niña ofrece varias descripciones de la tienda, siendo este otro aspecto que le resta credibilidad a sus dichos, confundiendo en todo caso los espacios físicos en donde presuntamente ocurrieron los hechos investigados, sin que se entienda además cómo pudo volver a comprar con naturalidad a la tienda luego de unos hechos tan traumáticos.

En conclusión, para el impugnante en el concreto caso ventilado en juicio la prueba testimonial presenta fracturas esenciales, particularmente el testimonio ofrecido por la presunta víctima. De manera que en su criterio el presente proceso no puede culminar con una sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En esta oportunidad debe señalar la Sala que en razón a que la sentencia apelada fue emitida por el Juez Doce Penal del Circuito de Medellín, el cual se encuentra adscrito al Distrito Judicial de Medellín, de conformidad con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, le asiste competencia a este cuerpo colegiado para conocer el asunto sometido a estudio, así como los que surjan inescindibles al tema objeto de impugnación, habida cuenta que estamos en un sistema con características de justicia rogada.

Huelga significar, de un lado, que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, art. 31 Superior y 20 de ley 906/04, respectivamente, no se puede agravar la situación del acusado por cuanto su defensa actúa como único apelante. De otro, que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo,

sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

En orden metodológico, con miras a resolver los problemas jurídicos que se le plantean a la Sala en esta oportunidad, y según se desprende de los motivos del disenso, es preciso que este cuerpo colegiado se ocupe en verificar si la prueba debatida en juicio demuestra más allá de toda duda, esto es, en grado de certeza, que el acusado desarrolló conductas constitutivas del delito de acto sexual con menor de 14 años, tal como lo concluyera el juez de primera instancia acogiendo así la petición final de condena elevada por la Fiscalía, o, si tal como lo sostiene la defensa del procesado los testimonios escuchados en juicio no ofrecen el conocimiento y convencimiento que exige el racero legal para emitir fallo de condena.

En conclusión, este cuerpo colegiado debe pronunciarse de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad de la decisión criticada por el impugnante, aplicándose en el ponderado análisis del recaudo probatorio debatido en la vista pública, consignando los motivos para adoptar una u otra salida jurídica, cumpliendo así con la carga que impone el numeral 4° del art. 162 de la ley 906/04 que señala que las sentencias deben contener las razones de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas y practicadas en el juicio oral.

*Como acostumbra entonces la Sala al analizar este tipo de procesos de connotación sexual que involucran a menores de edad, consideramos oportuno ocuparnos a continuación en realizar unas breves consideraciones sobre la conducta acriminada bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años que se describe en el art. 209 del C. Penal, mediante la cual el legislador pretende proteger a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de naturaleza sexual, de forma que se presume que quien no ha superado los 14 años no tiene la capacidad de auto-determinarse, de disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales, estructurándose así una **-presunción iuris et de iure-** al respecto.*

Siendo igualmente pertinente significar que tal falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, tal como se desprende del contenido del artículo 209 del Código Penal. Modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008 que a su letra reza.

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de 14 años. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

Según la doctrina el mencionado canon 209 de la obra sustantiva tutela el bien jurídico: “... de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales”.²

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

Como puede verse, la minoría de edad –para el caso menos de 14 años- se erige en un elemento normativo y definitorio del referido modelo comportamental, en otras palabras, se exige una connotación especial en el sujeto pasivo de la criminalidad, siendo el niño, niña o adolescente el titular de los plurales bienes jurídicos que se pretenden proteger, a saber, la integridad y formación sexual, consagrados expresamente en el Título IV de la Parte Especial del C. Penal.

De ahí que exista consenso en cuanto a que cualquier interferencia en el normal desarrollo psicológico, físico, y sexual por medio de maniobras libidinosas o acciones constitutivas de actos sexuales, afectan directamente y

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

menoscaba los referidos bienes jurídicos, pues como se dijo, al igual que la persona que padece trastorno mental o el individuo que se encuentra en estado de inconciencia o indefensión, el menor de 14 años no puede ejercer libremente una libertad que no tiene, destacando la Sala en este punto que es irrefutable que para la fecha en que el menor habría soportado las vejaciones sexuales a manos del aquí sub iudice, al igual que para la época en que fue objeto de valoración sexológica por parte de los profesionales de la salud, no superaba el mencionado rango de edad o desarrollo etario.

En términos generales la Corte sigue la línea según la cual: "... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad"³.

En fin, huelga señalar que para la configuración de esta clase de delitos contra niños y niñas que no superen los catorce años no se exige que el sujeto pasivo de la criminalidad despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido, actos materiales de defensa frente a la agresión sexual; tampoco resulta decisivo para la estructuración de la conducta típica si ofrece o no su consentimiento, pues como se dijo en apartados anteriores, el menor no puede hacer uso de una libertad que no posee, y que para el caso se contrae a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales.

Ahora, sobre el bien jurídico protegido, con criterio de autoridad el órgano de cierre en materia penal tiene decantado que: "... es la libertad, integridad y formación sexual, reprimiéndose las conductas que violentan el ámbito de la autodeterminación en la vida sexual de las personas que cuentan con la libertad de sostener o de realizar una relación sexual, o quienes no cuentan con la edad suficiente para comprender aquel acto de contenido sexual, protegiendo así a unos y a otros de toda forma de agresión sexual no consentida o que atentan contra la formación de la víctima. Así es el bien jurídico tutelado de la libertad y dignidad sexual de la persona, tanto de la mujer como del varón, entendiéndose que esa aplicación se ajusta a un Estado Social de Derecho al que es consustancial de todos la igualdad ante la ley y también para reflejar debidamente la realidad de que la mujer no es un mero sujeto pasivo en el orden sexual, sino

³ CSJ, SP. sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000.

que posee idéntica capacidad de iniciativa que el hombre”⁴.

Siguiendo esta línea de pensamiento, estima la Sala que no reviste mayor complejidad entonces entender que el modelo comportamental bajo escrutinio contempla dos elementos estructurales. A saber: que el sujeto pasivo sea menor de catorce años y que se materialicen acciones vejatorias constitutivas de actos sexuales diversos al acceso carnal.

Cabe relieves igualmente que tomando como punto de comparación el acceso carnal, la doctrina define los actos sexuales como “... aquellos que buscan la satisfacción de las necesidades sexuales, o liberación de la libido (energía sexual), sin penetración o introducción del miembro viril”⁵.

En la misma dirección, pero de forma más amplia: “Pese a que la ley penal los define en negativo, (lo que no constituye acceso carnal), el “acto sexual” sería toda manifestación exteriorizada por un agente, consistente en el despliegue de conductas que tengan la idoneidad de activar la libido, tanto en quien las realiza como en quien las recibe. Dichas conductas pueden ser “tocamientos” a zonas pudendas o de intimidad sexual; a zonas erógenas (distintas a la sexual pero que tienen la opción de operarla) y “acciones” de tal naturaleza y manifestación de las cuales se pueda deducir contenido libidinoso.”⁶

Mientras que en decisión del 12 de agosto del 2020, rad. SP2894-2020, 52.024, M. P. Patricia Salazar Cuéllar, reiterando la línea de vieja data consolidada sobre el asunto, se ocupó el alto tribunal en definir aquello que se entiende por acto sexual como sigue:

“Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, es sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarle intervienen en tal

⁴ CSJ, SP. AP204-2015, Radicación 43648 (Aprobado acta número 11) del 21 de enero de 2015, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

⁵ ARBOLEDA VALLEJO, Mario, RUÍZ SALAZAR, José Armando, Manual de Derecho Penal Especial, Décimo Tercera edición, UniAcademia Leyer, Bogotá-Colombia, 2016, pág. 286.

⁶ BERMEJO TORRES, Genaro, CASTRO CASTRO, Kenny Johan, CASTRO, Marín, Delitos Sexuales y sus particularidades, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín-Colombia, 2018, pág. 18, 19.

tipo de interacción humana, tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él.

Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad.

(...)

*En resumen, los **actos sexuales** con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que según las “pautas culturales de la comunidad” no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C. P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.”*

En consecuencia de lo visto, ocupa distinguir igualmente dichos actos de aquellos que el agente desarrolla con la finalidad de injuriar al sujeto pasivo, ridiculizarlo u ofender su decoro descubriendo las partes pudendas de este o tocándolas “sin que lo impulse ningún deseo carnal”; pues en dichos eventos y siguiendo las reflexiones de la literatura especializada, aunque materialmente hablando dicha conducta encuadre en el modelo comportamental descrito en el art. 206 del C. Penal, psíquicamente no tiene el alcance lujurioso que dicho dispositivo normativo exige.

Por su parte el verbo rector de la conducta que se incrimina en el canon 209 del Estatuto Represor consiste en realizar un acto sexual, siendo un hecho inconcuso que en este tipo de casos “... no existe de parte del sujeto pasivo la posibilidad de ejercer ese derecho constitucional, con ocasión de la actuación del sujeto activo”⁷.

