



SALA DE DECISION PENAL

APROBADO ACTA 59

(Sesión del 12 de marzo de 2024)

Radicado: 05001-60-00206-2017-00287
Sentenciado: Walter Saldarriaga Salinas
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años Agravado
Asunto: Fiscalía apela sentencia absolutoria
Decisión: Confirma Absolución
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 18 de marzo de 2024

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISION

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del nueve (9) de diciembre de 2020, por la cual el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, absolvió a Walter Saldarriaga Salinas por un concurso homogéneo del delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.

2. HECHOS

En el mes de marzo de 2017 la señora Sandra Milena Gallego Marín en calidad de madre de la menor S.I.V.G¹, formuló denuncia penal en contra de Walter

¹Se omite identificar al menor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU, Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

Saldarriaga Salinas, afirmando que entre los meses de enero a marzo de ese año su hija fue abusada en varias oportunidades por el denunciado, quien le realizaba actos sexuales consistentes en besos, tocamientos en sus genitales y le enseñaba sus partes íntimas a la menor. Dijo que los hechos ocurrían en su residencia y en casa del abusador, quien era compañero sentimental de la tía de la menor y mejor amigo del padre de la víctima.

3. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 23 de octubre de 2019 ante el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se formuló imputación a Walter Saldarriaga Salinas por la conducta punible de Actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, de conformidad con los artículos 31, 209 y 211 numeral 2° del Código Penal.

3.2. El 17 de enero de 2020 se acusó de manera oral por la misma conducta imputada.

3.3. El 3 de agosto de 2020 se realizó audiencia preparatoria.

3.4. Entre el 23 de septiembre y el 19 de octubre de 2020 se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento ante el Juzgado Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

3.5. El 9 de noviembre de 2018 se recibieron los alegatos de conclusión, y el 18 de noviembre del mismo año se emitió sentido del fallo absolutorio y la lectura de la sentencia se programó para el 24 de noviembre de 2020.

3.6. Inconforme con la decisión, la Fiscalía interpuso recurso de apelación que sustentó de manera oral en la audiencia de lectura de sentencia el 09 de diciembre de 2020.

concordancia también con lo normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

3.7. Sentencia de primera instancia.

El 9 de diciembre de 2020 se profirió sentencia absolutoria en favor de Walter Saldarriaga Salinas, en la que el *a quo* citó los artículos 7, 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal y jurisprudencia respecto de cómo debe valorarse el testimonio de los menores, se refirió a las estipulaciones acordadas entre las partes para luego afirmar que para proferir sentencia condenatoria debe demostrarse el hecho, la autoría material y la responsabilidad del procesado, aspectos que en su criterio no fueron demostrados más allá de duda razonable por parte del ente acusador.

Como fundamento teórico de la sentencia absolutoria cita la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que desarrolla el tema del delito de Acto sexual con menor de 14 años y la forma en que debe valorarse el testimonio de los menores y qué criterios de apreciación suasoria deben aplicarse tanto en su valoración interna como externa; luego cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del manejo de la prueba de indicios y el valor probatorio del testimonio de los menores víctimas en este tipo de delitos y cómo debe valorarse en conjunto con las demás pruebas que reposan en el expediente.

Para efectuar la valoración probatoria del testimonio de la menor **S.I.V.G**, el *a quo* analizó sus manifestaciones en las que afirma que Walter era el mejor amigo de su papá y compañero sentimental de su tía y describe cómo la tocaba, le metía los dedos en la vagina, la besaba, le exhibía el pene y le pedía que lo tocara, también dice que ocurrió en varias oportunidades y que cuando sucedían siempre estaba sola; sin dejar de lado que en el interrogatorio cruzado la menor no dio cuenta del supuesto incidente ocurrido con un señor de una tienda en el que presuntamente habría sido abusada, posterior a dicha afirmación y luego de exhibirle que resultaba contraria a lo que anteriormente había declarado en la denuncia, reconoce esa declaración anterior, explicando que no lo hizo antes

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

porque en este caso habían demandado a Walter y no a otra persona, por lo tanto, lo consideró como impertinente.

Por otro lado, antes de calificar el valor suasorio del testimonio de la madre de la menor, Sandra Milena Gallego Marín, el *a quo* citó sus declaraciones en las que manifestó que Walter era de confianza y que frente a la enfermedad de su marido, le ayudaba manejando el carro, subiéndolo a la cama, bajándolo, con el transporte a las citas médicas y a diversas actividades que requerían de un tercero, refiere los episodios que su hija le contó de los presuntos abusos y afirma que antes de enterarse de los hechos, en el colegio le dijeron que la niña requería ayuda psicológica porque en ocasiones entraba como en depresión, pero que pensó que todo era por la enfermedad del papá, pues que se encontrara en ese estado podría haberla afectado, pero la madre afirmó no haberla visto extraña, ni notó nada, que a la niña la vieron varios psicólogos del CAIVAS, luego fue remitida a la fundación Lucerito y posteriormente a Jugar Para Sanar, pero que por la situación económica que atravesaban, no volvieron donde ningún psicólogo. Sobre los conflictos con su cuñada, manifestó que por la discapacidad de su esposo cesaron, que ella y Walter eran vecinos suyos.

Además, citó la declaración de la psicóloga Silvia Luz Oquendo, de Jugar para Sanar, quien da cuenta que la madre y la menor asistieron a dos citas, que fue la mamá quien refirió el motivo de consulta, el cual era que la niña había sufrido dos situaciones de abuso sexual. Declaró que tuvo una cita a solas con la menor observando una niña extrovertida, ubicada en espacio, tiempo y personas, que se expresa en forma fluida y que le contó que en el colegio le iba bien. Declaró que la menor a través de la terapia expresa la situación que se presentó con un tercero en el supermercado y que debido a eso la mamá se enteró de lo sucedido con Walter. Agrega que el caso se cerró por deserción. Frente a pregunta de la delegada del Ministerio Público respecto de las conductas sexualizadas de la menor, dice que según lo refiere la madre y la observación S.I.V.G. no posee límites de proximidad y la madre expresa que tiene conocimientos sexuales inadecuados para su edad que ella conceptúa pueden ser causados por abuso.

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

Consideró el *a quo*, del análisis de las anteriores declaraciones que, en primer lugar, de la declaración de la menor **S.I.V.G** se advierten varias inconsistencias, pues declaró que le tocó el pene al acusado, pero también afirmó nunca haberlo hecho; a su vez dijo que le había introducido varios dedos en su vagina y que le dolió mucho, pero del examen sexológico se puede concluir que la menor cuenta con himen íntegro y no elástico; también manifestó que él se bajó el blue jean, pero luego dijo que se bajaba solamente el cierre del pantalón; por último la menor adujo que el hombre del supermercado la trataba de tocar, pero posterior a ello declaró que le tocaba la vagina, pero con la ropa puesta, también indicó que el señor del supermercado le dio un beso, afirmación que luego corrige diciendo que fueron dos. Por esos motivos el *a quo* consideró que existen una serie de inconsistencias y contradicciones en los dichos de la menor que no hacen plausible la teoría del caso propuesta por el ente acusador.

