

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000207201900582
Procesado: Francisco Javier Montoya Gómez
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 18 Aprobada por acta No. 60 de la fecha
Decisión: Confirma
Lectura: Jueves, 23 de junio de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 23 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, Ant., que condenó al señor **Francisco Javier Montoya Gómez** en calidad de autor del concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años, agravados y le impuso una pena 156 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

A finales del año 2018 y principio de 2019, en la residencia ubicada en la carrera 14 No. 55 – 29, barrio Caicedo de la ciudad de Medellín, lugar de habitación y de trabajo el señor **Francisco Javier Montoya Gómez**, este en varias ocasiones, realizó tocamientos libidinosos en la vagina a M.A.M.G., de 8 años; M.A.J.P, de 5 años y M.J.P, de 3 años, en momentos en que las menores lo visitaban.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 22 de enero del año 2020, el Juzgado Quince Penal Municipal de Medellín, declaró legal la captura del señor **Francisco Javier Montoya Gómez**; acto seguido, la Fiscalía le formuló imputación por concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años, agravados, solicitando la imposición de medida de aseguramiento intramural, a lo cual accedió esa judicatura.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 17 de marzo de 2020, correspondiendo el conocimiento de las diligencias, por reparto, al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, quien presidió la verbalización del acto vocatorio a juicio el 13 mayo de ese año. La audiencia preparatoria se realizó el día 6 de julio de 2020.

El juicio oral comenzó el día 12 de agosto de 2020 y se extendió po, 5 sesiones más, clausurándose el debate probatorio el 26 de noviembre de ese año; el 16 de diciembre de esa anualidad se

alegó de conclusión por las partes y el 21 de enero de 2021 se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio, dándose trámite a la audiencia del canon 447 procesal.

El 23 de marzo de 2021, se emitió la respectiva la sentencia condenatoria, contra la cual la defensa del procesado interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo*, luego de efectuar un recuento sobre las declaraciones rendidas en juicio, señaló que los dichos de las 3 víctimas permitían establecer la ocurrencia de los hechos cuando ellas quedaban solas con el señor **Francisco Javier Montoya Gómez**, en especial la menor M.A.M.G. quien dijo en juicio que escuchó cuando la compañera sentimental del acusado le manifestó que no hiciera eso porque le iba a traer problemas.

Además, indicó que las pruebas técnicas traídas a juicio son coincidentes en señalar que hay expresiones o huellas en el cuerpo y en la mente de las menores que están asociadas los actos libidinosos padecidos, las cuales no pudieron desacreditarse por la defensa y se acentuaron más al notarse que las tres niñas tenían similitud en su comportamiento posterior a los hechos lúbricos.

Señaló que las declaraciones de las madres de las víctimas no constituyen prueba de referencia, por cuanto estas señalaron en juicio aspectos trascendentales como el sitio donde ocurrieron los hechos, la profesión del acusado, la buena relación que existía

entre las familias, la presencia del encartado en la vivienda para la fecha de los hechos y los cambios de comportamiento de las menores.

Adujo que no se puede desconocer que los profesionales que atendieron a M.A.M.G., M.A.J.P y M.J.P conceptuaron la existencia de secuelas en ellas, lo cual no fue desvirtuado por parte de la defensa, lo que permitía afirmar que la conducta si existió y que su responsable era el acusado.

Indicó que la prueba de la defensa era de carácter contingente y que a lo sumo serviría para desacreditar los testigos de cargo, pero no permitía establecer un escenario imposible para la realización de los actos lascivos endilgados al procesado ni son suficientes para desdibujar la ocurrencia de la conducta.

Refirió que en los testimonios de las menores hay detalles que solo tienen explicación en el contexto por ellas narrado, lo que permite darle credibilidad a la tesis acusatoria y restarle valor a la postura de la defensa.

En suma, indicó que del recaudo del juicio no se vislumbraba que las menores se hayan inventado esa historia, que la prueba de cargo era sólida y que los testigos de descargo expusieron algunas razones que no son suficientes como para demostrar que el hecho no ocurrió, situaciones que le permitían afirmar que el acusado realizó actos sexuales abusivos con las tres menores.

Con relación al agravante endilgado al procesado, señaló que este se había demostrado, por cuanto respecto de 2 de las menores se

pudo establecer una relación de confianza entre sus familias y el acusado, situación que no fue desacreditada por la defensa.

Por lo expuesto, halló penalmente responsable al señor **Francisco Javier Montoya Gómez** de los delitos acusados y lo condenó a una pena de 156 meses de prisión sin derecho a sustitutos por expresa prohibición legal.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia señalando que desde el inicio del proceso existió un problema de adecuación de los hechos jurídicamente relevantes, por cuanto de los comunicados en la acusación nunca se explicaron circunstancias de tiempo, modo y lugar y hora de la comisión de la conducta, limitándose el Ente Acusador a exponer que los hechos ocurrieron a finales de 2018 y principios de 2019, sin más información que permitiera dar claridad a las fechas y horas de acaecimiento de los actos libidinosos imputados a su prohijado.

Refirió que la relación de amistad y confianza predicada por el *a quo* era inexistente, pues las madres de las afectadas señalaron que no tenían una relación cercana al procesado.

También señaló que los testigos de la defensa pudieron dar cuenta que la vivienda donde presuntamente ocurrieron los hechos lúbricos siempre habían personas, que el acusado nunca estaba solo y que las menores no entraban a jugar a la casa, situación que se corroboró con la declaración de la abuela de dos

de las niñas quien señaló que ella misma cuidaba sus nietas y que los hechos endilgados al procesado no habían ocurrido.