Precisamente, en relación con la libertad sexual, la referida fuente académica a su vez realiza la siguiente precisión: “...esta ha sido entendida, en términos

⁷ TORRES TÓPAGA, William, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 471.*

sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realiza o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita. En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse.”⁸.

Cabe recalcar así mismo que como se dijo líneas arriba, la acción que despliegue el sujeto activo debe tener aptitud, ser: “apropiado para estimular la lascivia del autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos.”⁹ Es decir, el acto sexual debe revestir idoneidad en el sentido visto. En síntesis, podemos concluir con la doctrina especializada que la conducta que incrimina el art. 209 del C. Penal consiste en cualquiera de las siguientes acciones con significado sexual:

“a) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, cumplidos por el agente sobre el cuerpo de la víctima, en forma de contacto corpóreo entre aquél y ésta.

b) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal que el sujeto pasivo realiza en el cuerpo del agente, inducido por éste.

c) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero, para delectación lujuriosa del victimario. En este supuesto el tercero puede tener la calidad de copartícipe en el delito, o también de víctima, si por los mismos medios de la violación fue objeto de ese trato libidinoso.

d) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que la víctima cumple en su propio cuerpo, para delectación erótica del agente.

e) Debemos anotar, por último, que es diferente para la existencia del delito, que la víctima obtenga una satisfacción sexual, porque lo que se sanciona por el legislador penal es la conducta del sujeto agente.”¹⁰

En conclusión, formulándolo en términos negativos, tal como lo hace el legislador penal, podemos afirmar que: “... el acto sexual se limitará a cualquier actividad diferente del acceso carnal en los nuevos términos, tales como tocamientos libidinosos o el denominado coito interfemora, por ejemplo, subrayándose que lo

⁸ Ibid. pág. 470-471.

⁹ Ibid.

¹⁰ ESCOBAR LÓPEZ, Edgar, Los Delitos Sexuales, Ed. Leyer, Bogotá-Colombia, 2013, pág. 260.

que sanciona son comportamientos que atenten contra la libertad sexual; de manera que el comportamiento debe tener ese tipo de connotación, ya que si simplemente es un acto que objetivamente hace contacto con órganos sexuales o de connotación sexual, no se realiza el delito”¹¹.

La lectura de los apartados precedentes nos permite sostener a su vez que no todo acto sexual objetivamente determinado encuadra por este solo hecho en el modelo típico recogido bajo el nomen iuris de acto sexual violento. Para que exista dicha correspondencia se requiere un dolo específico en el agente, que su voluntad se dirija inequívocamente a la liberación de la libido (termino latino utilizado de manera general en medicina y psicoanálisis para denominar el deseo sexual), a satisfacer sus necesidades o apetencias sexuales mediante actos de connotación sexual diferentes a la cópula.

En otras palabras, no debe subsistir duda sobre el propósito lúbrico que mueve al sujeto activo de la criminalidad descrita en el art. 209 del C. Penal, que no puede ser otro que la satisfacción de un deceso lascivo, lujurioso, en los términos vistos en apartados anteriores, pero, además, que el acto sea idóneo, conforme a las pautas vistas en cuartillas anteriores. Según las precisiones hechas, el comportamiento doloso del sujeto activo demanda demostrar conocimiento y voluntad de querer invadir ese ámbito personalísimo de la libertad sexual de la víctima.

Conclusión de este apartado, queda claro que en la descripción del artículo 209 del C. Penal pueden identificarse las siguientes características:

“i) que se trata de un delito de mera conducta porque no requiere que el menor realice alguna actividad lúbrica, ii) contempla sujeto activo indeterminado, iii) recae en un sujeto pasivo cualificado, menor de catorce años y iv) refiere verbos rectores alternativos, bien sea la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal con el menor, en su presencia, o que se le induzca a prácticas sexuales.” (CSJ, SP. Auto del 28 de febrero del 2018, rad. AP805-2018, 49.230, M. P. José Luís Barceló Camacho).

Hechas las anteriores precisiones teóricas y previo a entrar a resolver de fondo el episodio fáctico aquí ventilado, cabe precisar que en juicio se practicaron

¹¹ TORRES TÓPAGA, William, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 477.

una serie de pruebas, en esencia documentales y testimoniales, aportadas por las partes, por lo que conforme al panorama o marco fáctico y jurídico perfilado es menester que la Sala se aplique a continuación en el análisis dicho caudal probatorio, esencialmente de naturaleza testimonial, no sin antes poner de presente que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 de la Ley 906/04, la partes decidieron dejar por fuera de cualquier debate probatorio lo que hace a la plena identificación del acusado y que este carece de antecedentes penales, quien responde civilmente al nombre de MARCO AURELIO MARTÍNEZ LONDOÑO, así como lo que tiene que ver con la minoría de edad de la postulada víctima para la fecha de los hechos que nos concitan, quien nació el 29 de marzo de 2009.

Decantado lo anterior, resulta del todo pertinente significar que, de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción racional luego del análisis individual de los elementos de convicción, y finalmente tras uno aunado del recaudo probatorio practicado en juicio con sujeción a los principios de inmediación, publicidad, contradicción, además de garantizar la debida controversia y posibilidad de confrontación en cuyo estudio se deben tener en cuenta las máximas de la experiencia, los criterios la lógica formal, la equidad, las reglas de la ciencia, la técnica y artes afines y auxiliares, todo dentro del marco de la dialéctica que impone al fallador la carga de exponer con suficiencia los motivos de su decisión.

Es claro entonces que el juez debe formar su convicción a partir de un análisis individual, pero también de forma holística del acervo probatorio que le permita una aproximación racional a la verdad histórica a la que se puede aspirar dentro del proceso penal.

Ahora bien, a voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dicho material de conocimiento debe generar en el director del juicio el “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”, sin que la sentencia de condena pueda fundarse únicamente en prueba de referencia, consagrando de esta manera una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría generar un falso juicio de convicción tal como lo tiene aquilatado la jurisprudencia. De ahí que resulte imperativo superar el mencionado estándar legal para dictar un fallo en contra de los intereses de

quien resiste el poder punitivo estatal y las duras consecuencias que reviste la sanción penal.

Por manera que, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del enjuiciado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutoria, en aplicación del principio in dubio pro reo y en respeto del principio de inocencia, art. 7º del Estatuto Procedimental Penal y 29 de la Carta. De lo contrario, al tener la convicción de la realización del delito y la responsabilidad en cabeza del acusado, con fundamento en lo demostrado por la ristra probatoria con la plenitud de garantías para las partes e intervinientes, se impone la condigna condena del ciudadano que como se dijo resiste la consecuencia represiva que deviene al delito. No está por demás señalar que la duda probatoria a la que se alude no es de cualquier categoría, es aquella con entidad suficiente para enervar el fallo de condena.

En este punto del análisis, resulta del todo oportuno señalar que esta Sala de Decisión participa de la doctrina, por demás contraria a ciertos: “medios tarifados en los que se desecha el poder suasorio del declarante único”¹², según la cual este puede ser suficiente para producir la convicción requerida para condenar, como quiera que: “... el sistema de enjuiciamiento criminal vigente no demanda una tarifa probatoria soportada en la pluralidad de testimonios directos; de manera que, la sentencia condenatoria, bien puede soportarse en la declaración de un solo testigo, siempre que lleve al convencimiento judicial, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del implicado en la misma”¹³.

En la dirección que se viene discutiendo, igualmente surge oportuno relieves que de ordinario las víctimas de delitos sexuales tan solo pueden suministrar sus palabras como fuente de conocimiento personal para demostrar la agresión de que han sido objeto.

De manera que para que dicho testimonio sea soporte suficiente y permita emitir fallo de condena no puede dejar de ofrecer credibilidad, acorde a las

¹² CSJ, SP. Auto del 27 de agosto del 2019, Rad. AP3647-2019, 53.939, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

¹³ Ibid.

condiciones y particularidades que rodean el caso, teniendo presente además que: “... la veracidad no dependerá de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia del relato con datos objetivos comprobables, todo dentro de un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común.”¹⁴

A su vez la doctrina y la jurisprudencia tienen acuñadas ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza (ahora convencimiento racional más allá de toda duda), art. 7° y 381 de la ley 906/04, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad en este tipo de delitos contra la libertad e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes a partir de la declaración que rinde la propia persona agredida.

Las mencionadas reglas o criterios se contraen a lo siguiente:

“a) Que no exista incredibilidad 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”¹⁵.

Como acostumbra la Sala dada las características de este tipo de casos, y en virtud a que la decisión de primera instancia se fundamenta esencialmente en lo noticiado precisamente por la postulada víctima, y a que el ataque del censor se dirige en primer lugar sobre dicho extremo de la prueba debatida en juicio, surge imperativo la necesidad de aterrizar las pautas vistas en precedencia con miras a develar si lo dicho por el menor se muestra coherente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso, y además resulta corroborado y obtiene confirmación en otros datos objetivos y medios de

¹⁴ CSJ, SP. AP del 15 de septiembre de 2008. Rad. 24.780,

¹⁵ Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, sin develar incredibilidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad, y, en general, ánimo, o intención de perjudicar al acusado con una falsa incriminación por algún motivo que haya salido a la luz durante el debate probatorio, o que sencillamente se pueda inferir de las pruebas practicadas en el juicio.