Extrañó el *a quo* la corroboración periférica de los dichos de la menor pues encontró una irregularidad entre estos y la declaración de su madre Sandra, respecto de un día en el presuntamente Walter la habría agredido cuando fue a llevar un casco de moto, hace referencia la primera instancia a la declaración de la madre frente a ese suceso, pues primero se cuestionó cómo es plausible que si la mamá de la víctima junto al papá esperaban a Walter para una cita, haya podido el procesado haber consumado todo los hechos que la menor refirió, en un periodo tan corto, también se preguntó el *a quo* si vivían tan cerca, por qué Walter fue a guardar el casco a la casa de ellos y no a la suya.

Resalta que hay una clara diferencia entre lo manifestado por la menor en la entrevista en el CAIVAS y en el juicio oral pues en este dijo que no había sido tocada por nadie más en sus partes íntimas y que el hombre del supermercado solo se le “insinuó”, lo cual la motivó a contarle a su madre lo que le sucedía con su tío Walter, contrario a lo dicho ante la Fiscalía en entrevista; además de que le generó dudas al fallador que los hechos sucedieran en los mismos meses, en el supermercado en febrero y con Walter en enero, febrero y marzo, pero le contó a su madre en marzo.

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

En las inconsistencias que el *a quo* percibió, le extrañó que la víctima no hubiere pedido auxilio a sus abuelos frente a las agresiones sexuales, si nunca manifestó que Walter ejerciera algún tipo de violencia que le impidiera hacerlo. Aduce que la madre de la menor, a pesar de que informó que la veía bien, manifestara que en el colegio le dijeron que la niña a veces entraba como en depresión, pero sin especificar las causas, y que ella creía que era por la situación de salud del papá, pero que desertara del tratamiento psicológico, por lo tanto, la Fiscalía no pudo probar la razón del comportamiento de la menor.

Del testimonio de la psicóloga Silvia Luz Méndez Oquendo, quien afirmó que observó en la menor síntomas de un posible abuso sexual, luego de atenderla solo durante una sesión, pues la primera fue un recorrido por las instalaciones de la fundación y en compañía de la madre; consideró el *a quo* que ello no es suficiente para valorar y determinar los padecimientos, en especial cuando frente al conainterrogatorio la psicóloga dijo que le hizo la entrevista a la madre no a la menor, por lo que considera que, aun teniendo en cuenta la anamnesis de la valoración psicológica, no hay un aporte de peso en la misma para demostrar la materialidad de los hechos y mucho menos la responsabilidad del enjuiciado.

Para otorgar valor suasorio al testimonio de la menor, cita la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto de cómo debe valorarse el testimonio de quien declara varias veces, en especial cómo debe valorarse cuando se encuentran contradicciones entre varias deponencias que hubiere rendido el testigo y menciona las decisiones que establecieron las pautas para obtener convicción acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en este tipo de delitos. A partir de lo dicho por la menor y lo enseñado en la doctrina concluye el *a quo* que las contradicciones en su testimonio derriban la confiabilidad de su relato respecto de las supuestas agresiones sexuales a las que la sometió Walter Saldarriaga Salinas. Agregó que la credibilidad del testimonio se cae si a lo anterior se suma que no se aportaron elementos que corroboraran de manera periférica lo aseverado por la menor, pues no se investigó el daño psíquico o el cambio comportamental para que, junto con las

demás pruebas, se pudieran verificar la coherencia y fuerza demostrativa del relato inculpativo.

Argumentó que la versión de la menor **(i)** no concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se dieron los vejámenes sexuales **(ii)** No pudo confirmarse la versión de la víctima sobre la real existencia del hecho pues la Fiscalía no allegó prueba periférica que permitiera hacer más creíble su versión, por el contrario la madre solo pudo repetir los dichos de su hija y no de manera concreta pues hay claras diferencias entre sus declaraciones, **(iii)** la psicóloga - que solo estuvo una sesión con la menor- tampoco pudo advertir un cambio psíquico o comportamental, y si lo hubo, no se estableció cómo fue y qué lo produjo, y **(iv)** el testimonio de la menor en juicio fue contradictorio con lo dicho en la entrevista en el CAIVAS lo que hace surgir muchos interrogantes, aunado a que la forma de responder de la menor ante el interrogatorio le hace perder credibilidad.

El Juez de primera instancia señaló que entre Diana Liseth, tía de la menor y el procesado, que eran expareja, existían problemas sobre la tenencia y uso de los bienes raíces de la familia y, para ello, se apoya en los testigos de descargos de los que puede resaltarse a Olaite de Jesús Zapata Gaviria, quien refirió que conoció a Diana Liseth, tía de la menor, en relación con la construcción de unas viviendas y se enteró de las discusiones que tenía con Walter por el uso y tenencia de esas propiedades, y en los testimonios de las hermanas del procesado Aidé Milena y Mónica María Saldarriaga Salinas quienes dijeron que han recibido comentarios de unos familiares de que Diana Liseth, excompañera de Walter y tía de la menor, afirmaba que los haría meter a la cárcel a ellos también, porque le quitaron lo que es de ella; afirmaron creer que el problema tiene que ver con las propiedades que Walter está construyendo y que, además, los inconvenientes con Diana Liseth continúan.

Consideró que todos los testigos de la Defensa tienen en común que se enteraron de los hechos por comentarios, que ninguno conoció, ni le constan, las circunstancias que rodearon los presuntos hechos, que los testimonios de

descargos ayudan a generar más dudas debido a que no se descartó que la teoría de los mismos respecto del origen del conflicto fuera posible, que fuera cierta, que no fue descartada por la Fiscalía.

La exigencia jurisprudencial de que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, o sea, la constatación de la existencia del hecho, consideró la primera instancia que la versión de la menor no concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, ya que no se allegó prueba de corroboración periférica que permitiera hacer creíble lo manifestado por la menor, por el contrario, su madre solo repitió lo dicho por esta y no de manera concreta; la testigo psicóloga tampoco pudo establecer en el juicio los cambios psíquicos.

Respecto de la exigencia jurisprudencial de la persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades ni contradicciones, afirmó el *a quo* que la versión dada por la menor en el CAIVAS se contradice con la otorgada en el juicio oral, lo que hace surgir muchos interrogantes, que no son meros desfases. Se observó en juicio que de manera consciente S.I.V.G. intentó corregir hábilmente sus contradicciones. Hizo énfasis en el asunto del hombre del supermercado, al tratarse de serias inconsistencias del interrogatorio cruzado, lo que le hace perder credibilidad respecto a la menor.

Como corolario de lo argumentado afirmó encontrarse frente a la duda razonable respecto de la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, por lo que no se alcanza a soslayar, con la totalidad de la prueba aportada, la presunción de inocencia que cobija a Walter Saldarriaga Salinas, imponiéndose la aplicación a los principios *In dubio pro reo* y *Onus probandi*, procediendo a absolver al acusado.

3.8. Recurso de apelación.

En la audiencia de lectura de la sentencia absolutoria y, de manera oral, la Fiscalía presenta recurso de apelación en el que solicitó se revoque la decisión

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

que absuelve al acusado y se dicte sentencia condenatoria en contra de Walter Saldarriaga Salinas, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años Agravado.

Inició exponiendo la Fiscal que no comparte que el *a quo* no le diera credibilidad al testimonio de la menor indicando que existían varias inconsistencias pues, contrario a lo dicho por la sentencia, la verdad de los hechos para la Fiscalía es que Walter Saldarriaga Salinas sí realizó los actos sexuales abusivos.