Adujo que los cambios de comportamiento de las menores pudieron obedecer a causas distintas al presunto abuso, cuestionando la credibilidad de los dichos de las menores por considerar que estaban plagados de imprecisiones en ciertos detalles como el sitio donde ocurrieron los presuntos tocamientos, la forma en que se realizaron, las fechas, entre otros aspectos que no permiten demostrar más allá de duda razonable la ocurrencia de los abusos y la responsabilidad de su prohijado.

Por ello, solicitó la revocatoria del fallo y la consecuente absolución.

Pidió el abogado que, en el evento de confirmarse el fallo recurrido, se le otorgara a su prohijado la prisión domiciliaria por su avanzada edad y la situación mundial actual de salud.

6. LOS NO RECURRENTES

Los no recurrentes guardaron silencio en la oportunidad procesal respectiva.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del

Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín (Ant.), de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón a la censora o si, por el contrario, la sentencia proferida por el funcionario judicial de primera instancia debe ser confirmada.

7.2. Problema Jurídico

De cara a los planteamientos que hace la defensa, encuentra la Sala que sus reparos tienen que ver directamente con la adecuación de los hechos jurídicamente relevantes y la valoración probatoria efectuada por la judicatura de primer nivel, encontrándose dos problemas jurídicos, uno procesal y otro de índole fáctica, del siguiente tenor:

- ¿ La no delimitación en la acusación de las fechas exactas y las circunstancias de tiempo modo y lugar en que el señor **Francisco Javier Montoya Gómez** presuntamente abusó sexualmente de las menores M.A.M.G., M.A.J.P y M.J.P., es una cuestión que afecta el debido proceso y el derecho de defensa del procesado?

- ¿Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía, por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor **Francisco Javier Montoya Gómez** realizó tocamientos libidinosos a las menores M.A.M.G., M.A.J.P y M.J.P. durante el interregno comprendido entre finales del año 2018 y principios del 2019?

Para una mejor estructura de la sentencia, la Sala abordará cada problema jurídico en particular.

7.2.1. ¿La no delimitación en la acusación de las fechas exactas y las circunstancias de tiempo modo y lugar en que el señor Francisco Javier Montoya Gómez presuntamente abusó sexualmente de las menores M.A.M.G., M.A.J.P y M.J.P., es una cuestión que afecta el debido proceso y el derecho de defensa del procesado?

De conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, corresponde a la Fiscalía General de la Nación “(...) *adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento (...)*”.

Como desarrollo de ese texto superior, el Legislador incluyó en la Ley 906 de 2004, en sus artículos 288 y 337, los hechos jurídicamente relevantes como requisitos de contenido esencial tanto de la formulación de imputación como de la acusación.

Los hechos jurídicamente relevantes son los datos fácticos del caso en concreto que usa el fiscal para hacer la respectiva adecuación típica o, en otras palabras, son los hechos que pueden encuadrarse en la descripción normativa de un delito. Al respecto, con absoluta precisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido:

“En el ámbito penal, la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma (CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: (i) para este ejercicio es indispensable la correcta interpretación de la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) debe establecerse la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (ídem). Al respecto, en la referida sentencia la Sala dejó sentado lo siguiente:

El concepto de hecho jurídicamente relevante

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado **es autor o partícipe del delito que se investiga**”¹.

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”².

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Así, por ejemplo, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal,

¹ Negrillas fuera del texto original.

² Negrillas fuera del texto original

se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo.”³

De esta manera, como se puede observar, la explicitación adecuada de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía se convierte en un derecho para el procesado, porque solo de esta manera puede saber a ciencia cierta cuales son los cargos penales en concreto de los cuales se va a tener que defender en el juicio lo que incide directamente no solo en el derecho de defensa sino en el debió proceso.

Por esta razón, es que los jueces, de control de garantías y de conocimiento, en caso de que no se cumpla por parte del Ente Acusador con las exigencias indicadas en los cánones 288 y 337, se les autoriza controlar la legalidad de los actos de parte contenidos en esos artículos, en punto a la claridad de los hechos jurídicamente relevantes, con miras a evitar una burda violación de garantías fundamentales que afecte la validez del juicio. Por ello, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido precisa al indicar:

³ Sentencia 5660-2018, radicación 52311 del 11 de diciembre de 2018.

A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.

En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.

Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.

Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna

invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina.

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.⁴

Así las cosas, si dentro de esa formulación de la imputación o de la acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación se presentan vaguedades o ambigüedades respecto de los hechos jurídicamente relevantes por los cuales un ciudadano será llevado a juicio, ello puede acarrear una nulidad de lo actuado

⁴ Sentencia 4792-2018, radicación 52507 del 7 de noviembre de 2018.

cuando el error sea de tal magnitud que afecte el derecho de defensa y, en ultimas, el debido proceso del procesado.

En ese sentido, es la Fiscalía quien debe ejercer una correcta delimitación de su hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, para lo cual debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

“(i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) **establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma**; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera.”⁵

Por ello, los hechos jurídicamente relevantes deben ser concretados de la mejor manera posible por parte del Ente Acusador, debiéndose, entre otras, especificar de manera lo más exactas posible las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de la conducta investigada, pues ello garantiza al procesado la posibilidad defenderse de unos cargos en concreto, conociendo cuándo, cómo y dónde sucedieron los sucesos por los cuales va a ser llevado a juicio.