Partiendo entonces de uno de los aspectos sobre los que no se generaron controversia jurídica, esto es, que para la fecha de los presuntos hechos investigados la víctima no había superado el rango etario de los siete años, y para lo que interesa al objeto de debate, la menor **E.S.V.M.** dio a conocer que vive con sus dos hermanas, dos tíos y con su abuela en el barrio Colinas de Enciso de la ciudad de Medellín, anteriormente residía en el barrio Andalucía, actualmente cursa el grado sexto.

Centrada en la calenda de los hechos, refiere que estos ocurrieron el 17 de febrero de 2017, justo cuando su madrina BETY TABERA la envió a comprar un detergente a la tienda y le dijo que si quería se comprara algo para ella.

Estando ya en la tienda del acusado, continúa relatando la testigo, le pidió a este que le vendiera, “un detergente y un jugo, y él me dijo vaya a la parte de atrás y lo coges... después él me cogió de la cintura y me volteo... él me dio un beso en la boca, pero antes de eso me tocó la parte íntima... la vagina, después me besó y me metió la lengua en la boca... él se encontraba con el hijo”, explicando que el adulto mandó al joven de nombre Jerónimo a buscar algo, describiendo que igualmente el adulto le puso la mano en la vagina por fuera de la ropa y que, “después de que me besara él me dijo no le vaya a decir a nadie... yo me hacía la que no escuchaba, después me fui corriendo para mi casa, le entregué el detergente a mi madrina y me fui ya para la casa”, significando que su agresor la besó por dentro de los labios.

Puntualmente, aclara la niña que el hijo del procesado se encontraba en la parte de adelante, “... al lado de la tienda está un negocio de la mujer de él... y él estaba allá atendiendo, me parece que a una muchacha... después que él me terminó de besar yo le dije que él era malo y me decía silencio para que Claudia no escuche”, explicando que justo cuando ella se dirigió a tomar la bebida del refrigerador el joven se fue para la tienda de la mamá a atender a

otra mujer, agregando que nadie observó lo que el inculpatado le hizo “justo en la parte del refrigerador” ubicado en la mitad de la tienda que en su criterio es grande. Desde este lugar hasta el sitio en que se encontraba su agresor hasta donde la mujer a la que viene haciendo alusión habría un metro de distancia. Además de Jerónimo y esta joven no había nadie más.

Continúa señalando la deponente que su casa quedaba cerca de la tienda, ocupándose a continuación de describir las partes en las que se encontraba dividido el lugar, “pues era grande, en la primera parte estaban las cosas para comprar, en la segunda estaba el baño, la cocina y lo demás”, por fuera se ve una ventana, tiene dos puertas, una de las cuales conduce a la parte superior del inmueble, iterando que, “la tienda tiene tres partes, en la parte de atrás está la cocina, el baño y otras cosas ahí que no sé cuáles son, la de la mitad fue donde ocurrieron los hechos, y la última es donde atienden la gente”.

De otra parte asegura que no recuerda que el local tenga una reja, pero sí que cuando se iba a ir llegó una persona y la puerta de la tienda continuó abierta, y que “siempre que iba a la tienda él me decía, vea coja lo que quiera que yo no se lo cobro, a mí me mandaban a la tienda desde los seis y yo no me daba cuenta de nada”, añadiendo que los tocamientos habrían ocurrido una sola vez, aproximadamente a eso de la una y cuarenta y cinco de la tarde, y que tenía siete años, y que en aquellos momentos la cuidaba, “el marido de mi mamá, él trabajaba y mi mamá nos cuidaba”, siendo su progenitora a la primera persona que le contó justo cuando regresó de la tienda, “que Don Marcos me había tocado y me había besado la boca, ella se sentía sorprendida...”, su mamá le dijo que entonces le iba a reclamar a esta persona.

Posterior a esto su madre se encontró con un amigo a quien le contó lo sucedido y las acompañó a reclamarle al acusado por lo ocurrido y llamó a la policía, esta persona se llama JUAN CAMILO CARDONA, añadiendo que volvió a ver al procesado el cual “se desapareció por una semana”, después la continuaron enviando a la tienda y lo veía en este sitio y afirma que “siempre se me quedaba mirando” y que cerca de la tienda del acusado hay otros tres comercios similares, pero esta es la que le queda más cerca, señalando que el adulto nunca la llegó a amenazar.

Del todo pertinente igualmente relieves que la testigo señaló que los hechos la afectaron mucho ya que “no me concentraba por andar pensando en eso”, perdió dos materias, no obstante ganó el año escolar, y añade que recibió atención psicológica con ocasión de lo que le sucedió, “yo estaba en jugar para sanar... fui muchas veces... ya terminó todo... pero eso todavía me afecta mucho”, recalca que quería un jugo de caja y por eso el adulto le dijo vaya a la parte de atrás, de ahí que afirma que los hechos ocurrieron junto al refrigerador, ya que en este están las bebidas frías, añadiendo que desde allí “se veía un poquito” hacia la calle.

Adveró de la misma manera que durante el año 2020 asistió una vez a la tienda del acusado a comprar un ajo, pues en otra tienda no había, mientras que en el 2019 fue dos veces, más la atendió la “mujer” del acusado, siendo esta la única persona que le ha tocado sus partes íntimas, mientras que con su progenitora ha hablado de estas zonas y a quien le contó que el acusado la besó y “también le dije que me había tocado la parte íntima”, más le terminó confiando esto a su progenitora pues su hermana menor la vio llorando y le contó a su mamá.

En el estudio, asevera la menor, ha mejorado y ha recuperado sus notas, recordando que le fue mal en el transcurso de los periodos académicos correspondientes a los cursos tercero, cuarto y quinto, añadiendo que cuando ocurrieron los hechos ella se encontraba de pie, mientras que su agresor estaba arrodillado, desconoce el motivo para que este asumiera dicha postura, y que su madre le dijo que dijera la verdad en juicio, además que luego de los hechos continuó yendo a la tienda del inculcado, “... yo sabía que si no llegaba con lo que me habían mandado me iban a decir que había hecho el mandado de mala gana... entonces me tocaba ir allá para que no me regañaran”, siendo atendida por Jerónimo y Claudia, agregando que la última semana ya no se ha atrevido a ir a la tienda, ya que de todas maneras estudia en la mañana y en las tardes es para hacer las tareas y tampoco la pueden entonces enviar a hacer mandados.

Resumida de esta forma lo dicho por la menor en su paso por el juicio y conforme a las características que rodearon los hechos que nos convocan, así como a la capacidad de comunicación de la testigo, su entorno e idiosincrasia,

y en términos generales a las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, percepción, memoria y evocación apreciables en esta, así como lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que percibió y su comportamiento durante el juicio, para la Sala el testimonio de la postulada víctima se advierte natural, consistente, coherente y espontáneo, ofreciendo una narrativa hilvanada y circunstanciada en sus aspectos medulares, además de persistente en lo que hace a su inicial señalamiento incriminatorio y el núcleo central de los hechos endilgados al acusado.

En el orden de ideas que viene desarrollando la Sala, cabe significar que también para este juez plural la menor de edad ofreció un relato en el que recrea con suficientes detalles las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, describiendo que su agresor la tomó de la cintura y le tocó por encima de la ropa una de sus zonas erógenas, luego de lo cual procedió a besarla introduciéndole su lengua en la boca.

Por lo tanto, no genera duda que dicha secuencia fáctica dada a conocer por la agraviada devela claramente un comportamiento con innegable contenido libidinoso que a todas luces se enmarca en las previsiones del tipo objetivo del art. 209 del Estatuto Represor, siendo clara además la testigo en cuanto a que desde el primer momento le confió a su progenitora que además del beso su agresor le tocó la vagina, sin que dicho aspecto suscite en esta Magistratura la duda que alega el censor y en consecuencia no pueda tenerse como desatinado que la juez de conocimiento asuma que desde el primer día la menor le suministró a su progenitora dicha información, a lo que se suma que tampoco se cuenta con prueba que demuestre que la madre de la niña o la madrina de esta mientan al respecto.

De esta manera, es preciso señalar que el comportamiento descrito por la víctima claramente descarta el roce involuntario, ocasional, desprevenido y sin intención dañina, pero, además, sale a relucir que el agente desarrolló un comportamiento consciente e inequívocamente dirigido a satisfacer su libido, y pese a que no existieron amenazas de por medio, en lo que la menor fue contundente al testificar en juicio, también señaló sin ambages que el adulto le dijo que guardara silencio y que no le dijera a nadie lo que había pasado.