Alude a la afirmación del Juez cuando indicó que la menor en juicio no refirió nada respecto de un señor llamado Rodrigo, del supermercado, pues considera que ella indicó que sabía que se trata del juicio de Walter Saldarriaga y que no tenía nada que hablar de Rodrigo, el del supermercado, a su vez, agregó que al decir en el juicio que nadie más la había tocado, no es porque no quisiera hablar del tema, es porque si lo hubiera hecho a lo mejor le dicen que eso no es el tema del juicio, además ya lo había contado varias veces a la médica, a los familiares, a la psicóloga, y no es fácil para ella; pero arguye la Fiscal que no mencionar los tocamientos de Rodrigo el del supermercado, no significa que estos hechos no sucedieran. De otro lado afirma que la Fiscalía remitió copias para que se investigara a Rodrigo N. y se indicó el SPOA del cual en la acusación se dejó constancia.

Para la Fiscalía el testimonio de la menor es suficiente para la condena; recuerda que en delitos sexuales normalmente no existe pluralidad de testigos, el agresor trató de no dejar testigos de los hechos y aprovechó el momento para abusar de la menor. Así mismo, discierne de la afirmación del *a quo* quien, con fundamento en el testimonio de la mamá de S.I.V.G, de que no tuvo mayores cambios en su comportamiento, extrañó que no notase estos cambios, pues considera la recurrente que cada persona actúa de manera diferente. La madre no los pudo haber notado, pero una profesional, Silvia Vélez Oquendo de Jugar para Sanar sí los percibió, la menor le contó a la psicóloga en la segunda sesión, la ocurrencia de los hechos, revelados espontáneamente mediante el juego.

Afirmó que se le debe dar credibilidad al testimonio de Silvia Vélez Osorio, psicóloga de Jugar para Sanar, e insiste en que no se puede descartar por ser solo dos sesiones. Resaltó la censura que la niña le refirió a la psicóloga que él la tocaba, que la tocó varias veces, en sus partes íntimas y que le daba miedo contar porque Walter era el mejor amigo de su papá.

Frente a la apreciación del *a quo* donde pone en duda la declaración de la menor respecto a que dijo haberle tocado el pene al acusado y posteriormente dijo no haberlo hecho, afirmó la apelante que eso no significa que no sea consistente, ya que se debe a que eso ocurrió en varias ocasiones y la víctima tenía tan solo 10 años de edad, entonces, posiblemente en una ocasión le tocó el pene y en otra no, pero eso no significa que el testimonio no sea consciente, la menor siempre fue clara en indicar que fue Walter su abusador.

El Juez dice que no es lógico que Walter guardara el casco en la casa de la menor sabiendo que vivía cerca, entonces, la apelante aclara que (i) uno guarda el casco donde quiera, eran muy amigos y Walter era casado con una tía de la menor víctima, pero además (ii) Walter fue con la intención de efectuar esos tocamientos en la casa de la menor. Arguye que se quiso decir en el proceso que todo se originó por un problema entre Walter y su esposa, aunque la madre de la menor negó en el juicio que tuviera problemas graves con Walter. Agrega que el juicio no es por los problemas de Walter y su familia, es por el delito sexual.

Afirma que Silvia Vélez Oquendo observó a la menor en dos sesiones en las que la percibió extrovertida, ubicada en espacio, tiempo y persona, hablaba bien, se expresaba de manera adecuada y fluida, presentaba pesadillas y que eran por la revelación de ese abuso sexual, que tenía sentimientos de culpa, miedo y tristeza, conceptuando que es muy común que los niños abusados los presenten y, en especial, una niña de 10 años abusada, manifieste culpa por haberse dejado tocar y por no haberle contado a sus padres.

Afirma que la menor fue clara cuando reveló en juicio oral el abuso sexual al que fue sometida, dijo respecto de uno de los episodios de abuso "*tengo recuerdo*

que Diana mi tía se fue a llevar a mi primita chiquita al colegio y yo me quedé sola en la casa de él, él comenzó a tocarme, él me preguntaba si el besaba bueno”, entonces si una niña no ha vivido eso es muy difícil que lo comprenda, y la menor dijo “él me besaba, me tocaba las piernas” una niña a esa edad si no ha vivido ese episodio no podría relatarlo.

La menor dentro del juicio oral declaró que el acusado “me metía los dedos en la vagina” recordemos que se le acusó por Actos sexuales con menor de 14 años, una menor a esa edad no alcanza a entender el significado “meter”, cuando le están manipulando la vagina, el hecho de que le toquen, le rocen la vagina pueden entender que le metió los dedos, recuérdese que se le acusó solo por actos.

La menor no solo le relató el hecho a la familia y a la psicóloga, también lo relató a la médico legista Martha Elena Herrera, el dictamen fue estipulado y en el la menor manifestó a la médico: “más o menos en enero febrero de 2017 él intento manosearme besarme y darme besos en la boca, eso pasó en donde mi tía y en mi casa, él me tiro a la cama, me bajó la ropa una vez intentó meterme el pene en la vagina y en la nalga pero yo no dejé porque me empezó a doler y a mí me quedaba la vagina muy mojada por ejemplo como si me hubiera orinado, siempre que me veía, él me hacía eso.”

Continuó diciendo a la médica legista que su “(...) papá es parapléjico y mi mamá estaba en una cita con mi papá y él entró a dejar el bolso y el casco, me cargo y me llevó para la cama y nuevamente me tiro a la cama”. El testimonio rendido en juicio oral coincide con los relatados a la médica legista, dictamen que se consensuó, dijo “y a mí me quedaba la vagina muy mojada, como si me hubiera orinado.” Se pregunta la Fiscal entonces, cómo va a inventar una niña de 10 años esa situación, eso lo saben los adultos, pero no los menores de 10 años.

El testimonio de la menor fue creíble, le dijo a la médico que fue en muchas ocasiones, por lo tanto, ella cuenta lo que recuerda. En otro momento dice lo del

casco, que entró a su casa y le tocó el cuerpo, el motivo por el que llevó el casco no lo sé, pero si dijo que le tocó el cuerpo.

Contó un tercer evento, dice que él la tocó cuando estaba en la casa de él sola, su tía había ido a llevar a la su primita al colegio. Indicó que los hechos sucedieron cuando tenía aproximadamente 10 años. Dice que Walter se le montaba encima y la empezaba a besar que ella intentaba quitárselo, él intentaba quitarle la correa y el jean y le tocaba la vagina. La menor fue rica en detalles en el juicio oral en ningún momento fue incongruente en su testimonio y explicó que, *le conté a mi mamá porque estaba cansada de lo que me hacía*.

Critica la Fiscal el argumento del Juez de que no coincide el testimonio de la menor con el de su madre, ripostando que debe recordarse que ella estuvo siempre sola y por tanto lo que la madre sabe de los hechos fue lo que su hija le contó. Respecto de que la niña no supo explicar cuántos hechos fueron, afirma la censora que no se le puede exigir a una menor que llevé una bitácora de los abusos. Insiste en que la madre contó lo que le refirió la menor y cómo observó su estado emocional; pudieron haber contado hechos diferentes porque fueron varios.

