

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 050016000206201551048
Procesado: James Nieto Valoyes
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 17 Aprobada por acta No. 71 de la fecha
Decisión: Confirma el fallo recurrido
Lectura: Viernes, 21 de julio de 2023

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 1º de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín, Ant., que condenó al señor **James Nieto Valoyes** en calidad de autor del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravados, en concurso homogéneo y sucesivo y le impuso una pena 146 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El 11 de octubre de 2015, en horas de la madrugada, en la vivienda ubicada en la calle 34D #112B-35 primer piso del barrio Belencito Corazón el señor **James Nieto Valoyes** le hizo tocamientos de índole libidinoso a su hijastra J.A.M.R, de 9 años de edad para la fecha, en su vagina, utilizando su miembro viril. Además, en la anualidad anterior, cuando la menor tenía 8 años de edad, **Nieto Valoyes** en la misma residencia. igualmente le realizó tocamientos libidinosos en la vagina con su pene luego de despojarla de su ropa.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 9 de diciembre de 2019, ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación al señor **James Nieto Valoyes** como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, cargos que no fueron aceptados por el ciudadano.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 6 de marzo de 2019, correspondiendo el conocimiento de las diligencias, por reparto, al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín, quien presidió la verbalización del acto vocatorio a juicio el 4 de mayo de 2020; la audiencia preparatoria se realizó el día 10 de octubre de ese año.

El juicio oral se llevó a cabo los días del 17 de marzo, 18 de noviembre de 2021, 24 de marzo, 29 de agosto y 24 de octubre

de 2022, fecha en la que se clausuró el debate probatorio y se presentaron las alegaciones de conclusión por las partes e intervinientes. El 1° de noviembre de ese año se emitió sentido de fallo condenatorio, se celebró la audiencia de individualización de la pena y se profirió la respectiva sentencia, la cual fue apelada por la defensa del procesado.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La funcionaria de primer nivel, señaló que la prueba practicada en la audiencia de juicio oral le permitió arribar al conocimiento más allá de duda razonable de la materialidad del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, así como la responsabilidad del señor **James Nieto Valoyes** en un concurso de ese reato en contra de la menor J.A.M.R.

Al respecto, indicó que la declaración de J.A.M.R, introducida a juicio como prueba de referencia en amparo del literal E del canon 438 procesal, dio cuenta de la forma en que el procesado realizaba los vejámenes sexuales de los que fue víctima, los cuales explicó con detalle y con un lenguaje acorde a su corta edad, lo cual hizo de manera reiterada y coherente, careciendo esa atestación de contradicciones que mermen su valor suasorio, de conformidad con las pautas legales establecidas para su valoración.

Señaló la falladora de primer nivel que estos dichos de la menor tenían corroboración en otros medios de prueba practicados en el juicio, aduciendo como la declaración de la madre de la víctima dio cuenta de la presencia de semen en el cuerpo de su hija el día de la fiesta donde se produjo uno de los abusos, además de

establecer cambios en el comportamiento de la niña y afectaciones con posterioridad a estos sucesos, lo cual era compatible con los abusos denunciados. Para la juez, la declaración de la madre era totalmente creíble por ser espontánea y sin ambigüedades, además de carente de ánimo incriminatorio, por cuanto se tenía que esta le guardaba cariño al encartado.

Anotó que la prueba de descargo no pudo desvirtuar la solidez de la declaración introducida como prueba de referencia y su corroboración, indicando, además, que la ausencia de prueba científica que determinara que lo hallado por la madre en el cuerpo de la menor fuera semen, no estaba llamado a prosperar por el principio de libertad probatoria y ello en nada desdibujaba lo solido del relato.

Así, la *a quo* afirmó que el acto desplegado por el acusado estaba plagado de un contenido sexual, dado que este aprovechaba que la menor se encontraba dormida, en contra de su voluntad y valido de su superioridad, para realizarle tocamientos libidinosos, lo que de manera alguna podría catalogarse como una actuación sorpresiva o accidental, dejando secuelas por demás imborrables en la niña propias de este tipo de actos.