Por otra parte, quedó perfectamente demostrado dentro de la actuación que la menor no niega la presencia del hijo de la víctima en la tienda el día de los hechos, simplemente lo que sucede es que el censor no repara en que dentro de la secuencia ventilada por la menor, esta alcanza a explicar que justo cuando se dirige a tomar la bebida del refrigerador el joven sale del local para atender en la tienda de su progenitora a otra persona, mientras quien la atiende a ella en el lugar de la agresión sexual es el aquí sub iudice.

De manera que concluir como lo hace el impugnante que la testigo ofrece cuatro versiones sobre el sitio en donde se encontraba el consanguíneo del inculpatado, simplemente responde a un análisis fraccionado y aislado de la cronología de eventos develados por la testigo en juicio, por demás insular y que obviamente favorece la tesis que defiende la defensa del acusado, pero, además, comienza a derrumbar la tesis de varias personas en el interior de la tienda para el momento exacto en que ocurrieron las vejaciones.

En términos generales en criterio de la Sala los reparos que recaen sobre este apartado de la prueba testimonial practicada en juicio carecen de vocación de prosperidad, mientras que la estimativa jurídica con que la primera instancia analiza lo dicho por el menor en juicio se observa atinada, ecuánime y ponderada.

Lo dicho se traduce en que también para este juez plural la menor ofreció suficientes y valiosos detalles para entender que el comportamiento del sujeto activo emerge como una inocultable y clara acción vejatoria de naturaleza sexual que se concretó en tocar en la vagina y besar a la víctima, siendo claro que era la primera vez que se presentaba tan reprochable conducta, y que contrario a lo que entiende y sostiene el impugnante dicho proceder tuvo consecuencias negativas en la vida de la agraviada, quien dio a conocer que presentó problemas a nivel académico, recibió tratamiento y apoyo psicológico, logrando superar finalmente las dificultades que surgieron tras los actos abusivos en su contra, sin que de suyo el tiempo de duración de las afectaciones de índole psicológica descarte la ocurrencia del delito, o que estas estuvieran presentes y tornaron difíciles ciertos aspectos de la vida diaria de la menor de edad.

Para terminar de responder los cuestionamientos que formula el censor frente a este apartado de la prueba, concuerda la Sala con la juez de primera instancia en que las respuestas emocionales de los menores víctimas de abuso sexual no siempre se ofrecen homogéneas y deben analizarse a la luz de las particularidades que rodean el caso y a los individuos involucrados en los hechos objeto de investigación, de tal manera que no puede pasar inadvertido tal como se analiza en el fallo confutado que si los adultos desde un primer momento escucharon y creyeron en lo que decía la víctima, no se ofrece exótico como parece entenderlo la defensa del acusado que al sentirse apoyada y pese al asombro y shock inicial, no tuviera reparos en confrontar a su agresor a los pocos minutos de ocurrido el ataque, aunado a que todo indica que fue precisamente la madre de la pequeña y un amigo de la casa los que asumieron la iniciativa y en consecuencia la habría alentado a proceder de esta forma.

En cuanto a que la víctima regresó a la tienda con posterioridad a los hechos aquí ventilados, responde la Sala que no puede pasar por alto el censor que la niña precisó que por los menos dos ocasiones en las que habría regresado al sitio la menor fue atendida por la cónyuge del acusado o su hijo, y descendiendo en otro aspecto criticado por la defensa del justiciable y que tiene que ver con la presunta visibilidad desde el interior de la tienda, concretamente desde el punto exacto en el que según la testigo ocurrió el evento bajo la lupa, repara esta Magistratura que la deponente afirma que desde el sitio en que se encontraba el refrigerador tan solo se alcanza a observar un poco hacia afuera, siendo esta una variable determinante a la hora de recrear las reales posibilidades que habrían tenido las personas que dicen que estuvieron afuera del local para observar el momento exacto de la agresión sexual.

Debe quedar claro además que con el análisis que se viene desarrollando no se pretende desconocer que la madre de la menor y esta refieren que el hecho investigado habría ocurrido en fechas diferentes, empero, considera la Sala que esta discrepancia no tiene la entidad suficiente para generar la duda que reclama la defensa del inculcado, y en últimas tampoco logra minar la credibilidad de la víctima, pues tal como lo tiene discernido la jurisprudencia especializada en razón de la minoría de edad de los sujetos pasivos de delitos

como el aquí analizado, el paso del tiempo, entre otros, pueden ser factores que incidan en un aspecto tan puntual, sin que genere mayor perplejidad que por parte de la defensa del enjuiciado simplemente se está tratando de magnificar contradicciones marginales, quedando claro en todo caso que no logran alterar la evidente correspondencia que existe entre los testimonios escrutados.

Por estar conectado con el tema que se viene analizando, la Sala trae a colación algunos apartados de la sentencia del 24 de julio del 2020, rad. SP1591-2020, 49.323, M. P. Luís Antonio Hernández, en el que se reflexiona sobre las exigencias en punto de la capacidad de rememoración y ubicación temporal de menores víctimas de delitos como el que ocupa la atención de la Sala:

“De otro lado y en lo que se refiere a las supuestas contradicciones o incoherencias en las que incurrió la víctima, basta con analizar el perfil de la testigo a la luz los criterios que establece el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal para entender que, por tratarse de una niña de 4 años de edad, es apenas obvio que sus procesos mentales percepción de los hechos, retención de la información, rememoración y ubicación espacio temporal están en desarrollo y, por lo tanto, no se le puede exigir un nivel complejo de percepción de la realidad y fijación exacta e inmodificable de los hechos que percibió. Al respecto se ha pronunciado la Sala, entre otras, en CSJ AP1640-2018:

«No obstante, ya la Corte ha tenido oportunidad de señalar que exigir de la menor, como lo demanda la libelista “precisión exacta sobre la fecha de ocurrencia de los actos (...), no solo resulta irrazonable atendiendo a la edad con que contaba para aquella época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas” (CSJ SP, 12 feb. 2012, rad. 37108).

(...)

A juicio de la Sala, ese único detalle no es suficiente para menospreciar su exposición o restarle credibilidad, si como viene de reseñarse, la narración de las demás circunstancias de modo y lugar, la mantuvo sin modificaciones, siendo corroboradas por su progenitora, la psicóloga y el médico forense a quienes contó lo sucedido. En este sentido bien puede concluirse que el no haber concretado una fecha durante sus primeros relatos, obedece justamente a la inmadurez psicológica dada por su corta edad para la fecha de los hechos (...).»

Queda claro entonces que desde el alto tribunal se tiene decantado que cuando se trata de testimonios de menores de edad, no se les puede exigir un nivel complejo de percepción de la realidad, de fechas o de fijación exacta del número de eventos escrutados, siendo lo realmente relevante que dentro de

su narrativa no se vea afectado el núcleo central de los hechos dados a conocer en juicio, siendo esto último lo que en nuestro criterio sale a relucir en este concreto caso.

Por lo que aplicadas las enseñanzas consignadas en las glosas trascritas, responde la Sala que de ninguna manera puede exigírsele a la víctima exactitud sobre fechas, observando además que esta fue lo suficientemente clara en cuanto a la forma en que ocurrió el ataque y que era la primera vez que esto sucedía. Por lo demás, se itera, para este colegiado las suspicacias que el apartado de la prueba analizado genera en la defensa no alcanzan a minar la credibilidad de la víctima, sin lograr advertir una contradicción fundamental o inconsistencias de peso que le resten todo poder suasorio al único testigo directo de los hechos.

Atendiendo entonces a la secuencia de los hechos acreditados con el testimonio de la propia abusada, refulge nítido que el acusado es la persona llamada a responder en este juicio criminal y no otra, y que fue este quien intervino indebidamente en ámbitos propios de la integridad y formación sexual del menor de 7 años para la época de la criminalidad aquí ventilada, siendo lo suficientemente explícita la agraviada en la forma en que vivenció este tipo de acciones sin haber superado el rango etario de los 14 años, existiendo además: “coherencia de la declaración incriminatoria en las varias oportunidades en que fue expuesta”, en sus aspectos centrales o nucleares, sobre las circunstancias de toda índole en que el agente dio rienda suelta a su libido en la forma descrita por el sujeto pasivo de su criminalidad.

Bajo las precisiones hechas, resulta un hecho inconcuso entonces que el adulto contó con la oportunidad además de la capacidad para cometer el delito del que se le acusa, se itera, estando además de acuerdo con la a quo en que en términos generales el testimonio de la víctima salió indemne del ejercicio del contradictorio, por lo tanto, su dicho emerge contundente, claro y digno de credibilidad.

Esta, la factura que se le reconoce entonces a lo dicho por la testigo tras analizar su deponencia en juicio y sopesar los reparos que formula el censor al respecto, pues a pesar de los esfuerzos de la defensa del inculcado, la

credibilidad de la víctima no resulta minada con base en alguno de los criterios consagrados en el art. 403 de la ley 906/04, ni se observa, tal como se anunció más arriba, inconsistencias o contradicciones de peso que afecten el núcleo central de su directo y contundente señalamiento incriminatorio.