Claro, lo ideal es que la descripción de las circunstancias del delito sea totalmente precisa y así sucede en muchos casos; sin embargo, no siempre es posible especificar de manera clara los escenarios témporo - espaciales y modales en las cuales se cometió la presunta conducta punible investigada, ello en razón

⁵ Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017 (negrillas de la Sala).

de múltiples situaciones propias del contexto en que se desarrollaron los hechos materia de indagación, lo que implica que se hallen imprecisiones o ciertas vaguedades en alguna de las tres esferas mencionadas en precedencia.

En efecto, en muchos casos habrá cierta indeterminación del lugar de la comisión del delito (por ejemplo, desaparición forzada), de la fecha de su ejecución (por ejemplo, un hurto continuado), o de la manera como se ejecutó la conducta punible (por ejemplo, una violencia sexual en donde aparece muerta la víctima), lo que no obsta para hacer la imputación o la acusación, si de todas maneras del contexto de la formulación de cargos es dable colegir que los mismos son lo suficientemente claros para el procesado y por ello mismo puede ejercer una defensa adecuada. Lo que no puede permitirse es que la Fiscalía por descuido o por deslealtad oculte datos relevantes porque en esos casos el juez tendría que intervenir para solucionar la situación.

También puede ocurrir que la falta de concreción en esas situaciones témporo-espaciales y modales obedezcan a condiciones justificadas como la edad de la víctima, el entorno en el que se desarrollaron los hechos, la multiplicidad de eventos, etc., casos en los cuales el Juez, como se dijo, debe evaluar si con los datos comunicados por la Fiscalía le es posible a la defensa ejercer a cabalidad sus funciones.

En ese sentido y a manera de conclusión, se puede decir que lo ideal es que haya una explicitación exacta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes; pero si ello no es así, es deber del juez, en primer lugar, verificar si ello tiene una justificación plausible y, en segundo lugar,

determinar si esa imprecisión no deja en situación de indefensión procesal al encartado. Si la respuesta al primer interrogante es positiva y a la segunda es negativa, el juez, de garantías o de conocimiento, deberán avalar la imputación o la acusación. En caso contrario tendrá que haber una reformulación de los cargos por parte de la Fiscalía, so pena de que no se avale judicialmente tal acto.

Es preciso, por último, advertir, que frente a esta situación, es imposible establecer reglas abstractas o genéricas, pues será en cada caso concreto con sus particulares vicisitudes que el juez tomará la decisión que corresponda.

7.2.2 Análisis del caso en concreto

Encontramos al interior de este trámite que la Fiscalía General de la Nación formuló acusación al señor **Francisco Javier Montoya Gómez** por un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años, agravados, describiendo la siguiente hipótesis factual:

A finales del año 2.018 y principios del 2.019, en la residencia del acusado ubicada en la carrera 14 nro. 55-29 del barrio Caicedo, sector Villatina de esta ciudad, el acusado FRANCISCO JAVIER MONTOYA GOMEZ, realizo en varias ocasiones en las menores MARIANGEL JARAMILLO PALACIOS de 5 años de edad, MAYTE JARAMILLO PALACIOS de 3 años de edad, y MARYELIS ALEJANDRA MORELO GUEVARA de 8 años de edad ACTOS SEXUALES ABUSIVOS que consistieron en tocamientos de índole libidinoso que les realizo en la vagina, cuando estas iban a su casa donde también tiene el taller de zapatearía y debido a la confianza que le tenían las madres de las menores pues ha sido vecino al que conocen de toda la vida.

Esa misma delimitación de hipótesis de hechos jurídicamente relevantes fue la comunicada en la audiencia de formulación de acusación, llevada a cabo el 13 de mayo de 2020, sin que ningún reparo efectuara la defensa sobre tal demarcación fáctica.

Al analizar el contenido de la hipótesis factual, halla la Magistratura que, contrario a lo que propone el apelante en su recurso, la Fiscalía General de la Nación sí efectuó una correcta y concreta delimitación de las circunstancias temporales y espaciales en las cuales se llevaron a cabo los hechos objeto de investigación.

Obsérvese como se manifestó por parte del fiscal en sus intervenciones, que los hechos materia de investigación habían sido perpetrados entre finales de 2018 e inicios de 2019, además especificó que los presuntos abusos de los que eran víctimas las menores se llevaban a cabo en la vivienda del procesado, la cual frecuentaban por la confianza existente entre las familias y, si bien es cierto, no se precisa de manera exacta los días en que acaecieron los sucesos objeto de investigación, ello no comporta una situación de indefensión para el procesado, por cuanto el Ente Acusador señaló un interregno temporal definido y ello aunado, además, a la precisión del lugar y la manera como se cometieron los presuntos abusos sexuales múltiples, es dable colegir con certeza que esa acusación permitía ejercer debidamente el derecho de defensa al procesado, habida cuenta que tiene claridad suficiente sobre qué delitos se le está procesando para que pueda construir su estrategia defensiva.

Ahora bien, la falta de concreción acerca de las fechas exactas en las cuales se cometieron los diversos delitos en contra de las menores, tiene su origen no solo en el contexto de ejecución delictual, sino también en la escasa edad de las menores (3, 5 y 8 años para la fecha de los hechos), lo que hace apenas razonable que no den información sobre fechas exactas. Por el contrario,

exigirle tales datos resultaría inadmisibile si se tiene en cuenta, además, que fueron múltiples los abusos sexuales de que fueron víctimas las infantes.