Con relación al agravante endilgado, la falladora señaló que este se encontraba probado, por cuanto se pudo establecer que el señor **Nieto Valoyes** convivía con la menor hacía 5 años en razón a que era el compañero sentimental de la madre, situación que lo hacía integrante del núcleo familiar.

De cara al concurso de conductas, señaló la juez que fue imposible establecer el número exacto de las veces que ocurrieron

los actos lúbricos, razón por la cual se le condenaría por 2 eventos de actos sexuales a los que la víctima hizo referencia de forma clara.

En consecuencia, emitió el respectivo juicio de reproche en contra del encartado.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primer nivel, la apoderada del señor **Nieto Valoyes** promovió recurso de apelación, señalando que la funcionaria de primer nivel erró en la valoración de la prueba y supuso hechos que carecen de respaldo en lo arrimado a juicio.

Así, indicó que la declaración de la menor introducida como prueba de referencia era insuficiente para dar por probada la responsabilidad del procesado; además, adujo que el testimonio de la madre no ofrecía corroboración periférica, porque no vio los hechos, no tuvo prueba técnica de corroboración de que lo que encontró en el cuerpo de su hija fuera semen y, además, de que esta dama sentía animadversión hacia el procesado por los problemas existentes entre ellos.

También refirió que un testigo de la defensa señaló que nunca vio al acusado ausentarse de la fiesta del 11 de octubre de 2015 ni discusiones entre la madre de la menor y su prohijado, por lo cual existía duda razonable sobre la real ocurrencia de los hechos.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión de primera instancia y en su lugar se profiera fallo absolutorio.

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 Cuarto 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 se aviene un problema jurídico netamente fáctico, del siguiente tenor literal:

- ¿Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía, por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor **James Nieto Valoyes**, el 15 de octubre del año 2015 y en otra ocasión anterior, realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas de la menor J.A.M.R.?

Para resolver el interrogante planteado es necesario efectuar un breve exordio sobre las posibilidades con las que cuenta la Fiscalía para la incorporación de las versiones de las 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.

7.2.1. Formas de introducción a juicio de las versiones de las 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 racional¹.

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 la prueba anticipada ha desaparecido o no se cumplió, el juez

¹ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

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 probatorio².

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 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

² 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.

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 de la 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 fundamentales del procesado.

7.2.2. 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 sexuales³.

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

³ Cfr. CSJ Rad. 23706 del 26 de enero de 2006.

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 relatos⁴.

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.⁵

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».

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

⁴ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

⁵ Sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568

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 adquiera 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.⁶

Ahora bien, en decisión emitida recientemente por 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 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**

⁶ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

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**”.⁷ – *Negrilla propia*–

Desarrollando esta línea de pensamiento, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016⁸, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la

⁷ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁸ 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.

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.”

7.2. 3. Análisis probatorio del caso concreto:

Lo primero que ha de señalarse, de cara al abordaje probatorio del caso concreto, es que en el presente asunto la declaración de la víctima J.A.M.R. fue introducida como prueba de referencia, por alegarse por parte del ente acusador una indisponibilidad de la niña para acudir a juicio, pese a ser decretada.

Pues bien, se observa que en el decurso de la audiencia de juicio oral en la cual declaró la psicóloga Lucelly Vélez Muñoz, el delegado fiscal solicitó la incorporación de la entrevista tomada por esta testigo, por cuanto la madre de J.A.M.R. decidió no hacerla comparecer a juicio para evitar revictimización; de esa solicitud, como en efecto debe hacerse, la funcionaria judicial de primer grado dio traslado a la defensa, quien no tuvo oposición alguna, por lo cual se autorizó el ingreso de la declaración previa a título de prueba de referencia admisible.