Considera que el testimonio de la menor fue creíble y coherente, dijo la verdad en juicio oral, sí sufrió el abuso sexual y, por eso, solicita al *ad quem* que se revoque la decisión de primera instancia y se dicte sentencia condenatoria.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

² Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de

4.2. Problema Jurídico.

Enfrentamos un problema jurídico de índole probatorio, responderá la Sala si, centrados de manera fundamental en la valoración del testimonio S.I.V.G, sumado a las otras pruebas que desfilaron en el juicio, se supera el baremo impuesto por la ley para proferir sentencia condenatoria, o si deberá confirmarse la absolución con fundamento en la duda probatoria y el principio de *in dubio pro reo*.

4.3. Valoración y solución al problema jurídico.

4.3.1. Del principio de limitación.

Conforme a los argumentos de la Fiscalía impugnante, para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se acoge al principio de limitación que establece la competencia funcional del Juez de segunda instancia en el recurso de apelación, de acuerdo con el cual la competencia del superior se circunscribe a los puntos que se extiende la inconformidad del apelante, así lo ha explicado recientemente la Sala de Casación Penal³:

“9. En la Ley 906 de 2004 no existe, como sí lo establecía la Ley 600 de 2000 (artículo 204), una disposición donde expresamente se señale que, “En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”.

Sin embargo, la Corte Constitucional, de antaño, al estudiar los límites a la competencia del superior jerárquico, indicó que en los sistemas acusatorios:

“existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el a quo. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico”.

10. Así, en virtud del principio de limitación, la intervención del juez de segundo grado en curso del examen propio del recurso de apelación no puede desbordar sus funciones hacia aspectos no tratados o pretensiones no formuladas, bajo el entendido que se trata de un funcionario imparcial que carece de agenda propia y resuelve en consonancia con lo solicitado o discutido.

Ello, representa la materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez se aparta de ese objeto concreto de debate para incursionar en terrenos ajenos que ni siquiera fueron planteados por la parte descontenta con el fallo y, por tanto, tampoco permitieron pronunciamiento de la contraparte.”

El interrogante que deberá resolverse se concreta en determinar si debe mantenerse o no la absolución con fundamento en la apreciación suasoria de la credibilidad del testimonio de la menor S.I.V.G como prueba fundamental de cargos, respecto del que deberá determinarse si es o no creíble, vista su coherencia interna y externa.

El *a quo* utilizó para valorar el testimonio de la menor, los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, pero además recurrió, y así lo explicitó, a las pautas establecidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para la apreciación del testigo especialísimo que es el menor de 14 años víctima de agresión sexual y regularmente único testigo del delito.

4.3.2. Valoración probatoria del Testimonio de la menor S.I.V.G, prueba fundamental de cargos.

4.3.2.1. De vieja data la jurisprudencia y la doctrina han establecido que el testimonio único de la víctima puede ser suficiente para llevar al Juez el conocimiento y convencimiento necesario para condenar, tratándose de víctimas de delitos sexuales, las que por lo regular no pueden ofrecer más que su versión de los hechos. El testimonio único puede servir para soportar probatoriamente la existencia de un hecho, y la responsabilidad penal del acusado, con la condición de que el mismo sea confrontado conforme a los criterios del artículo 404 y decantada su credibilidad a partir de los postulados que establece la sana crítica;

dado a que como se ha establecido, los menores, por su condición de niñez e ingenuidad, son altamente influenciables, llegando a representar intereses de terceros o servir de instrumentos para la ejecución de conductas ya sean delictivas o de cualquier índole, por este motivo la jurisprudencia ha sido clara en precisar que su condición de niñez no deja a los menores exentos de mentiras.

En ese mismo sentido y a manera de contexto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, a los niños no por el solo hecho de serlo es imperioso creerles sin mayores explicaciones, pues no siempre cuando declaran dicen la verdad, por el contrario *“sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la tonalidad de los elementos allegados al debate.”* Deben valorarse los dichos sin prejuicios y atendiendo a las reglas de la sana crítica, este cuidado especial permitirá no caer en extremos de postular que los menores nunca mienten o que siempre debe creérseles, en esa línea ha sostenido la corporación *“... al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversa o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien...”*³. Es decir, su análisis deberá someterse a las reglas de apreciación probatoria del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal y a su vez responder a las circunstancias fácticas de cada caso.

Conforme a lo anteriormente dicho la Sala de Casación Penal, ha establecido unos criterios de apreciación del testimonio especialísimo que son generalmente los menores de 14 años víctimas de abusos sexuales y los que se conciben como únicos testigos del delito. En ese sentido para hacer verosímil su declaración, deberá respaldarse por **(i)** la ausencia de incredulidad subjetiva, que se deriva, de las relaciones preexistentes entre el presunto victimario y la víctima, que, pudieran sustentar la existencia de resentimiento o enemistad, **(ii)** la verosimilitud de la declaración, es decir que esa declaración pueda ser corroborada de manera periférica con otros medios probatorios, esto es la confirmación de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico y, **(iii)** la

³ Sentencia del 11 de mayo de 2011. Rad. 35080, reiterada en Sentencia del 30 de enero de 2017. Rad. 412656, MP. Eugenio Fernández Carlier.

persistencia en la incriminación debe ser coherente, consistente, sin contradicciones y ambigüedades⁴. Estos planteamientos responden a las posibles coyunturas que pueden llegar a surgir de la declaración de la menor víctima dentro del juicio oral, por tanto, además de valorar los puntos referenciados, el Juez valorará las circunstancias fácticas de cada caso en concreto. Así lo ha dicho en reiteradas ocasiones⁵ la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En suma, la Fiscalía debió acudir a otros medios de prueba, como la *corroboración periférica*, que como ya lo ha indicado esta Corte -SP399-2020, 12 feb. 2020, rad. 55957- ha sido entendido en el derecho español para:

referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado⁶; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual⁷; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.”

En esta línea, el Tribunal Supremo de España expuso:

“Tales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad⁸.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sentencia del 11 de abril de 2007. Rad. 26158

⁵ Sentencia del 16 de marzo de 2022, SP765-2022, con Radicado 50524. MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

⁶ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015.

⁷ *Ídem*.

⁸ ATS 6128/2015

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.”

El primer criterio establecido por la citada jurisprudencia invita a verificar que exista o no incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de la denuncia, es decir, la existencia de razones para querer perjudicar al procesado. En el *sub judice* la Defensa planteó como tesis defensiva, que existían problemas entre la tía de la menor y el procesado debido a unos inmuebles; entonces, correspondía a la Fiscalía dejar probado en el juicio oral de manera fehaciente, para hacer más creíble la versión de la víctima, que no existían motivos para que ella y/o sus familiares mintieran con la finalidad de perjudicar al procesado, y no solo limitarse a negarlos. Al respecto, la Sala encuentra, sin embargo, que la señora Aidé Milena Saldarriaga Salinas, declaró respecto de la relaciones de Walter con su compañera que: *“En un principio creo que bien, pero las cosas empezaron como a complicarse entre ellos cuando comenzaron a construir unas casas aquí donde yo vivo y Lizeth pues desde un principio (...) como a tener problemas con él, por que como así que le iba a dar casa a mi mama y a los hijos y ella que, (...) pero a pesar de eso, mi hermano siguió con ella. Ella siempre poniéndole problema que, por las casas, que primero era ella”⁹.*

En ese mismo sentido el señor Olaite de Jesús Zapata, afirmó en juicio que escuchó decir a Diana *“es que yo no sé este porque tiene que mantener la mamá*

⁹ Sesión 4 del Juicio Oral del 19 de octubre de 2020 – Video #1 - A partir del minuto 8:30

y los hijos, no ve que yo soy la mujer ahora, yo conseguí marido es para que me de casa y me mantenga a mi¹⁰ por lo que, en forma de represalia contra Walter, habría convencido a su sobrina para la elaboración de la mentira. La Defensa no solo planteó la tesis de que existían motivos o razones para que la madre de la menor presentara una denuncia mentirosa, también trajo prueba testimonial para probarlo.