Por ello, si bien es cierto dentro de los hechos jurídicamente relevantes indicados por el titular de la acción penal no se explicitaron los días exactos de ocurrencia de los sucesos, también lo es que no por ello se puede hablar de que hay una indeterminación sustancial sobre la circunstancia temporal, por cuanto sí se indicó que acontecieron entre finales de 2018 y principios de 2019, cuando las niñas visitaban la vivienda del procesado y los actos lúbricos consistían en tocamientos vaginales, con lo cual se observa un correcto establecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de las presuntas conductas punibles que le permiten perfectamente comprender al procesado los hechos por los cuales se le investiga, dándole un panorama suficientemente claro y amplio para organizar su estrategia defensiva.

Visto esto, a la Sala no le queda la menor duda de que en el presente asunto no se ha presentado ninguna afrenta a las garantías procesales del señor **Montoya Gómez**, por cuanto, como se dijo, sí tuvo los datos suficientes de incriminación para poder defenderse y si bien la redacción de la acusación no fue prolífica, esta permitía establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de las conductas endilgadas.

Por lo anterior, no es cierto que el procesado careciera de claridad sobre los hechos por los que fue llevado a juicio, no prosperando el reparo que en este sentido hace el defensor.

7.2.2. ¿ Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía, por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor Francisco Javier Montoya Gómez realizó tocamientos libidinosos a las menores M.A.M.G., M.A.J.P y M.J.P. durante el interregno comprendido entre finales del año 2018 y principios del 2019?

Para resolver el interrogante, es necesario efectuar un breve exordio sobre las posibilidades con las que cuenta la Fiscalía para la incorporación de las versiones de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral y la valoración de estos dichos por parte del juez, para luego proseguir con el abordaje del caso concreto.

7.2.2.1 Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino de los jueces para tratar de

encontrar el justo medio en donde los derechos de los unos no avasallen a los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso coexistan de la manera más armónica posible para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo más posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, teniendo como referente claro nuestro régimen procesal y el *principio pro infans*, ha habilitado cuatro formas de introducir la versión de la menor víctima al juicio oral, cada una de las cuales tiene unas exigencias especiales como pasa a verse:

La primera -y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación-, consiste en la **práctica del testimonio del menor en el juicio oral**, eso sí con el respeto máximo de todas sus garantías constitucionales y procesales para evitar una revictimización.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que el menor rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad tal versión anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.

Sobre esta forma de introducción de los dichos previos del menor, la Alta Corporación fue demasiado clara al señalar que, para que pueda introducirse la declaración anterior como testimonio

adjunto, debe existir: *i)* una retractación o modificación significativa de la versión inicial del testigo; *ii)* este debe estar disponible, no solo de forma física, sino también funcionalmente para ejercer como medio de prueba; *iii)* debe existir una solicitud en el sentido de la aducción de la declaración previa como testimonio adjunto que, garantizándose debidamente el contradictorio y que se profiera una decisión favorable por parte del Juez de conocimiento; y *iv)* la declaración anterior debe introducirse a través de la lectura efectuada por el mismo testigo. Así, contando el juez con las dos versiones puede ejercer la respectiva valoración, a la luz de la sana crítica y la persuasión racional⁶.

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es como **prueba anticipada** practicada ante un juez de control de garantías en razón de “... motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio”, o por cierto tipo de delitos reseñados por el artículo 284 procesal, advirtiéndose que tal carga probatoria y argumentativa le corresponde a la Fiscalía o a la parte solicitante.

En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la defensa el derecho de contradicción, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de

⁶ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

la prueba anticipada ha desaparecido o no se cumplió, el juez ordenará la repetición del testimonio del infante en la vista pública, salvo las excepciones que trae el referido artículo 384.

La última alternativa que prevé la ley es la introducción de los dichos del menor rendidos antes del juicio por medio de lo que se conoce como **prueba de referencia**, cuando a pesar de que haya la posibilidad de hacer comparecer al testigo a juicio, ello pueda implicar una revictimización secundaria.

Es menester señalar que, si bien por ley se encuentra habilitado que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello, al igual que el testimonio adjunto, no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima dentro de nuestro sistema penal en tanto afecta de manera sustancial al principio de inmediación, su introducción al juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se pueda demostrar la indisponibilidad total del testigo (hipótesis señaladas en el artículo 438 literales a, b, c y d) o, cuando menos, su indisponibilidad relativa (a pesar de la presencia física del testigo en el juicio, aquel por diversas razones no está en la posibilidad de declarar de manera adecuada y suficiente).

Frente a este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al establecer la precisa ritualidad que se debe seguir si se quiere introducir este tipo de pruebas al juicio:

(i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, **con plena garantía del contradictorio**, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia, es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Sala de Casación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de juicio, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, acreditar la causal excepcional de admisión, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la admisibilidad del medio de prueba y, con base en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio⁷.

Véase como la Corte, de forma por demás acertada, y en criterio que es compartido plenamente por la Sala, ha dictado parámetros específicos para reglamentar la introducción de este tipo de

⁷ Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

pruebas al juicio oral, por lo cual la petición probatoria debe ser expresa, ceñirse a estrictos parámetros de argumentación sobre la indisponibilidad del testigo -sea plena o relativa-, y someterse al escrutinio de las demás partes e intervinientes para que expresen su punto de vista frente a su admisión, a efectos de que finalmente el juez tome una decisión motivada al respecto, sobre la cual proceden los recursos de ley.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, puede allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas directrices la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

Por último, es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia en casos de abuso sexual contra menores, no significa una excepción a la tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena únicamente con pruebas de esta estirpe.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal en punto a la elaboración de su estrategia para sacar adelante su pretensión punitiva, la Corte en la sentencia del 20 de mayo de 2020 ha hecho esta puntual y oportuna advertencia:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)» .