Ante este panorama, es claro para la Sala que es perfectamente viable valorar esa declaración anterior como prueba de referencia, eso sí, sin perder de vista las limitaciones que contrae la misma en materia de adopción de una sentencia de condena.

Aclarado lo anterior, se tiene que con la declaración en juicio de Vélez Muñoz se tuvo conocimiento de la existencia de una entrevista grabada en video, que fue tomada a la menor J.A.M.R. reconocida como víctima en el presente asunto el 4 de noviembre de 2015, en la cual la niña dio cuenta de la ocurrencia de unos eventos de abuso sexual en su contra, señalando:

P: En la niña que me pintaste, la niña no se deja tocar ni la boca, ni las tetillas, ni el ombligo, ni las pompis; ¿a ti alguna persona te ha tocado alguna de estas partecitas que no te debes dejar tocar?

T: Sí, el que era mi padrastro me tocó así.

P: ¿Cómo se llama esa partecita?

T: La cosita.

P: ¿Tu padrastro te tocó la cosita, y con qué te la tocó?

T: Con esto.

P: Entonces mira, yo te voy a pasar otro marcador, y tú con este de otro color me vas a pintar primero que fue lo que te tocó tu padraastro

T: Esto, la cosita.

P: Con que fue que te la tocó, pintarlo.

T: Con esto, el cosito.

P: Cuéntame, ¿dónde estaba?, ¿con quién estabas?

T: Yo estaba dormida allá en mi casa, mi mamá estaba arriba.

P: Levante la cabecita; dices que estaba dormida, ¿dónde estabas dormida?

T: En la cama de mi mamá.

P: ¿Y luego que pasó?

T: Mi mamá estaba arriba y él se bajó para que creyeran que estaba con mi tía, y entonces no estaba con mi tío, el me despertó, yo iba a gritar y él no dejó y me hizo así, después mi mamá se bajó e hizo así, entro y dijo, usted por qué esta despierta a esta hora, entonces ella hizo así en la cama y sintió mojado del semen y ella se fue y gritaba.

P: ¿Sabes que es el semen?

T: Esa cosa blanca, mi mamá me le dijo, y él dijo que no fue, y él si fue; y mi mamá le dijo que se fuera, le dijo a mi tía Mónica y mi tía bajó corriendo y llamó a mi tío Alex, mi tío Alex subió, entonces le dijo que él no estaba allá, y entonces mi abuela se fue donde la policía de niños, dijo que cuando lo encontraba lo encarcelaba.

P: Te voy a hacer algunas preguntas, me dices que tu padraastro te tocó la cosita con el cosito de él, ¿cómo se llama tu padraastro?

T: James Nieto Valoyes.

Además de ese evento, la niña refirió la ocurrencia de múltiples hechos, anotando en su entrevista:

P: ¿Antes había pasado alguna cosa, o esa era la primera vez que pasaba?

- T: Antes también.
- P: ¿Qué pasaba antes también?
- T: me tocaba acá y acá también en la cosita.
- P: ¿Con que te tocaba?
- T: Con su cosito.
- P: ¿Cómo pasaba eso?
- T: Yo me dormía y no sentía nada, él llegaba y dejaba el pantalón ahí en mi cama.
- P: ¿Y te dejaba con calzones o sin calzones?
- T: Sin calzones, y me decía que le dijera a mi mamá que había dormido así.
- P: ¿Y después de que te quitaba los pantalones y los calzoncitos que pasaba?
- T: Él me tocaba.
- P: ¿Cómo te tocaba con el cosito?
- T: Así.
- P: ¿Cuándo te hacía así tú estabas cómo?
- T: Dormida.
- P: ¿Y el dónde estaba?
- T: Acostado en mi cama, debajo de mi cama, yo me levanté rápido y me fui para el baño.
- P: ¿Cuándo te hacías así él estaba al lado tuyo o se acostaba encima de ti?
- T: Al lado.
- P: ¿Cómo te hacías así?
- P: Yo iba a gritar y no me dejaba.
- P: ¿Y él se quitaba o se bajaba algo?
- T: El pantalón.
- P: ¿Con que te hacía ahí en la cosita?
- T: Con el cosito.
- P: Además de hacerte así con el cosito de él en tu cosita, ¿te hacía algo más?
- T: Me tocaba en la cosita.
- P: ¿Él llegó a tocarte la cosita con la mano?
- T: No.
- P: ¿Te llegó a dar besitos en tu cuerpo?