Es cierto, como lo afirma la apelante, que el juicio no se refiere a los problemas entre la familia y Walter por asuntos de unos bienes inmuebles, que de lo que se trata es de determinar si Walter es autor responsable o no de los hechos por los que la Fiscalía lo acusó. El argumento así expresado contiene una falacia pues su conclusión indica que en el juicio no se puede discutir el asunto del conflicto surgido por el uso y tenencia de los inmuebles, en tanto ese no es el tema a tratar; sin embargo, olvida la Fiscal que una de las posibilidades que puede probar quien es acusado es que existe una hipótesis alternativa plausible, en este caso que estuviéramos frente a una teoría conspirativa y por tanto no puede dejar de ventilarse. La jurisprudencia¹¹ ha enseñado que no es un imposible empírico que algunos hechos obedezcan a las maquinaciones ocultas de terceros y probarlo es una válida estrategia de defensa.

En el *sub judice* encontramos, dentro de la prueba y la argumentación defensiva acogida por la primera instancia, la teoría conspirativa a la que se le atribuye la denuncia, parte de que existían problemas entre la madre de la menor y el acusado por unas propiedades raíces de la familia, las que consideraba Diana Liseth habían sido despojadas por Walter, bienes en los que empezó a construir, lo que desataría la ira de la tía de la menor y, de contera, generó el posible sugestionamiento en S.I.V.G para que dijera que Walter era el autor de ataques sexuales en su contra. Los testigos que han referido el conflicto entre Sandra Milena y Diana Liseth de un lado y Walter del otro son Olaite Zapata Gaviria, Aide y Mónica Saldarriaga, declaraciones que cumplen con el estándar probatorio y no merecen tacha evidente, por lo que la encontramos probada y

¹⁰ Sesión 4 de juicio oral del 19 de octubre de 2020 – Video #1 – A partir del minuto 35:40

¹¹ Sentencia del 1º de octubre de 2011, radicado SEP 00119-2021, 35.691 Ariel Augusto Torres Rojas.

con la capacidad de generar duda respecto de si fue esa la razón de la denuncia presentada por la madre de la menor.

Considera la Sala que, en cuanto a la corroboración periférica de la declaración, es mínima, en tanto las manifestaciones de la menor y su madre no coinciden respecto a la reconstrucción de los hechos, a su vez, en las pruebas documentales, como el informe pericial sexológico tampoco se encuentra respaldado, dado que consagra un himen íntegro y no elástico; lo que va en contravía del relato de la menor, dejando claro que no necesariamente los dedos deben sobrepasar el introito vaginal para que una menor la describa como introducción en la cavidad vaginal debido a su edad, a su corta experiencia y desarrollo en estos aspectos.

Respecto de otro elemento cognoscitivo que permitiría corroborar la declaración de la menor como lo es el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual, directamente relacionado con el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos, consideramos que no fue probado por la Fiscalía, pues si bien es cierto la psicóloga refiere depresión y demás signos de supuesto abuso sexual, esto lo concluyó tras lo afirmado por la madre de la menor de que los profesores o psicólogos del colegio observaron un comportamiento extraño, pero ella como madre por el contrario, no lo notó; luego dicho comportamiento que no es atribuible de manera clara y directa al supuesto abuso sexual, pues la Fiscalía no lo probó, y si este comportamiento depresivo en efecto hubiese existido, creemos que la psicóloga de Jugar para Sanar Silvia Vélez Oquendo, la cual declaró que tuvo solamente dos sesiones con la menor y que una de ella fue en presencia de su madre, ya que estas desistieron de los servicios por problemas económicos, por lo anterior, finiquito manifestando que en solo dos sesiones no habría podido arrogar resultados concluyentes.

Por último, frente a la coherencia o presencia de incongruencias y ambigüedades, la Sala encuentra que el testimonio de la menor presenta diferentes inconsistencias contrastadas con la entrevista realizada en el CAIVAS al momento de la instauración de la denuncia y su testimonio en la audiencia de juicio oral, en cuestiones como la manera en que se dieron a conocer los hechos

y cómo se desarrollaron, por lo tanto, la declaración no se puede considerar respaldada y congruente, es decir, no creíble.

4.3.2.2. Critica el recurrente, respecto a la consideración de la primera instancia frente a lo que denominaremos “el episodio del casco” –ocurrido en casa de S.I.V.G, cuando Walter llegó supuestamente a guardar un casco de moto-, que no era lógico que fuese a guardar un casco a la casa de la víctima sabiendo que vivía cerca; al respecto afirmó la Fiscal que uno guarda el casco donde quiera, pero además que eran muy amigos y Walter era casado con una familiar de la menor víctima concluyendo, como apelante, que Walter habría ido a la casa de la menor con la intención de efectuar esos tocamientos.

Consideramos que lo que puede concluirse al valorar los testimonios, es que la menor dijo que, en efecto, Walter sí fue a llevar el casco de moto a su casa y fue ahí cuando aprovechó para abusarla. De otro lado se afirma que Walter fue a guardar el casco para poder fungir como chofer y conducir al padre de S.I. a una cita médica, dadas sus discapacidades, por lo tanto, la apreciación de la recurrente respecto de que el acusado habría ido a la casa de la menor con la intención de tocar sus partes íntimas, no se encuentra probada.

Ahora bien, respecto al tiempo que presuntamente el victimario habría permanecido en la casa de la víctima mientras guardaba el casco, si se tiene en cuenta que lo estaban esperando los padres de la menor para que los desplazara hasta una cita médica, para el *a quo* fue dable cuestionarse, como lo propuso la Defensa, que si lo estaban esperando no tendría tiempo para ejecutar actos libidinosos en contra de la menor. Sin embargo, la Sala considera irrazonable el argumento de la primera instancia dado que, en el contexto puesto de presente, esos tocamientos eventualmente se pudieron sin requerir de un lapso extenso, y posterior a ello el acusado pudo haber desplazado a los familiares de la víctima a la cita médica, por tanto, el factor tiempo no tendría incidencia alguna, para desacreditar la teoría de la Fiscalía.