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre debe hacerse con pleno respeto del interés superior del menor; pero también con el respeto de las formas propias del juicio y las garantías del procesado.

7.2.2.2. De la valoración del testimonio rendido en juicio por los menores víctimas de violencia sexual:

Lo primero que ha de señalarse es que, como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas y que como en muchas ocasiones la agresión no deja huellas en el cuerpo de la víctima, el testimonio de esta adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, en tanto es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

Respecto a la valoración del testimonio de los infantes, inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue un tanto reticente frente a su credibilidad, pues se alegaba una cierta inmadurez mental de aquellas, lo que afectaba su percepción real de los hechos.

Posteriormente, la misma Corporación sostuvo que, a partir de investigaciones científicas, era posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiriría una gran credibilidad cuando era víctima de abusos sexuales⁸.

⁸ Cfr. CSJ Rad. 23706 del 26 de enero de 2006.

La jurisprudencia actual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ubicado en un punto intermedio, al establecer que lo que corresponde al juez en cada caso es valorar tales dichos bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o, de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie de juntillas sus relatos⁹.

Y es que esto último realmente no es nada nuevo, porque de tiempo atrás la alta Corporación indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.¹⁰

También en sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado 35080, advirtió que: «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

⁹ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

¹⁰ Sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568

En estas condiciones, para el análisis de la veracidad del testigo, el juez debe tener en cuenta la consistencia interna del testimonio, para lo cual se asirá de los aspectos ya señalados del artículo 404 y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión; pero también la valoración debe contener un análisis de consistencia externa que tiene que ver con la armonía y coherencia que guarde el relato con las demás probanzas llevadas a juicio.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración (consistencia interna y externa o periférica), puede sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.¹¹

Ahora bien, en decisión un tanto reciente la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales, se reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si

¹¹ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal o jurisprudencial, **sino como consecuencia de examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:**

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: **la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.**

En este sentido, la Corte ha dicho que: **“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental”** (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

La postura anterior encuentra su justificación en que: “cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, **su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se**

efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica”.¹² – *Negrilla propia*–

En desarrollo de esta misma línea de pensamiento, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016¹³, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana:

“Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”

¹² Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

¹³ SP3332, M.P. Patricia Salazar Cuellar. Posición reiterada en otras decisiones posteriores, entre esas, la más reciente, la sentencia 55957 del 12 de febrero de 2020.

7.2.2.3. Análisis probatorio del caso concreto:

Traídos los anteriores conceptos al caso en concreto, deberá la Sala determinar la credibilidad que debe otorgarse a los diferentes declarantes que concurrieron a juicio, en grado muy especial a las víctimas, teniendo en cuenta su consistencia tanto interna como externa, a fin de establecer si con las pruebas practicadas en el juicio, pudo demostrar la Fiscalía que entre finales de 2018 y principios de 2019, **Francisco Javier Montoya Gómez** realizó actos sexuales a las menores M.A.M.G., M.A.J.P y M.J.P.

Ello, por cuanto la defensa alega en su escrito de apelación que la juez de primera instancia no valoró en su justa media las pruebas practicadas en juicio oral, señalando que los testimonios de las afectadas, fueron inconsistentes y contradictorios. También señaló el recurrente que no se apreció correctamente la prueba de descargo, cuando esta daba cuenta de la imposibilidad de ocurrencia de los hechos, dado que los escenarios que describieron esos testigos imposibilitaban la ejecución de conductas lascivas enrostradas del procesado.

Así las cosas, para resolver el asunto en cuestión, lo primero que hará esta Colegiatura es una depuración probatoria, esto es, verificará cuáles de las probanzas que se practicaron en el juicio oral sí tienen la idoneidad para ser analizadas y valoradas, dadas las reglas propias del enjuiciamiento penal y la jurisprudencia al respecto.

7.2.2.3.1. Depuración probatoria.

Con base en lo anterior, se tiene que la Fiscalía trajo a juicio a Yuli Palacios Gallego, madre de M.A.J.P y M.J.P. y Mariana Josefina Guevara Viera, progenitora de M.A.M.G., cuyas declaraciones tienen una doble connotación; la primera, como prueba de referencia inadmisibles en lo que guarda relación sobre lo que les relataron las menores acerca de lo sucedido al interior de la vivienda donde estaba con el acusado; y la segunda como testigo directo de lo que ellas mismas pudieron percibir sobre las actitudes y el comportamiento asumido por sus hijas luego de los hechos materia de investigación, así como la relación y dinámica social que sostenía su familia con el procesado.

De esta manera lo único que será susceptible de valoración en esta segunda instancia, son los aspectos de sus declaraciones que guarden relación con su segunda condición, esto es, lo que directamente percibieron de forma previa y posterior y que no guarde relación con la revelación de las niñas, por la potísima razón de que los dichos de las menores fueron escuchados en juicio de su viva voz, lo que implica que todo lo manifestado por estas testigos sobre ese aspecto es prueba de referencia inadmisibles que debe excluirse del debate probatorio.

También se tuvo el testimonio de las psicólogas Erika García y Yudi Marcela Cadavid Correa, quienes atendieron en ese campo a las menores. De estas declarantes, se tiene que, al igual que las madres de las víctimas, tienen una doble connotación, por cuanto el conocimiento de los hechos lo obtuvieron fue través de la atención prestada M.A.J.P y M.J.P. y M.A.M.G en las instituciones para las que laboran.