T: No.

P: ¿Él te hizo a ti en tu cosita con el cosito de él cuantas veces?

T: Muchas veces.

P: ¿Dónde estaba tu mamá mientras él te hacía eso?

T: Dormida.

P: ¿Y tus hermanitos?

T: Dormidos.

Así, se tiene que la niña J.A.M.R. entregó esta entrevista en el CAIVAS menos de un mes después de uno de los eventos señalados en la acusación, esto es, 11 de octubre de 2015, donde se puede apreciar que narró con detalle y con un lenguaje demasiado acorde para su edad los vejámenes sexuales a los que era sometida, señalando como la persona que se los cometió a su padrastro **James Nieto Valoyes**.

Esta declaración previa da cuenta con suficiencia varios aspectos nodales que permiten establecer la ocurrencia de los hechos lúbricos enrostrados al señor **Nieto Valoyes**, por cuanto se pudo establecer el sitio de ocurrencia de estos, como lo fue la casa en la que habitaba la niña con el procesado, en razón de la relación sentimental que este sostenía con la madre de J.A.M.R.

También, se logró conocer que en el primer abuso que la niña narró, el procesado se encontraba en el piso superior de la vivienda, que bajó a abusar de ella y que, al notar la presencia de la madre, este corrió a un baño a esconderse.

Además, la niña en esa oportunidad fue categórica en señalar en que consistieron los abusos desplegados por parte del acusado, señalando en su lenguaje pueril que este le tocaba la vagina con su miembro viril y que le salió semen, sustancia corporal que

conoció por lo dicho por su madre posteriormente y que describió como algo blanco.

Primariamente, pese a la solidez entregada por la niña en la declaración previa, dada la condición de prueba de referencia de esa declaración sería insuficiente para proferir un juicio de reproche en contra del encartado; empero y tal como lo hizo notar la *a quo* con rotundidad y suficiencia en su proveído, existen otros elementos de corroboración del dicho de la menor, en esencia el testimonio de la señora Maritza del Carmen Roa Chaverra, madre de J.A.M.R.

En efecto, de la declaración entregada por Roa Chaverra se pueden verificar aspectos sustanciales de la declaración introducida como prueba de referencia y que contiene la incriminación en contra del procesado, tales como la relación sostenida entre esta dama y **Nieto Valoyes**; además, esta testigo dio cuenta con suficiencia del sitio donde se presentaron los hechos, siendo plenamente coincidente con lo referido en ese momento por la niña en punto a que el procesado se encontraba en una fiesta en el piso inferior de la vivienda donde ocurrieron los hechos.

Pero esto no es todo, la testigo señaló que al revisar a la menor se dio cuenta que alguien corrió a esconderse en el baño, tal como también fue referido por J.A.M.R. en la entrevista, identificando a esa persona como el acusado, a quien notó nervioso por la pregunta sobre que hacía en ese momento en la vivienda.

Además, la testigo dio cuenta de la presencia de semen en la cama donde yacía acostada la niña.

La madre de J.A.M.R. dio cuenta de varios cambios en el comportamiento de esta, luego de haberse presentado este evento de abuso, tales como llanto, agresividad hacia los hombres, esconderse debajo de la mesa para sentir seguridad, entre otras situaciones que hicieron necesario que la niña asistiera a intervenciones psicológicas.