En pocas palabras, su testimonio salió indemne y fortalecido tras su paso por el juicio y puede decirse que resiste las críticas formuladas por la censura, ofreciendo un conocimiento claro y directo sobre los aspectos medulares de la acusación fáctica, lo que permite concluir que efectivamente responden a hechos vividos, pero, además, que se observan verosímiles, y no como fruto de la imaginación o de un discurso previamente aprehendido.

En síntesis y para cerrar este apartado de la censura, basta relieves que al igual que para la primera instancia, para este cuerpo colegiado el testimonio del menor permite responder con suficiencia a los interrogantes fundamentales sobre el dónde, cómo y quién es el autor de la criminalidad investigada, así como a los dilemas que plantea el apelante, de manera que también para este cuerpo de jueces el testimonio de la menor cuenta con cohesión y coherencia interna, quedando además suficientemente aquilatado otro aspecto que para este colegiado resulta vacilar, cual es que no se demostró que exista algún motivo o móvil de parte de la menor o sus consanguíneos para querer incriminar falsamente al acusado.

*Resuelto los puntos anteriores es menester entonces que se aplique a continuación la Sala en determinar si el testimonio de la postulada víctima se compagina con el criterio de **coherencia narrativa**¹⁶, esto es, que al correlacionar lo dicho por el sujeto que resulta ofendido directo con los demás medios de prueba y con datos objetivamente verificables en el plenario, su testimonio resulte ampliamente concordante.*

Así las cosas, si a lo expresando con seguridad, claridad, contundencia, naturalidad y persistencia, ofreciendo un discurso circunstanciado, coherente, hilvanado, cohesionado y sostenido en el tiempo, además de verosímil, se le suma que este resulta concatenado con las demás circunstancias que

¹⁶ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, y los datos objetivamente verificables en el dossier del caso, podrá decirse que aquel resulta altamente confiable.

Por manera que según se viene discurrendo, el testimonio de la menor de edad sin duda alguna estaría dotado no solo de coherencia interna, sino externa al resultar refrendado por lo dicho a su vez por varios testigos ofrecidos por la Fiscalía, particularmente por algunos de su consanguínea y algunos allegados a la familia, lo mismo que por los profesionales y servidores públicos que la valoraron y conocieron los eventos en razón de sus funciones.

En el sentido advertido, es menester indicar que a falta de otros testigos directos de lo vivenciado por la víctima surge relevante para el esclarecimiento de los hechos la existencia de la denominada por la literatura especializada como prueba de corroboración y dentro de esta la sub especie conocida como periférica.

Descendiendo entonces en aquellos testigos que acudieron a juicio a instancias de la Fiscalía, encuentra la Sala que en términos generales resultan refrendando el señalamiento incriminatorio de parte de la menor abusada, no obstante, previo a descender en el análisis del anunciado material probatorio, así como del ofrecido a instancias de la defensa del procesado, considera pertinente la Sala significar que se tendrá en cuenta si en algún momento el contenido de las declaraciones de unos y otros se observa de innegable naturaleza mixta, ocupándonos de decantar si realizan aseveraciones acerca de circunstancias fácticas anteriores y posteriores que percibieron de manera directa por medio de los órganos de los sentidos, o por el contrario realizan afirmaciones por fuera de lo que conocieron de manera personal y directa con innegable connotación de prueba de referencia.

En el primero de los casos serán susceptibles de la categorización que realiza el art. 402 de la ley 906/04, de lo contrario, esto es, si incurren en afirmaciones que tienen que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos de la conducta punible por la que se emitió condena en su contra y por lo tanto con indiscutible incidencia sustancial en el debate de fondo, pero que en definitiva no fueron percibidas de manera directa, al provenir de una fuente diferente a

la escuchada en juicio, los apartados criticados se erigen en prueba de referencia inadmisibles en juicio y no serán tenidos en cuenta en el ejercicio de ponderación de la prueba testimonial.

Es tal sentido, se itera, dichos apartados ciertamente constituirían prueba de referencia inadmisibles, siendo pertinente recordar con la Corte Suprema de Justicia que cuando: "...a instancia de las partes —o de los intervinientes— en el juicio se pretende incorporar, o se introducen de manera efectiva, manifestaciones o declaraciones extraprocesales relacionadas con un determinado suceso o hecho con incidencia sustancial en el debate, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa lo percibió, con el propósito de que la fuente indirecta sea estimada como prueba de la veracidad del correspondiente supuesto fáctico, se está indefectiblemente ante prueba de referencia"¹⁷.

Similares reflexiones se hacen extensivas sobre aquellas declaraciones de testigos y peritos en juicio que a voces del art. 439 de la Ley 906 de 2004: "... contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible...", en cuyo caso, y de conformidad con el mencionado dispositivo normativo deberán: "... suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, **salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad**". (Negrillas de la Sala).

Hechas las anteriores precisiones, el paso a seguir consiste en ubicarnos en el testimonio de la progenitora de la postulada víctima, señora **SANDRA MILENA MEJÍA PÉREZ**, quien manifiesta que el acusado tiene una tienda en la que vende productos de la canasta familiar a buenos precios y contaba con todo el surtido de las demás tiendas, siendo estos los motivos que la llevaron a comprar allí desde que llegó al barrio, en tanto la pareja sentimental del adulto tiene otro negocio al lado en el que vende ropa, accesorios, perfumes, agregando que luego de lo ocurrido con su hija no compra en la tienda del inculcado sino en otra ubicada al lado la cual transformaron en un minimercado. En cuanto al tamaño de la tienda del enjuiciado considera que es igual a la sala en donde se encuentra rindiendo testimonio.

¹⁷ CSJ. SP6700-2014, 28 mayo de 2014, rad. 40105.

Continúa noticiando la familiar de la víctima que a esta le gustaba ir a la tienda del procesado para realizar allí las compras que se le encargaban, hasta que esta persona la besó y le “metió la lengua en la boca y tocó sus partes íntimas” lo cual habría ocurrido el 29 de abril de 2017”, fue un día sábado, añadiendo que en esa misma calenda luego de cumplir y entregarle cierta compra a su madrina la pequeña regresó a la casa con un jugo en la mano, y otra de sus hijas le informó que su hermana se puso a llorar, confiándole finalmente la niña y tras insistirle que este hombre la habría besado, le metió la lengua en la boca y le tocó la vagina dentro de la misma tienda, que solo había ocurrido en aquella ocasión.

El hecho, dice la testigo, la sorprendió mucho y pese a que le advirtió a su prole que se trataba de algo muy grave la niña se sostuvo en su señalamiento incriminatorio, por lo que la tomó de la mano y se dirigieron hasta donde la madrina de la pequeña de nombre Bety, quien vive al lado de su casa y ya que conoce hace más de veinte años al acusado, atinando esta a expresar que por eso era que la niña se había demorado tanto en la tienda, pero no le manifestó que la hubiese observado extraña ni le preguntó al respecto, mientras que el hijo de esta señora de nombre JUAN CAMILO “se puso super enojado y dijo vamos a preguntarle a Marcos delante de ella” y así procedieron. Con el mencionado joven tienen una amistad ya que son vecinos y éste quiere mucho a las niñas ya que las vio crecer.

No obstante, como era algo tan vergonzoso, continúa relatando la deponente, decidieron esperar a que se fueran los clientes y que el adulto estuviera solo y lo confrontaron, más este negó lo ocurrido, asegurando que la menor mentía y pese a que la pequeña le sostuvo en su cara que todo era verdad, luego llegó la cónyuge de esta persona procediendo JUAN CAMILO a llamar a la Policía de Infancia y Adolescencia, por lo que dos agentes llegaron a la media hora y se entrevistaron con los involucrados, manifestándole que tenía que interponer la respectiva denuncia ante las autoridades, que no se produjo la captura del inculcado por cuanto debía surtirse cierto protocolo legal interponiendo primero la denuncia, estos simplemente le suministraron un papel con los datos completos del acusado, número de celular, dirección.

No conocía a los uniformados ni recuerda la hora exacta en la que niña estuvo aquella calenda en la tienda del inculpatado, pero considera que fue entre las doce y dos de la tarde ya que esta no había almorzado. La niña le dijo que les contó a los policías lo mismo que le había dicho a ella. El hijo del procesado llegó después, recordando que su hija le había dicho que el joven se había ido a llevar una bolsa o un domicilio y el acusado se habría quedado solo, incluso alcanza a recordar que el joven negó al llegar que estuviera con su padre, para luego retractarse y afirmar que se encontraba en la tienda.

Por su parte dejó de asistir a la tienda del procesado luego de los hechos aquí ventilados, más se enteró que el año pasado su hija estuvo allí sin su permiso comprándole una bolsa de yogurt a la madrina de otra de sus hijas, cuando la indagó al respecto la menor le confirmó que lo hizo porque en otra tienda no había el mencionado alimento ya que era para un bebé y que ella le había enseñado que así las personas fueran malas no les debía guardar rencor.