También, estas profesionales depusieron en juicio sobre aspectos del comportamiento de las niñas, ámbito de su declaración que, contrario al antes indicado, si es susceptible de valoración en esta instancia, como se hará en el acápite subsiguiente.

Otro deponente que trajo la Fiscalía fue Robinson Largo Suarez, médico que atendió a M.A.J.P y M.J.P. De igual manera se tiene que su testimonio cuenta con una doble connotación, a saber: como testigo de referencia y como testigo perito de la valoración que realizó.

En la primera de sus calidades (testigo de referencia), deviene diáfano que no es susceptible de valoración los dichos de este por las mismas razones que se expusieron respecto de las psicólogas y de las progenitoras de las menores; empero en lo que tiene que ver con su segunda condición (perito), es decir, los resultados de la atención médica y de la revisión que hiciera a M.A.J.P y M.J.P., si es valorable judicialmente.

7.2.3.2. Valoración de la prueba legalmente valida.

Como primera medida, dado que el núcleo central de la acusación estriba sobre los tocamientos libidinosos que el señor **Francisco Javier Montoya Gómez** realizara a las menores M.A.J.P., M.J.P. y M.A.M.G y teniendo en cuenta que todas comparecieron a juicio oral, la Sala analizará la consistencia interna y externa de esas declaraciones.

La primera de las niñas que subió al estrado fue M.J.P., quien, para el día de su declaración en juicio, contaba con escasos 4

años; no obstante su corta edad, esta testigo refirió momentos claves del abuso del que fue víctima en la casa de un señor al que identificó como “papito”, que se dedicaba a oficios relacionados con zapatos y que era marido de una señora de nombre Zenaida.

La menor, señaló en su deposición que cuando visitó la casa de “papito”, este le toco su vagina con su mano mientras estaban en el taller donde hacía zapatos, encontrándose para ese momento en compañía de su hermana M.A.J.P. y de M.A.M.G., de quien también refiere fueron objeto de tocamientos libidinosos por parte del sujeto.

Indicó que el tocamiento libidinoso realizado en su zona íntima fue por encima de la ropa y con tanta dureza que sintió dolor y tuvo que asistir al médico.

De igual manera compareció a juicio la menor M.A.J.P. quien, al igual de la testigo anterior, relató sobre los tocamientos en su zona íntima realizados también por el señor a quien identificó como “papito” y que se dedicaba al oficio del calzado.

La menor, contó que cuando tenía más o menos 4 años y visitó la casa donde vivía el acusado, este la agarró de la mano y del cuerpo, acto seguido le bajó los pantalones y le tocó sus partes íntimas con la mano, hechos que tuvieron ocurrencia en el espacio que el procesado utilizaba para realizar labores de zapatería y que luego de realizarle los tocamientos, les ofreció un dinero.

También, acudió a la vista pública M.A.M.G., otra menor que señaló haber sido víctima de abusos sexuales por parte de este

sujeto a quien identificó como “papito” y que señaló, al igual que las anteriores de ponentes, que se dedicaba a oficios relacionados con el calzado.

En su relato la niña contó que en dos oportunidades, mientras estaba en la vivienda del **Montoya Gómez** jugando con el nieto de este, el procesado le tocó sus partes íntimas.

Concretamente explica la niña que ella se encontraba jugando en la casa del procesado, cuando este se agachó y le tocó su vagina por encima de la ropa, indicándole que no podía decir nada o que de lo contrario le haría daño a ella y a su familia.

Esta testigo relató que en el momento en que su madre fue a reclamar a la casa del procesado por este suceso libidinoso, escuchó cuando la esposa de este le advertía sobre las consecuencias de ese tipo de actos, a lo que el encartado le pedía que hiciera silencio.

Analizando el relato de las tres víctimas de este caso, encuentra la Sala que todas son claras en relatar la forma en que fueron abusadas por parte de ese señor al que identificaban como “papito”, que es casado con Zenaida y que se dedicaba a labores de zapatería, ciudadano que no es otro que el señor **Francisco Javier Montoya Gómez**.

Además, las menores fueron muy explícitas al relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que atentaron contra su integridad, libertad y formación sexuales, habida cuenta que de la escucha de sus testimonios, se pueden establecer los siguientes aspectos:

- i) El sitio donde ocurrieron los tocamientos: todas las declarantes señalaron que el lugar donde fueron manoseadas por el encartado fue en la vivienda de este ubicado en el barrio Villa Tina de esta ciudad. Ahora, con relación a las hermanas M.A.J.P. y M.J.P., se tiene que ellas dan cuenta de que fueron abordadas en el sitio donde este sujeto realizaba sus labores como zapatero, mientras que M.A.M.G. señaló que fue abusada en un patio de esa misma vivienda.

Esta circunstancia, toma relevancia si se analiza que en las declaraciones de las menores, incluso en los dichos de la más pequeña de ellas, se explicó con suficiencia cómo era la casa donde habitaba el señor **Montoya Gómez**, siendo los 3 relatos consistentes y coincidentes en este aspecto

- ii) La ropa que vestían para el día en que cada una fue abusada: cada una de las niñas, pudo recordar con mucha precisión, pese a su edad y el paso del tiempo, las vestimentas que portaban en los días en que fueron tocadas por el señor **Montoya Gómez**.
- iii) La fecha aproximada de los tocamientos: todas las menores dieron cuenta que los tocamientos ocurrieron un año antes de su declaración, esto es, en 2019 en fecha aproximada al mes de abril.
- iv) Las acciones posteriores a los abusos: las menores afirmaron con seguridad que pusieron en conocimiento

de sus padres la situación presentada con **Montoya Gómez** y que, derivado de ello, las madres comparecieron a la vivienda de este a efectuarle el respectivo reclamo y todo lo que se generó a raíz de tal problemática.