Estos aspectos permiten, contrario a lo discurrido por la apelante, que los hechos si ocurrieron y que lo dicho por la niña en la entrevista ante la psicóloga tiene una fuerte corroboración periférica que dota su versión de una buena consistencia externa.

Tampoco se puede recibir por esta Colegiatura los argumentos de la censora encaminados a señalar que lo que halló la madre de J.A.M.R. en la cama no era semen porque se carece de prueba científica de corroboración, puesto que ello constituye una ruptura al principio de libertad probatoria que gobierna esta actuación y generaría una inaceptable tarifa legal probatoria.

Además, si la defensa quería desvirtuar que la sustancia encontrada era semen, debía encaminar sus esfuerzos a rebatir ello, ya sea con otra prueba o en sede del contrainterrogatorio a la madre de la niña, pero ninguna de las dos situaciones se presentaron, no pudiéndose minar la credibilidad de la testigo en ese aspecto ni desdibujar la ocurrencia de los hechos, máxime cuando para la configuración de los actos sexuales aquí juzgados se requiere que exista material de tipo biológico en la escena de los hechos o en el cuerpo de la víctima, siendo este elemento otro más de corroboración a la entrevista introducida como prueba de referencia.

Tampoco existe el mencionado animo incriminatorio desprendido de la declaración de Roa Chaverra por problemas personales, por cuanto la prueba de descargo dio cuenta que la relación entre esta y el acusado era buena y si bien uno de los declarantes dijo lo contrario respecto de ese tópico, lo cierto es que luego adujo que el día de la fiesta no existieron problemas que el observara mientras estuvo allí.

En suma, encuentra la Magistratura que la prueba de cargo si permitió estructurar la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado en los hechos que se le endilgan y que esas probanzas tienen un sólido valor que no pudo ser derruido por la prueba de descargo; por el contrario y tal como se dijo en precedencia, antes sirvió para reafirmar el alto valor suasorio de las probanzas que soportaron la tesis acusatoria.

Tal como lo dijo la falladora de instancia inicial, si bien la niña en la entrevista refirió la existencia de multiples eventos, en esta actuación se tiene claridad sobre 2 que fueron debidamente individualizados al inicio de este acápite, en los cuales el señor **Nieto Valoyes** realizó tocamientos libidinosos refregando su pene en la vagina de J.A.M.R.

Con relación a la circunstancia de agravación punitiva endilgada, esto es, la señalada en el numeral 5 del canon 211 del C.P., encuentra la Sala que le asiste razón a la juez de primera instancia por cuanto se pudo acreditar que el señor **Nieto Valoyes** se encontraba integrado a la unidad doméstica de la víctima, en tanto sostenía una relación sentimental y convivía

con la madre de esta desde 5 años antes a la ocurrencia de los hechos.

Así las cosas, el análisis contextualizado de la prueba practicada en la vista pública permite arribar al grado de exigencia racional sobre la ocurrencia de dos eventos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravados, cometidos por **James Nieto Valoyes** contra su hijastra J.A.M.R., siendo lo pertinente confirmar la condena proferida por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín.

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 íntegramente la sentencia del 1° de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín, Ant., que condenó al señor **James Nieto Valoyes** en calidad de autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravados, en concurso homogéneo y sucesivo, por las razones que se expusieron en las consideraciones de la presente decisión.

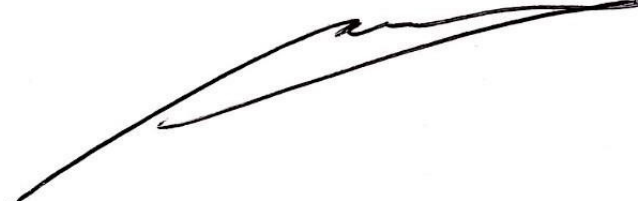
SEGUNDO: La presente sentencia es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

TERCERO: Ejecutoriada la misma 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 ORTIZ

Magistrado