Hasta donde recuerda ya que no volvió al lugar, la tienda del acusado tenía una especie de reja que se baja totalmente y una puerta, mientras que las divisiones internas son mediante la misma estantería, la mercancía y en la parte delantera tenía un refrigerador, mientras que en la parte trasera tenía como una tela o tendido, no sabe cómo eran las alcobas ubicadas en el fondo del inmueble. Por otra parte, considera que de afuera hacia adentro del local no se cuenta con visibilidad “pues está muy oscuro”, no sabe cómo estará ahora.

De su casa a la tienda del procesado hay una cuadra o cuadra y media, ella se demoraría de dos a tres minutos en llegar allí, su hija se demoró una media hora haciendo el mandado el día de los hechos por lo que le hizo el acusado, y al cuestionarla por este aspecto le contestó que había mucha gente que no había pasado nada y en ese momento fue que se dirigió para una de las alcobas de la casa, cuando la vio venía con los “ojitos aguados”, más no le indagó por el motivo.

Agrega que luego de que su hija estuvo con tratamiento psicológico perdió en el año 2017 siete de las ocho materias que ven en el grado tercero, cuando siempre había sido de las mejores estudiantes, y en lo personal ha sufrido

mucho con la situación de su consanguínea por lo que siente temor de tener que volver a revivir y a comenzar de nuevo todo el proceso surtido con la pequeña, quien cambió y se volvió rebelde fue necesario que la ayudara y asistiera cuando podía con ella al colegio. Le enseñó que si un adulto la tocaba debía contarle a la mamá y afirma que con ella llegó a tocar temas sobre la sexualidad. Finaliza su intervención la testigo señalando que en la actualidad le preocupa la salud mental de su hija, pues todo esto de revivir los hechos en juicio remueve entre otras cosas la frustración que siente con que este caso no se haya resuelto.

*A su turno la madrina y vecina de la postulada víctima, señora **BETY NORELIA TAVERA ARBOLEDA** manifiesta que vive a una casa de distancia de la vivienda en donde reside su ahijada, recordando que desde que llegó al sector siempre enviaba a la menor a realizar compras a la tienda del acusado ya que esta es la que le queda más cerca, se demoró muy poco, unos cinco minutos, le entregó lo que compró y al rato la progenitora de la niña la llamó y le contó lo que le había pasado a la menor con el procesado, que la había tocado pero no dijo donde, y que le introdujo la lengua en la boca. Esto ocurrió hace unos tres años, más no recuerda ni la fecha ni el día.*

Cuando observó de nuevo a la víctima, advera, la niña estaba llorando y la mamá también de ver a su hija así. Por su parte su hijo JUAN CAMILO fue a la tienda a reclamarle al adulto, y al ver que este “no les dijo nada” llamó a la policía y estos le aconsejaron a la mamá de la menor que denunciara, agregando que enviaba a la menor a la tienda con el permiso de la progenitora de esta. Dicho local queda en un parque y desde su casa no se ve.

Continúa narrando la testigo que el día de los hechos envió a la menor a la tienda del justiciable, a eso de las once, más no recuerda la hora exacta, y asegura que su casa queda a una cuadra, cuadra y media de dicho establecimiento, estimando que para la época la agraviada tendría unos ocho años mientras que el procesado unos cuarenta y cinco. Para la época de los hechos la niña era callada, “normal”, bajaba mucho a su casa a conversar, y con posterioridad la notaba aburrida, triste, respondía con monosílabos, ya no hablaba tanto ni iba como antes a su residencia, igualmente bajó su

rendimiento escolar, pero ahora que está más grande y han pasado algunos años desde los hechos conversa más.

Cuando su ahijada regresó de hacerle las compras se fue corriendo para la casa de ella, “no se quedó como siempre se queda hablando conmigo”, la progenitora la llamó por teléfono, “exactamente le dijo que el señor de la tienda le había metido la lengua a la boca y que la niña estaba llorando mucho... que ella no lo podía creer”. De la tienda a su casa la menor se habría demorado unos cinco minutos.

Cierra su intervención señalado que desde afuera de la tienda del acusado hacia el interior del recinto la visibilidad era, “normal en ese tiempo los niños entraban y pedían sus cosas... lo que necesitaban... no tiene rejas”.

El anterior testimonio dio paso al del joven **JUAN CAMILO CARDONA TABERA**, hijo de la referida madrina de la postulada víctima, quien informa que labora como operador de medios en una empresa de vigilancia, manifiesta que la postulada víctima es su vecina, y llevando su memoria a la calenda de los hechos señala que a eso del medio día vio desde el tercer piso de su casa a la menor y la mamá de la pequeña en la acera llorando, bajó a preguntarles sobre lo que había pasado. La menor estaba como en shock, varias veces le preguntaron si eso era lo que en verdad había pasado y esta lo volvía a confirmar, esta tendría unos siete u ocho años, el procesado entre 45 a 50.

La niña, dice el deponente, le confió que “el señor de la tienda le había metido la lengua en la boca... la reacción mía fue arrancar para la tienda y reclamarle a Marcos por qué lo había hecho, qué había pasado con la niña... no sabía qué decir, no decía nada”, esta persona estaba solo cuando el deponente llegó al sitio. La menor solo dijo que el procesado le metió la lengua en dicha cavidad, nada más sobre los hechos, agregando el testigo que conoce al varón como un vecino, el señor de la tienda desde hace muchos años.

Luego de esto llegó la menor con la mamá y la pequeña se reafirmó en su señalamiento, mientras que el tendero negó los hechos diciendo que eso no había pasado así, le decía que dijera la verdad a la pequeña y al ver esta situación decidió llamar a la policía, hasta donde llegó una patrulla motorizada

de infancia y adolescencia y le tomaron la declaración al adulto, a la pequeña y a la progenitora de esta.

Dos uniformados arribaron a los cinco minutos de su llamada, no los conocía y adviera que permanecieron durante unos veinte minutos y le dijeron a la madre de la víctima que se acercara a la Fiscalía a denunciar. La niña confrontó al adulto al sentirse respaldada, habrían pasado cinco minutos desde que el testigo la observó inicialmente llorando. No ha dicho que ya no estuviera en shock, ni que estaba asustada o que no estaba tranquila, el cambio fue que ya estaba con él y la mamá.

En la tienda se encontraban la cónyuge del acusado, la niña, el procesado y él, no escuchó de otras personas en el sitio y describe que el establecimiento tenía dos especies de refrigeradores grandes a cada lado y en la mitad un pasillo para ingresar en esta. Desde afuera del local no veía lo que pasaba en su interior, en donde había más estantería con otra mercancía, la visibilidad de afuera hacia adentro "era muy poca". El local tenía una reja, una especie de cortina que bajan cuando se cierra el local, teniendo entendido que no se trataba de una tienda de autoservicio. No acompañó a la madre de la menor en trámites posteriores por estos hechos, solo fue en aquella calenda.

Dentro de este grupo de testigos ofrecidos por la Fiscalía se escuchó el testimonio ofrecido por la investigadora judicial de la Fiscalía y psicóloga, doctora **MARÍA SORIANA NIETO RAMOS**, quien dio a conocer que dentro de la mencionada institución se encuentra adscrita al CAIVAS y hace cinco años viene realizando entrevistas a menores presuntas víctimas de delitos sexuales, tarea que también cumplió en este caso el 5 de mayo de 2017, cuando la menor tenía 8 años, permitiendo la directora del juicio sin que las partes y demás sujetos procesales presentaran algún tipo de inconformidad que la servidora relatará en detalle los hechos como los escuchó de la menor de edad, siendo dichos apartados de la prueba de innegable naturaleza de referencia inadmisibles bajo el contexto descrito y tal como se analizó en apartados anteriores de este proveído, por lo que no serán tenidos en cuenta por la Sala.

En cuanto a lo que fue objeto de percepción directa y aquellos aspectos que se requieren para entender lógicamente el testimonio de la servidora pública, observó que cuando la niña se refería a su gatica sonreía, mientras que cuando relató los hechos “se ponía seria, a veces bajaba la mirada”, agregando que la menor no tenía clara la fecha de los hechos, afirmando simplemente que ocurrieron en el mes de abril, un jueves que no tuvo clases ya que en su colegio se presentó una reunión de profesores, además de utilizar las palabras “aburrida y triste” para referirse a lo que sintió con los hechos investigados, dijo que a su mamá solo le contó que había sido objeto de un beso, no que el acusado también le había tocado la vagina por miedo a que no le creyeran.

Mencionó que su vagina fue tocada por encima de la ropa, en algún momento de la entrevista hace un ademán como si le hubieran apretado dicha zona anatómica, y señala que con la boca del acusado recibió un beso en la suya y este le introdujo la lengua “por los dientes o hasta los dientes, algo así lo dice ella”. Un vecino fue el que dijo que debían ir a la tienda y el que llamó a la policía.