Empero, lo que genera duda para esta Sala frente al antedicho episodio, son las declaraciones de S.I.V.G y su madre pues se tornan incongruentes entre sí toda vez que, si bien ambas refieren que estaban esperando a Saldarriaga Salinas para que desplazaría al padre y la madre de la menor a una cita médica, ésta declaró durante el juicio: *“(...) Me empezaba a meter los dedos en la vagina. (...) Yo llevaba falda de florecitas, no me acuerdo ya de la camiseta, ni de lo otro, pero si me acuerdo de la falda-short, me la quito, me la bajo hasta los pies. (...) Yo estaba acostada -muestra gráficamente a la audiencia como estaba acostada, con las piernas afuera- me abrió las piernas después se quitó el blue jean y me metió los dedos en la vagina.”*¹², a su vez la madre declaró que *“ella decía que se bajaba el cierre, que había un hueco y que eso era quitarse los pantalones y por ahí sacaban el pene”*¹³. Por último, la menor declaró que, tras terminar el supuesto ataque sexual, ella se quedó en la cama, mientras que su madre dijo que lo acompañó hasta la puerta, para que la perrita de la menor no saliera a la calle. En ese sentido, se pregunta la Sala si la madre conoció los hechos porque su hija se los relató directamente, como es que se presentan tantas inconsistencias en sus declaraciones y más aún, iteramos, cómo el testimonio de la menor no coincide con sus manifestaciones anteriores, lo cual afecta considerablemente su valor suasorio.

Critica la Fiscalía que el Juez de primera instancia encuentre contradicción porque la menor dijo que le tocó el pene, pero luego dijo que no; afirmando que eso no significa que no sea consistente en su testimonio. En este aspecto habremos de afirmar que tiene razón la apelante, a los testigos menores no puede exigírseles exactitud sobre la forma de las agresiones y la Sala Penal de la Corte ha sido enfática en expresar que *“(...) cabe recordar que la víctima que se vio enfrentada a una sorpresiva y abrupta arremetida de índole sexual conforme a la cual no puede exigírsele exactitud en los detalles o minuciosas explicaciones sobre los pormenores del ataque, precisamente, por la naturaleza del episodio”*¹⁴. Sin embargo, para esta Colegiatura sería improbable que el testimonio de la madre, que adquirió conocimiento de manera directa de la víctima y el testimonio de la propia víctima no coincidan en aspectos tan importantes de la agresión y más aún que

¹² Sesión de Juicio Oral del 06 de octubre de 2020 – Video #1 – A partir del minuto 27:24

¹³ Sesión del Juicio oral del 06 de octubre de 2020 – Video #3 – A partir del minuto 46:30

¹⁴ Sentencia SP-1944 del 25 de mayo de 2022 – M.P. Hugo Quintero Bernate

la declaración de S.I.V.G., sea inconsistente en sí misma, como se enunció anteriormente, primero en la denuncia declaró que había sido abusada por una tercera persona, un señor de un supermercado, pero durante el interrogatorio declaró que *“les voy a ser sincera, yo iba a un supermercado y allá había un señor que no me tocaba ni nada, pero por decirlo así se me estaba insinuando (...)”*¹⁵

Por otro lado, en juicio oral se le preguntó a S.I.V.G si había sido tocada por alguien más y afirmó que no, momento en el cual el defensor le impugnó credibilidad pues, a su criterio, ello no coincidía con las declaraciones previas al juicio, ya que anteriormente la menor había declarado que los hechos de Walter habían salido a la luz por los presuntos ataques sexuales de los que había sido víctima por parte de un señor de un supermercado -identificado como Rodrigo N, al cual la Fiscalía le compulsó copias para su respectiva investigación-. No obstante, al percatarse de su error, S.I.V.G intenta corregirlo, aclarando que *“les voy a decir la verdad, lo que dice en el video es la purita verdad, sino que ahorita, no lo notaron, estaba un poco nerviosa desde que empezó la audiencia, no lo quería decir y mi pregunta es, para qué lo iba a decir si en esta audiencia lo que pasa es con Walter, no con otras personas, mi mamá y yo demandamos fue a Walter, no a las demás personas”*¹⁶

Con fundamento en ese aparte de la declaración, al valorar su testimonio el *a quo* argumentó que pierde confiabilidad y la Fiscalía afirma que la mantiene, que es una testigo clara, coherente y con conocimiento de los motivos de su declaración. Volvemos en este punto a los criterios establecidos en la norma citada en precedencia, respecto del comportamiento de la testigo durante el interrogatorio y la forma de sus respuestas, para concluir que nos encontramos ante dos interpretaciones del mismo hecho respecto de las cuales, la primera constaría en afirmar que efectivamente se trataba de un error y que la víctima no quería hacer alusión al otro supuesto abuso, sin embargo esta Sala considera más dable la conclusión del *a quo*, de que se observa a una testigo que pretende corregir su dicho, justificarse y explicar la razón por la que sólo se refirió a este

¹⁵ Sesión 3 de Juicio Oral del 06 de octubre de 2020 – Video #1 – A partir del minuto 1:18:05

¹⁶ Sesión 3 de Juicio Oral del 06 de octubre de 2020 – Video #2 - A partir del minuto 26:45

hecho afirmando que ella y su mamá habían denunciado era a Walter y no a otra persona.

Aunque deberá admitirse que efectivamente, para los menores presionados a referir varias veces y frente a personas distintas lo sucedido, puede causarles dificultades, pero en este caso compartimos la percepción del *a quo* en que de acuerdo forma en que la menor lo narra y como quiere dejar por fuera el otro escenario le resta credibilidad a la narración, pues debe compartirse que los hechos victimizantes son iguales y causan la misma impresión en la psiquis y la memoria de la menor.

Es razonable considerar que una niña de la edad de S.I.V.G no tenga claro el significado de algunos conceptos como "*meter los dedos en la vagina*" y los confunda, sin que de ahí pueda derivarse que miente, en tanto su corta madurez no le permite tener una plena aptitud sobre el acto sexual y tampoco plena aptitud para testificar, toda vez que su conocimiento está delimitado por la falta de experiencia en el aprendizaje y ello no le permita dar información concisa sobre lo sucedido, llevándola incluso a malinterpretar tocamientos con accesos, lo cual podría ser corroborado por la ausencia de rastros en el informe pericial sexológico que soporten la versión que la menor aportó en juicio. Luego entonces, si bien ello no indica que esto no ocurrió, tampoco indica lo contrario, pues nada al respecto se probó en el juicio, además de que la declaración de la psicología podría desvirtuar el "desconocimiento" sobre los actos sexuales de la menor, pues la profesional declaró que S.I.V.G carecía de límites de proximidad y que tenía conocimientos sexuales inadecuados para su corta edad, afirmación corroborada por lo declarado por la madre, por lo tanto se logra inferir razonablemente que S.I.V.G sí tenía conocimiento de los términos que estaba empleando en su declaración y, en la misma línea, también de su alcance.

Los pormenores y los detalles imprecisos o confusos de la narración de la menor sobre la agresión sexual como si se bajó los pantalones o no, si tocó o no las partes íntimas del acusado, si se presentó penetración o no, no serían suficientes para poner en duda la acusación, pero ello sumado a la falta de corroboración

periférica y demás elementos que se echan de menos en la construcción la teoría del caso por parte del Ente Acusador, imponen considerar dudosa su teoría.

4.3.2.3. Para responder a la crítica de la apelante de que la declaración de la médico legista Martha Herrera, quien no encontró lesiones en el himen de la examinada, aspecto que dice fue descartado por el *a quo*, esta Sala la encuentra infundada pues, el Juez de primera instancia sí la tuvo en cuenta y la acogió cuando con fundamento en el mismo dictamen del legista, dijo que es probable que se le introdujeran los dedos o el pene hasta el introito vaginal, sin traspasarlo y, aunque la menor dijera que fue penetrada, iteramos que no resulta racional exigirle a una persona de esa edad, que tenga claro el concepto de penetración vaginal.

La víctima narró lo que percibió por sus sentidos y la legista ilustró sobre qué se considera penetración y que es posible que el acceso no supere la barrera del himen y por ello al examen clínico, la médico lo encuentre intacto. En síntesis, este hallazgo no sirve para descartar las manifestaciones de la meno pero tampoco para confirmarlas, por lo que poco aporta la prueba pericial a resolver el problema planteado; por tanto, en gracia de discusión, el error formulado por la recurrente es intrascendente, pues si elimináramos de los hechos el punto en controversia, sobre si el acusado introdujo sus dedos o no en la menor, en nada afecta el resto de la declaración de la víctima, dado que no acredita ni desvirtúa los actos sexuales sobre la menor.

En el mismo sentido no puede avalarse la interpretación del *a quo* al criticar a la menor por no pedir auxilio a sus abuelos, quienes habitaban en el segundo piso de la vivienda, frente a las supuestas agresiones sexuales, argumentando el fallador que S.I.V.G nunca manifestó que Walter ejerciera algún tipo de violencia que le impidiera pedir ayuda; para esta Sala resulta una exigencia desproporcionada no solo por su carácter de mujer víctima de delitos sexuales, sino además por ser una infante, hecho que advertimos, no desdibuja el análisis sobre la falta credibilidad del testimonio que se ha hecho en precedencia.

Respecto de lo que la menor le narró a la legista en la anamnesis, definida esta como la información que el médico u otro profesional de la salud obtiene mediante preguntas formuladas al paciente o a un tercero con el fin de formular un diagnóstico o para sentar las bases fácticas del dictamen cuando se trata del médico legista. En el *sub judice* el dictamen se estipuló y entonces la anamnesis contentiva del relato de la víctima, no tiene la fuerza suasoria que pretende darle la apelante, pues es pacífica la jurisprudencia en que ese relato no hace parte de la prueba pericial, en cuanto no pierde su naturaleza testimonial, no se integra a él y por tanto debe aportarse y valorarse como prueba de referencia y deben agotarse los tramites legalmente establecidos para el descubrimiento incorporación y valoración de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, en especial cuando la deponente, en este caso la menor víctima, asiste al juicio y, por tanto, se cuenta con una testigo disponible, al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“En esa dirección, a fin de que esas declaraciones previas, en este caso las que constituyen la anamnesis, puedan tener aptitud probatoria, como lo ha sostenido de manera pacífica y reiterada esta Sala en relación principalmente con las pericias sexológicas, psicológicas y psiquiátricas en menores de edad víctimas de delitos sexuales, deben ser aportadas como prueba de referencia, siempre que se encasillen en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 ibídem para su admisión excepcional, cumpliendo, además, con el correspondiente debido proceso probatorio, valga decir, habiendo sido enunciadas en el escrito de acusación, descubiertas, solicitadas y decretadas una vez acreditada su utilidad, conducencia y pertinencia, y teniendo presente el contenido del artículo 381 de la misma codificación, en cuanto a que este tipo de prueba no puede sustentar de forma exclusiva una sentencia condenatoria.

Así, en CSJ SP4179, sep. 26 de 2018, Rad.47789, esta Sala indicó:

“En las anotadas condiciones, resultaba claro que las versiones suministradas por la menor (...) en la denuncia y en la anamnesis del examen sexológico, que fueron retomadas después por la sicóloga en el examen de valoración mental, sobre la existencia de las agresiones de orden sexual, constituían declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y que si las partes pretendían utilizarlas para probar la existencia del hecho, era necesario, en primer lugar, solicitar su incorporación como prueba de referencia, con indicación del medio que se utilizaría para su aducción al juicio, y en segundo término, contar con prueba de corroboración que permitiera superar la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 381 del estatuto procesal penal”.

Más recientemente, en SP791-2019, rad. 47140, se reiteró que la anamnesis contentiva del relato de la víctima no hace parte de la prueba pericial, en

cuanto no pierde su naturaleza testimonial, y que, por lo tanto, debe aportarse como prueba de referencia, siguiendo la línea consistente trazada por la Corporación:

*“Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona **no** pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).*

Así, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala definió que cuando el peritaje estaba compuesto, además de hechos que el perito percibe directamente, por información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal.

Esto señaló la Corte:

“... Pero si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probarlos hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia...”¹⁷ (Subrayas de la Sala)

Para resumir y contextualizar es necesario precisar que, conforme a lo probado, los hechos denunciados ocurren en un ambiente familiar en el que **(i)** el presunto agresor es tío político de la víctima, pues convivía con su tía; **(ii)** ambos son vecinos del hogar de la menor; **(iii)** el denunciado ayudaba al padre de la niña quien sufrió paraplejía y, los familiares, incluida la compañera del agresor y él mismo, prestaban ayuda al núcleo familiar de la menor, colaborando con su cuidado, transportándolo a las citas médicas y apoyando a la madre de S.I en el manejo de sus obligaciones laborales derivadas de la enfermedad de su marido; y **(iv)** en la familia extensa se presentaron conflictos económicos por bienes inmuebles, que tienen como protagonistas a la tía de la menor y al procesado.

¹⁷ En el mismo sentido, entre muchas CSJ, SP4191, Rad. 56209; SP4885, Rad. 56638; SP4262, Rad. 56520, todas de oct. 28 de 2020, y SP4087, Rad. 47856, oct. 14 de 2020, rad. 47856.

4.3.3. La presunción de inocencia y el deber de resolver dudas razonables en favor del procesado.

Como elemento característico de los sistemas políticos y democráticos, a su vez instrumentos internacionales que han sido ratificados por Colombia, la Constitución Política de 1991 estableció en el artículo 29 la presunción de inocencia, como una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso, la cual consagra *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*. Hace alusión a una cautela constitucional contra la arbitrariedad pública, que se activa en todos aquellos escenarios en los que el Estado pretenda ejercer el poder de reprochar comportamientos por la vía judicial, en ejercicio del *ius puniendi*.

Respecto a la presunción de la inocencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que:

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”¹⁸
(Subrayas de la Sala)

La jurisprudencia ha sido clara en sostener que para condenar se debe superar la duda razonable de autoría y responsabilidad del acusado, haciendo alusión al artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, el cual hace referencia a que *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado fundado en las pruebas debatidas en juicio.”* En ese orden de ideas, el procesado por medio de su defensa podrá formular una hipótesis alternativa al momento de la verificación del estándar probatorio, ha

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal – Sentencia del 09 de marzo de 2006. Rad. 22.179. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

enseñado la Sala de Casación Penal que “*existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, si debe encontrar respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogado como verdaderamente plausible*”¹⁹.

Exige la norma en comento que del material probatorio emane certeza racional, tanto de la existencia de la conducta punible como de la responsabilidad penal del acusado; es decir que, en el hipotético caso en que persista serias dudas respecto de la comisión del delito o de la responsabilidad del acusado, en virtud del principio *in dubio pro reo* y la duda probatoria, deberán ser resueltas en favor del acusado. Así pues, la regla de *in dubio pro reo* es una consecuencia natural de la presunción constitucional de inocencia y constituye a su vez el pilar fundamental de la carga probatoria que recae en el Estado, a través de las respectivas entidades que ejercen el poder público; a su vez también puede ser considerada como una conclusión forzosa que resulta de constatar que, a pesar de los esfuerzos del delegado del Ente Acusador y en el desarrollo del procedimiento y del deber de instrucción integral, el Estado no cumplió la carga probatoria que la Constitución le impuso.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática e insistente en dejar claro que:

“(...) En punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5º de la Ley 906 de 2004 dispone que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal. (...)”