Todos estos aspectos, permiten a la Sala establecer que, contrario a lo planteado por la defensa, los testimonios de las menores no fueron inconsistentes ni mucho menos contradictorios, pues estos refirieron aspectos demasiado sustanciales que daban cuenta de la ocurrencia de los tocamientos libidinosos perpetrados por **Montoya Gómez** en contra de las 3 niñas.

Las declarantes gozan de una buena capacidad de rememoración, pese a la corta edad que tienen, y no se pudo establecer que estas testigos tuvieran algún tipo de ánimo protervo de incriminar injustamente al procesado; por el contrario, las menores M.A.J.P. y M.J.P. señalaron que conocían al encartado desde hace mucho tiempo y que sus familias eran muy cercanas, mientras que M.A.M.G. indicó que apenas lo conocía, situaciones que permiten inferir que las deponentes no obraron movidas por algún tipo de animadversión o cualquier otro tipo de interés en contra del acusado.

Todo lo anterior dota a esas declaraciones de las menores de una buena coherencia interna, siendo lo procedente entrar a verificar su cohesión externa y la presencia de datos que permitan corroborar su relato.

Yuli Palacios Gallego, madre de las menores M.A.J.P. y M.J.P., en cierta medida permite corroborar que sus hijas sí frecuentaban

esa vivienda, en razón de la amistad entre las familias y que en esa morada había un menor que jugaba con las niñas.

También Mariana Guevara Viera, madre de M.A.M.G., permitió corroborar a través de su testimonio la presencia de su hija en la vivienda del acusado, por motivos bastante similares a los de las otras dos menores, esto es, por ir a ese lugar a compartir con un menor con el que solía jugar.

También ambas declarantes lograron dar cuenta, en gran medida, de las distintas variaciones comportamentales de sus hijas a raíz de los abusos perpetrados por el señor **Montoya Gómez**.

Véase como la señora Palacios Gallego refirió que M.A.J.P. y M.J.P., luego de presentarse los sucesos libidinosos que ocupan la atención de la Sala, comenzaron a portarse de manera muy distinta a la acostumbrada, siendo rebeldes, groseras e, incluso, la menor de las niñas acostumbraba a relatar con frecuencia lo sucedido.

Con M.A.M.G. la cuestión no fue diferente, pues Mariana Guevara Viera relata sobre serios cambios en el comportamiento de su hija que, incluso, se mantuvieron hasta la fecha de su declaración en juicio, dentro de los cuales se destaca la repudió que la menor ha manifestado hacia los hombres, incluyendo su hermano, del cual refiere la dama en cita que su hija no deja acercarse ni a darle besos de saludo o de relación entre hermanos.

Todos estos cambios comportamentales de las niñas, también fueron referenciados por las psicólogas Erika García y Yudi

Marcela Cadavid Correa al momento de brindarles atención en ese campo a las menores, quienes de manera categórica relacionaron todas esas variaciones en su manera de actuar, con la ocurrencia de los abusos por ellas predicados, entregando así una causa bastante fiable que corrobora periféricamente los dichos de las menores.

Pero si ello no fuera suficiente, el medico Robinson Largo Suarez señaló que en la vagina de M.A.J.P. había presencia de eritemas, que podían estar relacionados con un posible abuso sexual; que si bien no es la única causa de la aparición de ese tipo de lesiones en la región bulbar, lo cierto es que guarda cierta relación con el relato de esta menor sobre los abusos de los que fue víctima.

Así, para la Sala no hay un motivo plausible que permita establecer que las versiones rendidas por las menores en sede de juicio oral carezcan de credibilidad, por cuanto y tal como se vio en líneas precedentes, sus declaraciones guardan una coherencia y claridad, detallan de gran manera lo vivido y tienen corroboración externa en otros testimonios rendidos en la vista pública.

Nótese que de las declaraciones de la señora Yudi Marcela Cadavid Correa, se extrae que la relación con el señor **Montoya Gómez** siempre fue buena y que ellas estuvieron al cuidado de la compañera sentimental de este, cuando eran niñas.

Lo anterior, permite establecer que no existe, en lo más mínimo, un ánimo inculpativo en estas personas, ni mucho menos en las menores, siendo ilógico pensar que 3 niñas de escasa edad se concierten para realizarle este tipo de imputaciones a una

persona que, por el contrario, era cercano a una de las familias y con la otra no había ningún tipo de relación.

También se queja el recurrente de la valoración que efectuó la primera instancia sobre la prueba de descargo, aduciendo que esta mostraba una realidad distinta a la tesis acusatoria y que hacía inverosímil que los actos libidinosos pudieran haber ocurrido, en razón a que el procesado nunca estuvo solo en la casa con las tres menores.

Para fundar su postura alternativa, la defensa trajo a juicio varios declarantes que intentaron explicar que en la vivienda habitaban alrededor de 5 personas y que el sitio donde el señor **Montoya Gómez** desempeñaba su oficio como zapatero, lo era una habitación que quedaba al interior de la casa, que no tenía puertas.

Para la Sala, la prueba de descargo lo que permitió corroborar es que las menores si iban a esa vivienda con mucha frecuencia, pero no que las niñas no ingresaban a la pieza donde trabajaba el acusado o que este nunca se hallaba solo en la casa, porque tales testigos no se encontraban permanentemente en la vivienda del procesado.