*Descendiendo en el último extremo de la prueba practicada en juicio, esto es, en los testimonios ofrecidos por la defensa del procesado, el vecino del acusado, señor **SIGIFREDO SÁNCHEZ SALAZAR**, adujo que los hechos aquí ventilados habrían ocurrido entre las doce y una de la tarde, en momentos en que el procesado se encontraba en su tienda junto a su hijo de nombre JERÓNIMO, mientras que él permaneció afuera del establecimiento durante todo el tiempo que la postulada víctima estuvo en el local, informando el testigo que por aquella época él también tenía en el sector otro establecimiento comercial y sostenía una buena relación con el procesado, acostumbrando a estar atentos a lo que sucedía al interior de las tiendas.*

Concretamente observó a la postulada víctima ingresando a la tienda del inculcado ya que “siempre la mandaban a hacer los mandados a los diferentes negocios”, posteriormente la menor salió y luego llegó un muchacho de nombre CAMILO reclamándole e increpando al procesado por besar a la niña, quien salió “normal” de las instalaciones, sin musitar una palabra y cuando regresó ya venía llorando, como cuando un niño ha sido regañado o

se le ha impuesto un castigo, no llorando desconsolada como si le hubiera pasado algo tan delicado, aceptando que nunca ha visto a una menor en una situación de estas.

Asimismo, asegura que no fueron los familiares de la pequeña sino el mencionado joven quien llamó a la policía, añadiendo en clara alusión a los señalamientos en contra de su colega que "... en realidad la tienda es abierta al público... para él besarla y hacerle cualquier otra cosa que se hubiera presentado, yo lo veo como más bien un poco difícil porque es algo que cualquiera puede pasar y mirarlo a uno". Cuando llegaron los uniformados CAMILO aseveró que el acusado habría besado a la menor, como insistiendo en que había cometido un delito. En dicha oportunidad de lo único que se habló fue simplemente de un beso.

Finalmente regresó a su local comercial ubicado a unos veinte pasos de la tienda del enjuiciado, sosteniendo que siempre estuvo afuera de la tienda de su colega logró observar todo lo que ocurría en su interior, y describe que dicha estancia "tenía un espacio por intermedio de dos vitrinas, más las dos vitrinas que estaban a los costados, pero usted para adentro veía toda la mercancía, todo el movimiento interno", y que el acusado y su hijo siempre estuvieron acompañando a la menor, iterando que a los diez minutos el joven CAMILO llegó acompañado solo por la menor de edad, quien decía lo que aquel manifestaba, más no le dirigió la palabra a quienes se encontraban en la tienda a donde continuó yendo a comprar al igual que a su establecimiento el cual era tipo "granero".

Desconoce el nombre de la postulada víctima o el de la madre de esta, solo sabe que constantemente la enviaban a hacer los mandados a tiendas como la del acusado y la suya, cree que esta menor vive a una cuadra o cuadra y media de dichos establecimientos comerciales, no recuerda la fecha exacta de los hechos, solo que fue un día sábado, observó que la niña ingresa con una boleta en la mano derecha y dinero, más desconoce cuántos productos compró ni leyó la boleta que la pequeña llevaba, aclarando que no puede decir "exactamente qué haya hecho dentro de la tienda", solo que compró algunos productos, añadiendo que CAMILO y el acusado "tuvieron por ahí una medio discrepancia por un crédito, por algo que no se le fio a este muchacho o algo",

pero no porque el joven se lo haya dicho y al cual también vio crecer, se lo dijo el enjuiciado.

Por su parte la cónyuge del acusado, **CLAUDIA PATRICIA CARDONA FRANCO**, recuerda que CAMILO llegó con la menor y como enojado a la tienda del acusado, afirmaba que el adulto le había dado un beso a la postulada víctima, lo que le pareció raro pues la menor iba seguido al local, llevan muchos años allí y nunca había sucedido algo así. Esto ocurrió un sábado en horas del mediodía, justo cuando ella estaba tendiendo ciertas prendas de vestir y luego fue a la concina de su casa. La menor estaba llorando, pero no alterada, el joven si lo estaba y llamó a la policía.

Los uniformados no se demoraron mucho y dijeron que no podían hacer nada pues no había pruebas, agregando la testigo que desde afuera del local se puede ver todo lo que hay en el interior del local. Ella llegó justo cuando CAMILO hablaba con el inculcado, solo se habló de un beso, y agrega que después de lo que pasó la menor fue en muchas ocasiones al establecimiento en donde la atendía el procesado, su hijo y ella, normal. Dejó de asistir luego de una de estas videoconferencias realizadas por este caso.

El hijo de la anterior deponente y del aquí sub iudice, joven **JERÓNIMO MARTÍNEZ CARDONA** a su turno notició que el día de los hechos era un sábado como al mediodía, y como es la mano derecha de su padre estuvo siempre con este en la tienda, la menor llegó con una boleta en la mano y el dinero para las compras, su progenitor la comenzó a atender, “ese día estaban suaves las venta no había casi gente qué atender... la atendimos, ella salió contenta, normal...” En ningún momento salió del lugar ni perdió de vista a su padre, la menor salió contenta, “normal con las cosas”, después de eso continuó frecuentando el local como si no hubiera pasado nada, incluso le compró a su mamá.

A los quince, veinte minutos regresó con el señor CAMILO, quien le preguntaba a su progenitor qué había pasado, y lo señalaba de haberle dado un pico a la niña, nosotros estábamos en shock, pues su papá no se demoró atendiendo a la niña, quien le hacía los “mandados a una cliente de nosotros”, y al preguntársele por las personas que se encontraban en la tienda, asevera

que estaba con el su padre, destacando que el vecino Sigifredo estaba afuera organizando la legumbre y vio cuando la menor llegó al local.

Describe que en la parte delantera del local hay dos enfriadores, “no tenemos estanterías que tapen la visibilidad, están hacia las paredes, y tenemos el otro enfriador de las gaseosas en la mitad del negocio, pero eso no tapa la visibilidad, todo se queda viendo”, y cierra su intervención afirmando que desde afuera se ve claramente hacia el interior del local.

A su turno con el investigador y abogado, doctor **MAURICIO ANTONIO ARREDONDO CASTRILLÓN**, quien actúa como testigo de acreditación se ingresan los siguientes documentos: Oficio del 4 de diciembre de 2019, dirigido al comandante Policía Metropolitana del Valle de Aburra, firmado por Oscar de Jesús Giraldo, oficio de noviembre 08 de 2019 firmado por Oscar de Jesús Giraldo, oficio de la Policía Nro. S-2019-315695 COMAN ASJUR 1.10, del 24 de noviembre de 2019, dirigido al Oscar de Jesús Giraldo y firmado por el jefe de Asuntos Jurídicos intendente Fabián Édison Díaz Restrepo. Oficio Nro. S-2020-000017 /COMAN ASJUR-1.10 del 31 de diciembre de 2019, firmada por jefe de Asuntos Jurídicos intendente Fabián Édison Díaz Restrepo.

De otro lado con el patrullero **ALEXANDER ROJAS OVIEDO**, uno de los agentes que acudieron a la tienda del procesado el día de los hechos, queda claro que son muchos los eventos que atienden y no puede recordar todos los detalles, si en un determinado evento no realizó un informe estima que fue porque en ese momento no era pertinente colocar a alguien a disposición de la policía de infancia y adolescencia, esto ocurre cuando no existe flagrancia o en definitiva no se consuma un delito, se ofrece un informe cuando se requiere para que se entren a restablecer derechos o para que entre a actuar infancia y adolescencia en casos de menores, “de resto no se hace informe... nosotros no podemos pasar informes por todos los casos. Los protocolos varían dependiendo de las circunstancias. No sabe por qué caso fue llamado a este juicio.

En similares condiciones rindió testimonio el uniformado de la policía **NESTOR ALEJANDRO VALLEJO AGUDELO**, explica que si al llegar al sitio en casos de abuso sexual lo estiman pertinente llaman a la policía de infancia y

adolescencia para una “plena asesoría de qué es lo que se requiere”. No en todos estos casos se pasa un informe, si se judicializa si, esto ocurre “cuando hay una plena evidencia de un caso”. No recuerda haber atendido el caso que nos convoca.

Realizada de esta manera la sinopsis de la prueba debatida en juicio, estima la Sala que lo dicho por los diferentes testigos resulta corroborando en lo esencial el testimonio de la víctima, se itera, en cuanto al núcleo esencial de lo ocurrido, de aquello que se estima en verdad vivenció la menor de edad a manos del enjuiciado, observando esta Magistratura particularmente que aquellos que atendieron el llamado de la justicia a instancias del ente persecutor guardan análoga relación con lo averado en torno a los aspectos medulares del señalamiento directo en contra del procesado, sin que ello implique desconocer que se presentan algunas inconsistencias y contradicciones menores que no tienen la fuerza necesaria para minar su credibilidad y menos para derruir la contundente incriminación se sostiene en el tiempo en los diferentes escenarios, de manera que también para este cuerpo colegiado el testimonio de la postulada víctima resulta del todo confiable, además de refrendado en lo esencial por lo dicho por los demás testigos.

Corolario de lo anterior, y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala, lo cual es aceptado además por la jurisprudencia, en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insubstanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad. Se itera, lo importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que permitan superar el umbral de la duda razonable.

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

“Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta —pues ella es imposible en el campo de lo humano— sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable. Además, las

dudas que implican absolución del condenado son aquellas que recaen sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se pudieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo, tal y como esta Corte ya lo ha señalado”.

Particularmente no encuentra la Sala divergencia fundamentales, ni siquiera en cuanto que a que la víctima ingresó a la parte trasera de la tienda mientras, en tanto la cónyuge del acusado acepta que no se encontraba en el local y habría estado ocupada tendiendo algunas prendas de vestir para luego regresar a la cocina del inmueble, siendo del caso diferenciar entre la parte trasera de la estancia en donde se encontraba instalada la tienda familiar y la parte trasera de toda la edificación que conformaría la vivienda de este grupo, si allí estaban ubicadas las alcobas, la cocina y otras estancias.

En síntesis, no subsiste duda en cuanto a que en este caso la menor vivió un evento de abuso de connotación sexual a manos del procesado que en verdad le produjo perplejidad, y ante lo cual vino a reaccionar al llegar a la casa de su madre, pero, además, que al sentir el apoyo de parte de su madre y un amigo de la casa sacó fuerzas para confrontar a su agresor, sin que se observe la existencia de un plan maquinado para incriminarlo falsamente de un hecho tan grave.

En esta dirección puede decir la Sala que no se ocupó la defensa de aquilatar en juicio, ni salió a relucir en el debate probatorio que entre víctima y victimario, o entre este último y los consanguíneos del primero existieran rencillas, o algún motivo que hubiera permanecido oculto y que permita inferir una falsa incriminación en contra del adulto; incluso se logra evidenciar todo lo contrario, es decir, que la niña visitaba frecuentemente la tienda del incriminado y tenían una relación cordial.

Tampoco puede pretender la defensa del acusado que la supuesta discrepancia por algo tan trivial como no fiarle al hijo de la madrina de la postulada víctima, se erija en un móvil para el señalamiento que realiza la víctima en contra del procesado, lo que además demandaría un complejo plan

con la participación de la menor, la madre de la pequeña y la progenitora del referido joven CAMILO, sin una contundente prueba que apunte y demuestre que existió tal planeación y logística sin motivo aparente.

Pero, fundamentalmente, responde la Sala, más allá de los testimonios de quienes tienen un evidente interés en las resultas del juicio y unos uniformados que ni siquiera lograron recordar haber participado en este caso, y explicaron claramente cuándo no elaboran un informe en este tipo de eventos, la defensa no arrió una contundente prueba que demuestre la inocencia del procesado, sin que las posibles falencias, análisis o decisiones adoptadas por los uniformados se erijan en prueba que desvirtúe la materialidad de la conducta investigada.

A lo dicho se suma que contrario a lo que sostiene el censor y para continuar respondiendo a los cuestionamientos que este formula, en juicio quedó aquilatado que tras los hechos la menor presentó cambios negativos en su comportamiento, denotando dificultades de orden personal y académico, secuelas que razonablemente se pueden conectar con lo acontecido y la potencial afectación que tal como lo destacó la primera instancia dependerá de cada individuo, su entorno, idiosincrasia, valores, y capacidad de resiliencia.

Por manera que no resulta extraño o inverosímil que para ciertos sujetos un solo evento de las características como el aquí descrito pueda llevarlos a respuestas que para otros pueden parecer extremas e inusuales.

De manera que, para esta Magistratura, sin fundamento alguno y con base en conjeturas carentes de respaldo probatorio, pretende el recurrente desvirtuar lo declarado por el propio agraviado sin reparar en que, aunado a la prueba directa e indirecta, los testigos de la Fiscalía allegan mejores elementos para el esclarecimiento de los hechos investigados, a lo que se suman serios indicios que juegan en contra del justiciable como lo son el de presencia en el lugar de los hechos y capacidad para cometer el delito del que se le acusa, aunado a la existencia de material de corroboración y dentro de este aquel denominado periférico obrante en el plenario, así como de datos objetivamente

corroborables que refrendan la contundente incriminación en contra del encartado en este asunto.

En efecto, no puede olvidar el censor que dentro de la actual sistemática no sólo le corresponde una fuerte carga argumentativa, sino probatoria, de modo que, si su pretensión era mostrar incongruencias de peso, contradicciones sustanciales o suministrar elementos de convicción para derruir la tesis incriminatoria la tarea es de gran calado sin que en criterio de esta Magistratura y pese a reconocer que salvo algunas fallas en cuanto a la técnica que se sigue en los juicios orales, el letrado asumió una postura proactiva, pero sin lograr demostrar la inocencia de su patrocinado o la existencia de duda probatoria de la magnitud que exige un fallo absolutorio.

Así las cosas, resta por señalar que concuerda la Sala con la primera instancia en que en este caso al enviar el tendero a la menor hacia la parte de la tienda en donde estaban las bebidas frías creó un escenario propicio para acometer la criminalidad de la que se lo acusa, sin que resulte de recibo que en realidad el hijo del acusado se encontraba en el interior del recinto en aquel preciso momento, o que un vecino que también tenía un local cercano estuviera al tanto de todo lo que ocurría al interior de este local y además pudiera ver desde afuera todo lo que allí ocurría, frente a lo cual subsisten versiones contrapuestas saliendo a relucir la intención de los testigos de la defensa de crear una coartada que favorezca al incriminado.

Se puede decir entonces que en esta oportunidad se cuenta con material directo, indirecto, de corroboración y prueba indiciaria que compromete seriamente al enjuiciado, sin que los descargos postulados por la censura resulten suficientes para desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que cimentaron la base de la sentencia objeto de cuestionamiento, soportada en prueba que emerge en cantidad y calidad suficiente, además de diáfana, clara y sólida, sin que se allegara al trámite una contundente prueba exculpatoria o que genere la duda probatoria que exige una decisión absolutoria.

Al margen de lo anterior, al haberse negado al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria para

el momento de proferirse la sentencia, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 450 de Ley 906/04, era menester que de inmediato el funcionario de primera instancia librara la correspondiente orden de captura sin supeditarla a la ejecutoria del fallo.

Y es que la orden de privación intramural de la libertad, si bien es consecuencia de la negativa a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como de la prisión domiciliaria, la misma no es de la esencia o estructura de la sentencia, y es por ello, que si tal orden no se emite en la parte resolutive del proveído, nada impide, y todo por el contrario se erige en un deber para los funcionarios judiciales, según la dinámica de la sistemática acusatoria, el hacer efectiva en forma inmediata la privación de la libertad por fuera del aludido texto, como un acto de ejecución de la pena impuesta; puesto que no se está frente a un conflicto entre principios de legalidad y reformatio in pejus, propio de la esencia de una decisión impugnada, sino frente a un problema de ejecución de la pena impuesta en una sentencia proferida en la que se niegan los subrogados y sustitutos en la nueva sistemática procesal.

Frente a situación similar ha expuesto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontraba gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura”¹⁸

La situación es diferente en el nuevo esquema procesal en el cual se ha advertido expresamente:

“Artículo 450. Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el Juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 20 de mayo de 2003, radicación 18684.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”.

De ahí, que por mandato del mencionad precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se impartan, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o sustitutos, resulta imperativo que la privación de la libertad en centro carcelario se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem”¹⁹

Es decir, que en casos como el presente deben los jueces ad quem entrar oficiosamente a corregir tal yerro, disponiendo en forma inmediata se proceda a ejecutar la pena impuesta en centro carcelario; por lo que reiteramos, se ordenará la captura inmediata el condenado para el descuento efectivo de las penas aquí confirmadas en un centro de reclusión.

Sin necesidad entonces de otras consideraciones, la Sala confirmará el fallo apelado.

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida en contra de MARCO AURELIO MARTÍNEZ LONDOÑO el 22 de febrero de 2022 por la Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, quien tras el juicio oral adelantado

¹⁹ CSJ, SP., Sentencia del 17/10/07, radicado 28331. Sentencia del 30/01/08, radicado 28918. Sentencia de tutela del 26/11/15, radicado 82917, entre otras.

en contra del prenombrado acusado lo encontró responsable del delito de acto sexual con menor de 14 años condenándolo a una pena de prisión de 108 meses de prisión, sin derecho a la subrogados ni mecanismos sustitutivos, por lo que se **ORDENA** expedir de inmediato la correspondiente orden de captura en su contra, acorde a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

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

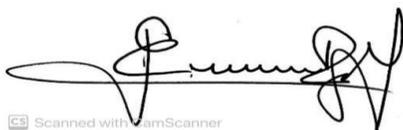
TERCERO: Esta providencia se notifica en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados²⁰,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

²⁰ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.