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza

¹⁹ Sentencia del 28 de Julio de 2021, Rad SP-3221-2021, 58687. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

*racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido. Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.*

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena. Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”²⁰

Es claro entonces que para dictar sentencia condenatoria debe obrar en el proceso prueba que conduzca a una certeza respecto de la existencia de la conducta punible, así como de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable; en sentido contrario, de no superar ese baremo impuesto por la ley, es decir cuando hay lugar a duda, deviene la absolución del procesado en cumplimiento de las más elementales garantías que lo cobijan, es decir, la aplicación del *in dubio pro reo*, por lo tanto la regla “*en caso de duda, resuélvase en favor del investigado*” no es más que la confirmación de que la persona nunca dejó de ser inocente.

Siendo importante en este punto recordar que la existencia de la conducta y la responsabilidad penal, deberán formularse en grado de certeza racional, para superar el baremo impuesto por el legislador para condenar. Así pues, en el caso

²⁰ Corte Suprema de Justicia Sala Penal – Sentencia del 03 de febrero de 2010. Rad. 32863. M.P. María del Rosario Gonzales Muñoz.

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

en concreto tenemos que la prueba arrimada al juicio no permite demostrar la materialidad de dichas conductas punibles, ni elaborar el juicio de reproche penal en contra de Saldarriaga Salinas, pues afloran serias dudas probatorias que como tales deben ser resueltas en su favor ya que, como ha insistido el Juez de primera instancia, la labor investigativa y probatoria del Ente Acusador, no logró derribar la presunción de inocencia que le asiste.

Aunado a lo anterior, para emitir sentencia absolutoria, se deberá respaldar con un análisis reflexivo y detenido de la integridad del material probatorio arrimado a la actuación, acorde a las reglas de la lógica, la experiencia, el sentido común y, en general, la sana crítica; lo que nos lleva a considerar la multiplicidad de probabilidades acerca de lo que pudo acontecer en este caso, pero sin que la teoría del caso expuesta por el Ente Acusador se edifique en grado de certeza, ya que el testimonio de S.I.V.G. no se considera, suficiente para soportar probatoriamente la condena, dados los diferentes vacíos e incongruencias que surgieron de su análisis; en ello le asiste razón al fallador de primera instancia.

Así pues, como consecuencia de esos limitados resultados obtenidos mediante la actividad investigativa desarrollada por la Fiscalía General de la Nación, puede afirmarse sin duda alguna, que en este estadio procesal no existe un material probatorio contundente que le trasmita a esta Colegiatura un convencimiento tal para revocar la decisión proferida por el Juez de primera instancia y proceder a emitir juicio de reproche jurídico penal en contra del acusado, como lo reclama la Fiscal en su calidad de recurrente; por el contrario, el manto de dudas que se ha generado en el *sub judice* impone a esta Sala confirmar el fallo recurrido.

En síntesis, analizadas individual y conjuntamente las pruebas practicadas concluimos que **(i)** el testimonio de la menor es inconsistente desde la perspectiva interna, en especial confrontada con sus declaraciones anteriores, por lo cual no resulta confiable; **(ii)** sus dichos no encuentran respaldo contundente en prueba periférica alguna; y **(iii)** se probaron hechos que respaldan la hipótesis defensiva en el sentido de que existían conflictos entre la tía de la menor y el acusado y que estos pudieron ser el motivo de la denuncia,

es decir, encontramos plausible la teoría conspirativa, dejando sentado que la Fiscalía no hizo nada al respecto para desvirtuarla.

Corolario a lo expuesto habremos de resaltar que no se trata de sostener sin mayor sustento que se demostró la inocencia del procesado, sino que en el contexto de circunstancias formuladas, no puede pasar por alto esta Sala sin desconocer las más elementales garantías procesales y derechos fundamentales, que en este caso subsiste duda probatoria de tal entidad que se debe resolver a favor del ciudadano procesado, iteramos, en aplicación del apotegma *in dubio pro reo*, consagrado en los artículos 29 de la Carta Política, y 7° del Código de Procedimiento Penal pues, tal como lo tiene decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *“ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva talladora más grave que es absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria.”*²¹

4.3.4. Finalmente, no sobra recordar, con apoyo en la literatura especializada, que el alto estándar fijado en materia penal para dictar una sentencia condenatoria más allá de toda duda razonable es una exigencia que otorga legitimidad al ejercicio sancionador en cabeza del Juez, quien como árbitro imparcial y figura de equilibrios, debe estar revestido de la cautela y prudencia suficientes como para reconocer si ha llegado a un estado de conocimiento sin sesgos, ni dudas, o si hay motivos de vacilación de tal peso y entidad que lo hagan dudar al momento de manifestar si se ha elucidado el caso y ha refulgido la responsabilidad en cabeza de quien ha sido llamado a juicio.

A modo de colofón de los argumentos hasta aquí expuestos, afirmamos que el testimonio de la menor es inconsistente desde la perspectiva interna en especial confrontada con los declaraciones anteriores, no resulta confiable, y no

²¹ Sentencia SP-700-2014 del 28 de mayo. Rad. 40105. M.P. Eugenio Fernández Carlier

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05001-60-00206-2017-00287
Walter Saldarriaga Salinas
Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

encuentra respaldo contundente en prueba periférica alguna, se probaron hechos que respaldan la hipótesis defensiva en el sentido de que existían conflictos entre la familia de la menor y el acusado y que estos pudieron ser el motivo de la denuncia, es decir encontramos prueba razonable de una teoría conspirativa, lo que nos conduce de manera inexorable a confirmar la tesis de la primera instancia que decidió absolver por duda probatoria.

De acuerdo con los argumentos expresados lo procedente es la confirmación de la absolución que dictó el *a quo*, no porque se haya demostrado la inocencia de Walter Saldarriaga Salinas en la ejecución del delito por el que se le acusó, sino porque no se demostró su autoría y responsabilidad conforme estándar probatorio que impone la ley 906 de 2004 en su artículo 381 como condición para fallar en condena. Lo anterior en aplicación obligada del principio rector de in dubio pro reo.

Así las cosas, aunque la Sala encuentra que el ejercicio analítico de la decisión objeto de estudio es, en algunos aspectos, poco asertiva y desviada; al no haber obtenido el grado de certeza más allá de toda duda razonable de los hechos aquí expuestos, y en favor, como se dijo, de las garantías procesales del acusado y la duda probatoria, confirmara la decisión de primera instancia.

Por mérito de lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, a favor de Walter Saldarriaga Salinas por el delito de concurso homogéneo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.

Radicado: 05001-60-00206-2017-00287
Sentenciado: Walter Saldarriaga Salinas
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

SEGUNDO: Contra esta decisión, que se notifica en estrados, procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO
-Con Salvamento de Voto-

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **823f37bc651b4d058bc5a41b7b905af7a2b4786bcbe579cf85d1b1d4e450d160**

Documento generado en 14/03/2024 10:10:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>