Además, una de las menores dijo en su declaración que el día que fue objeto de tocamientos, estaba una de las hijas del acusado en la vivienda, pero que esta no se dio cuenta de la acción lasciva.

Para la Magistratura, el hecho de que la casa no permaneciera sola no desdibuja la ocurrencia de los eventos, por cuanto todas las menores fueron categóricas en afirmar que el señor **Montoya**

Gómez aprovechaba los lapsos de soledad para realizarles los tocamientos libidinosos y que entre estas ocasiones se encuentra lo relatado por una de las niñas respecto de un evento en que la compañera sentimental del acusado salió a la tienda y que fue en ese preciso instante en que fue manoseada.

Por lo anterior no existe la duda planteada por la defensa respecto de la ocurrencia de los actos libidinosos desplegados por el acusado en contra de las menores M.A.M.G. de 8 años, M.A.J.P de 5 años y M.J.P de 3 años, eventos que ocurrieron de conformidad con la prueba recaudada en juicio por lo menos una vez y contra las 3 niñas en el mes de abril de 2019, fecha que se enmarca dentro del interregno de la acusación.

Ahora reprocha el recurrente la configuración de la circunstancia de agravación punitiva endilgada al procesado, esto es, la confianza que se depositó en el señor **Montoya Gómez** por el hecho de haber sido vecinos de toda la vida.

Para la Sala resulta configurado este agravante en lo que respecta a las menores M.A.J.P. y M.J.P., habida cuenta que su progenitora señaló en el juicio que conocían al procesado de toda la vida y que, incluso, ella había sido cuidada por la esposa de este cuando era niña, en razón del servicio de guardería que esa dama prestaba en el barrio.

Este aspecto también fue corroborado por la prueba de descargo de la defensa, pues esos testigos dieron cuenta que entre la familia de estas dos víctimas y el procesado existía una relación de amistad de antaño que permitió establecer esa relación de confianza que, a la postre, ocasionó que las menores

frecuentaran la casa de forma asidua y que esa constante presencia de las dos niñas en esa vivienda, fuera aprovechada por el acusado para realizar los actos libidinosos que se le imputan.

Empero, ello no ocurre así con la menor M.A.M.G., por cuanto, sin hacer mayores consideraciones al respecto, su madre indicó en juicio que su contacto con el procesado era poco y que no tenía una relación de confianza con este.

Por lo anterior, se tiene que los actos sexuales sobre los cuales recaen la circunstancia de agravación, solo son los perpetrados en contra de M.A.J.P. y M.J.P., mientras que frente a la otra menor, la conducta punible desplegada es de carácter simple, esto es, sin el agravante del numeral 2 del canon 211 del C.P. Tal salvedad se hará en la parte resolutive de este fallo.

En ese orden de ideas y siendo la Sala consecuente que esto debe incidir en la tasación final de la pena, como quiera que por el concurso se adicionó a la pena base en 12 meses más por los otros delitos, con un criterio de proporcionalidad se rebajará la pena en 2 meses.

Por lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la sentencia en contra del señor **Francisco Javier Montoya Gómez**, modificando el numeral primero de ese fallo, en el sentido de que el juicio de reproche lo será por un concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados y actos sexuales abusivos con menor de 14 años y la pena a imponer será de 154 meses de prisión

Ahora, respecto de la petición subsidiaria del apelante, tendiente al otorgamiento de la prisión domiciliaria a su prohijado la prisión domiciliaria por su avanzada edad y la situación mundial actual de salud, desde ya dirá la Sala que no tiene ninguna vocación de prosperidad.

Nótese que en la audiencia del 447 celebrada el 21 de enero de 2021, el abogado de la defensa no realizó ninguna petición en este sentido, máxime cuando para esa fecha ya nos encontrábamos inmersos en la pandemia mundial por la Covid – 19.

Ahora, al analizar el contenido del pedimento del procesado se tiene que este carece de un fundamento jurídico valido que implique la inaplicación de la prohibición legal para el otorgamiento de beneficios en delitos como el que nos ocupa, limitando su argumento a un mero y lacónico planteamiento de humanidad que, en este caso, no es suficiente para el otorgamiento del beneficio solicitado.

Para abundar en razones, el Decreto Ley546 de 2020, que reguló la domiciliaria transitoria por la pandemia antes referida, vedó de su otorgamiento a aquellas personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situación que hace plenamente improcedente la concesión de esa prisión domiciliaria al señor **Francisco Javier Montoya Gómez**.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

8.1. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 23 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, Ant., que impuso una pena de prisión de 156 meses al señor **Francisco Javier Montoya Gómez**.

SEGUNDO: MODIFICAR el fallo recurrido en el sentido de que la condena al señor **Francisco Javier Montoya Gómez** lo es por hallarse penalmente responsable del concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados con uno de actos sexuales abusivos simple, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Por esta razón se modifica la pena a purgar el condenado a ciento cincuenta y cuatro (154) meses de prisión.

TERCERO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

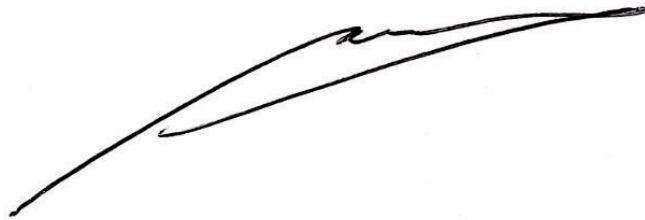
CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión remítase al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado