

Proceso: 05-001-60-00206-2017-25295
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Condenado: Waldir Monsalve Estrada
Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito de Bello
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 14-2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de agosto dos mil veinte (2020)

05-001-60-00-206-2017-25295

Proyecto aprobado según Acta No. 068

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Waldir Monsalve Estrada**, en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de este año por el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, por medio de la cual se le condenó como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, donde resultó como víctima la menor M.G.R.A.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:

Fueron narrados por el Juez de primera instancia así:

“El día 11 de mayo de 2017, ante la URI centro denunció el señor ÁLVARO DE JESÚS RESTREPO ZAPATA, un presunto acceso carnal abusivo del cual fuera víctima su hija M.G.R.A, de 12 años de edad, por WALDIR MONSALVE ESTRADA; en ella dio cuenta que su descendiente había tenido relaciones sexuales con Monsalve Estrada, amigo de la menor quien vivía en la carrera 60 Nro. 69-36 segundo piso, Barrio Pachelly, relación que señaló, era consentida por ella”.

El 23 de agosto de 2018 el Juzgado 1º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bello, expidió orden de captura en contra de Waldir Monsalve Estrada, la misma que se hizo efectiva el 31 de agosto de ese mismo año, correspondiéndole la realización de las audiencias preliminares de legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión, al Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de ese mismo municipio. El imputado no se allanó a los cargos¹.

Posteriormente, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2018, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 19 de noviembre del mismo año, ante el Juez 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, donde se le llamó a responder como autor responsable de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 31 y 208 del C. Penal².

¹ Audiencias preliminares. Folio 21.

² Escrito de acusación y acta de audiencia. Folios 31 a 36 y 53.

La audiencia preparatoria se realizó el 4 de marzo de 2019 y una vez realizado el juicio oral³ el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que condenó al acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo y le impuso como penas, la principal de 147 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El defensor recurrió en apelación el fallo.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

Luego de hacer un recuento procesal, el funcionario de primer grado indicó que tras la culminación del juicio oral procedió a estructurar el sentido del fallo, tomando como derrotero los artículos 7º, 381 y 382 del C. de Procedimiento Penal.

Señaló que el problema jurídico en el caso sometido a estudio, se contraía a determinar si con fundamento en las pruebas allegadas al juicio oral surgía demostrada la responsabilidad penal de Waldir Monsalve Estrada en la comisión de la conducta punible de acceso carnal con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, o si por el contrario como indicó la defensa dichos medios de convicción no tuvieron la capacidad suasoria requerida para tal fin, “*o si se dio el fenómeno del error de tipo por desconocimiento de la edad de la menor*”.

Antes de descender a la valoración probatoria, indicó que no existe duda alguna respecto de la materialidad de la conducta ni sobre la responsabilidad del procesado por las siguientes razones:

³ Audiencia preparatoria y juicio oral en sesiones del 5 de marzo, 10, 24 y 27 de mayo, 18 y 22 de octubre de 2019, 24 de enero, 12 de marzo y 20 de mayo de 2020. Folios 65, 93, 103, 112, 115, 140, 143, 183 y 209.

Advirtió que de las estipulaciones probatorias realizadas entre las partes no existe discusión respecto de la plena identidad del acusado quien corresponde a Waldir Monsalve Estrada, portador de la CC Nro. 1.02.472.143 actualmente condenado por un delito doloso (fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, municiones o partes), y que la víctima responde al nombre de M.G.R.A menor de 14 años para la época de los hechos.

Trajo a colación la sentencia con radicado 20902 del 21 de febrero de 2007 donde la Corte Suprema de Justicia avaló la posibilidad de proferir un fallo de condena con base en una sola declaración.

Para el caso, continuó, la menor ofendida fue coherente al narrar lo ocurrido y sus dichos fueron ratificados con las demás pruebas practicadas en la audiencia, por tanto, no se trató de un testimonio único rodeado de otros de referencia, como lo indicó la defensa, sino de un conjunto de pruebas de corroboración periférica que hicieron que la versión otorgada por M.G.R.A. fuera verosímil y creíble.

En relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en este tipo de delitos y su idoneidad para acreditar la responsabilidad penal, trajo a colación la sentencia T-554/03.

Manifestó que en razón a las circunstancias en que se presentaron los hechos, la menor afectada es testigo de excepción para referenciar lo realmente ocurrido, posición que, si bien la privilegia, no conduce a que indefectiblemente se determinen incontrovertibles sus dichos y automáticamente se emita sentencia condenatoria, de ahí que se torne imperioso determinar si ha sido afectada en su capacidad de percepción, recuerdo o narración, o si algún interés la anima a mentir.

Señaló que la menor M.G.R.A. en su declaración fue clara en narrar que los hechos sucedieron “antes de mitad de año, semana santa del 2017” en el tercer piso de la casa de una de sus compañeritas de colegio la cual vivía en el Barrio

Pachelly en el municipio de Bello, Antioquia y quien era prima del acusado, en dicho lugar aproximadamente tres veces y los otros dos, en las escalas de la casa que habitaba Waldir.

Dicha deponente explicó que un día cuando fue a hacer una tarea en la casa de A, estaban en el tercer piso y el acusado subió y cuando su compañera los dejó solos, se besaron y tuvieron relaciones sexuales, resaltando incluso sentirse enamorada cuando salió del inmueble, pero no les contó a sus papás por miedo a que le dijeran que no podía tener nada con él; no obstante, debido a su comportamiento rebelde, el día de “*los mil Jesuses*” (sic), éstos registraron sus cosas y encontraron una carta romántica dirigida al procesado.

Frente a los accesos carnales, continuó, la menor indicó que se dieron vía vaginal, y si bien es cierto, el médico legista Francisco Javier Jaramillo Ochoa, quien realizó la valoración sexológica, encontró un himen elástico, por lo que no era posible verificar si existió dicha penetración, también lo es que, este profesional indicó que existían vestigios de penetración vía anal dado el hallazgo de un ano hipotónico y descartó una causa diversa a las relaciones sexuales; configurándose entonces la hipótesis descrita en los artículos 212, 208 y 31 del C. Penal.

Descartó cualquier interés de la víctima en mentir o perjudicar al acusado, pues incluso reconoció sentirse culpable ya que las relaciones sexuales con Waldir Monsalve Estrada fueron voluntarias, de ahí que su narración fuera clara y contundente.

Respecto a la tesis defensiva dirigida a indicar que se trató de un error de tipo dado que su asistido no sabía la edad de M.G, quien presentaba un desarrollo anatómico de una mujer mucho mayor y cursaba el mismo grado que su prima A de 14 años, explicó que la menor a través de su testimonio hizo saber que, si bien nunca se dijeron la edad, el procesado le indicó que no podían ser novios porque él era muy mayor para ella y nadie debía saberlo, situación que permite inferir que él era consciente de lo ilícita de su relación.

Del testimonio rendido por Eliana María Avendaño Carmona, madre de la víctima, resaltó que ésta se dio cuenta de los hechos por que su hija adoptó un comportamiento rebelde, se volvió muy grosera, tanto que le tocó buscar entre sus cosas y encontró una carta de amor dirigida a Waldir, de ahí que al confrontarla, ésta lloró y narró lo ocurrido, por lo que proceden a denunciar ante la autoridad competente; en el mismo sentido se pronunció Álvaro de Jesús Restrepo Zapata, su padre.

Respecto del testimonio de Jhon Alexander Torres, psicólogo que realizó el “*acompañamiento*” a la menor, indicó que fue éste quien, a lo largo de diez sesiones, percibió lo mal que estaba anímicamente, presentaba depresión, lentitud para procesar la información e inapetencia, síntomas que son derivados del abuso sexual.

Consideró que los testimonios de la Investigadora del CTI Erica María Zapata y el médico legista Francisco Javier Jaramillo Ochoa, corroboran los dichos de la menor, ya que la primera indicó que al realizar la entrevista bajo el protocolo SATAC, la víctima le narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, de manera similar a como las describió en el juicio; y respecto del segundo, resaltó nuevamente los hallazgos encontrados en la valoración sexológica.

Frente a los testimonios de Gloria Patricia Varela Osorno, Aleida Lucía y Luz Helena Estrada, resaltó que fueron enfáticas en afirmar que la menor sólo fue en tres oportunidades a la residencia donde vivía el acusado a hacer tareas o coreografías con A y que lo sabían porque siempre estaba una de ellas en la casa, por lo que no tuvo la oportunidad de estar a solas con Waldir.

Por su parte Juan Esteban Monsalve Estrada y Valentina Madrid Quintero, hermano y cuñada del acusado, pretendieron demeritar a la menor calificándola de coqueta, mientras que Lizeth Johana Jaramillo Estrada y Norman Farid Agudelo, coincidieron en afirmar que vieron a la víctima en dicha vivienda en

tres oportunidades, aceptando eso sí, que no estuvieron pendientes, por tanto, sin merecer el calificativo de falaces, es claro que tanto familiares y amigos del procesado pretendieron favorecerlo.

Indicó que, tras hacer una valoración de la prueba practicada en el juicio, no existe duda frente a la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acusado, pues si bien es cierto, la menor señaló haber consentido en las relaciones sexuales, también lo es que, los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad, tal y como lo ha enseñado la Corte Constitucional en Sentencia C-876/11; por tanto, el proceder de Waldir Monsalve Estrada, se subsume claramente dentro de la conducta prohibida en el artículo 208, con el concurso de conductas punibles del art. 31 de la ley 599 de 2000, lesionando con ello el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de M.G.R.A.

Finalmente concluyó que dado el cumplimiento de los presupuestos contenidos en el artículo 9 del C. Penal y los reseñados al inicio de la decisión, es posible emitir, como en efecto lo hizo, un juicio de reproche en disfavor de Waldir Monsalve Estrada al encontrarlo penalmente responsable de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

La defensa apeló la decisión.

3. DEL RECURSO

El defensor contractual de Waldir Monsalve Estrada mostró inconformidad con la sentencia e interpuso en audiencia el recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término oportuno con miras a que se revoque la decisión y en consecuencia se absuelva a su representado.

Inicialmente destacó que la sentencia recurrida se derivó de una errónea apreciación o valoración de la prueba por parte del *a quo* y tras hacer un recuento

procesal y de las pruebas debatidas en el juicio señaló que su asistido fue condenado con ***“Pruebas de referencia-Falso juicio de identidad, por supresión: se configura/Dictamen pericial. Apreciación probatoria de acuerdo a lo siguiente”***:

Indicó que el 5 de marzo de 2019 compareció al juicio oral la menor M.G.R.A quien manifestó que se había enamorado de su asistido cuando fue a hacer una tarea a la casa de su amiga A, quien es prima del acusado, allí sostuvo relaciones sexuales con él en cinco oportunidades y que éstas consistieron en penetración vaginal; no obstante, el médico legista que le realizó valoración sexológica refirió que encontró un himen elástico, por lo que no era posible verificar si existió penetración vaginal, pero que *“existían vestigios de penetración vía anal, puesto que en los exámenes que le hizo a la menor, presentó un ano hipotónico, y que esto era causado por actividad sexual”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideró que el fallador incurrió en un falso juicio de identidad *“que recayó en el dictamen médico sexológico”*, pues se limitó a analizar aquella parte donde se menciona el hallazgo del himen elástico y desconoció otros hechos y conclusiones plasmados en el mismo, como el borramiento de pliegues y ano hipotónico, es decir se genera un duda entre lo dicho por la menor y los hallazgos del perito en medicina legal, que debe ser resuelta a favor de su asistido; sin embargo, en el párrafo siguiente dijo que la parte del dictamen que fue objeto de apreciación fue el *“ano hipotónico”* y no concluyó nada sobre el himen elástico que presentaba la menor.

Y señaló:

“La máxima que subyace el razonamiento del juzgador constituye un dislate, porque la experiencia enseña que no es extraño que un menor de edad, víctima de un “supuesto” acceso, pueda confundir o no ser lo suficientemente preciso, para diferenciar en un momento dado una conducta de penetración o tocamiento y agregó “de allí que deducir, que un menor miente porque en una oportunidad dijo que el victimario “la

beso (sic) y luego sostuvo relaciones sexuales” que la diferencia entre una y otra “es tan marcada que no se puede omitir porque el dicho provenga de una menor de edad” resulta francamente irrazonable más aún si se considera que la definición entre una y otra conducta, sino dilucidarla al sentenciador, como fundamento en la prueba aducida en el juicio, como es el informe sexológico, donde dice la menor que todas las relaciones fueron por penetración vaginal, y no vía anal, y ella ni siquiera hace referencia a la misma, en la entrevista inicialmente, sino que el dictamen se basa en un ano hipotónico”

Indicó que según el relato de la menor los hechos ocurrieron en la carrera 60 Nro. 69-36 interior 201, pero en el juicio se probó que en dicho inmueble viven además de su asistido, sus familiares y según su descripción todos los espacios se comunican entre sí, y agregó *“atacando el yerro de la sentencia proferida por el juez de primera instancia, es que en ningún momento cabe que una relación de amistad inicialmente, de vez a primera, se llegue de inmediato a una intimidad mayor, más que todo en una casa habitada, porque la máxima de la experiencia, y la sana crítica nos enseñan que las relaciones sexuales se hacen con intimidad (sic), en lugares solos, ocultos y no a la vista, como lo maquillo (sic) la menor”*, lo que crea una duda favorable a su representado, además lo que pretendió la menor fue una *“venganza”* en contra del procesado porque no aceptó un *“noviazgo con ella”*, resaltando incluso que la víctima estaba encaprichada con Waldir dado que en su declaración admitió escribirle cartas de amor que nunca le fueron entregadas, y muchos menos correspondidas, de ahí que todo se trató de un invento para perjudicarlo, y de ello nada dijo el *a quo* en su decisión.

Indicó que *“la normativa exige que el acto sexual o acceso carnal, necesariamente deba tener el elemento erótico sexual, así como la intención de inducir al menor a realizar prácticas sexuales indebidas para su edad y sus esferas de madurez psicológica y volitiva”*, que no quedaron probadas en el proceso y mucho menos tenidas en cuenta por el funcionario de primera instancia.

Destacó que la menor en su declaración admitió estar conviviendo en unión libre con Yancarlos Bedoya, con quien ya tiene un hijo, lo que significa que, a los 14 años, o antes, ya vivía con él, no obstante, sus familiares no tomaron acciones legales en su contra.

Indicó que a través de los testimonios del padre y la madre de M.G.R.A. no se acreditó la materialidad de la conducta en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo que son de referencia y sobre los cuales no es posible fundamentar un fallo de condena, después en párrafos subsiguientes, hizo alusión de manera indiscriminada al uso que, según la jurisprudencia (sin especificar número de decisión), se le debe dar a las entrevistas o declaraciones anteriores, para luego reiterar que el testimonio de la menor fue contradictorio, pues *“una cosa dice ella y otra el dictamen de medicina legal”*.

Resaltó que a través del informe psicológico realizado por el profesional Jhon Alexander Torres, se señaló que el comportamiento de la menor no proviene del consumo de sustancias psicoactivas, sino de un abuso sexual, lo que constituye prueba de referencia porque éste no es un experto en este tipo de delitos, *“no es diagnóstico clínico”* y mucho menos psiquiatra para dar este tipo de conceptos, máxime cuando no mencionó las técnicas utilizadas para llegar a este tipo de conclusión y dentro de las cuales se encuentran, *“el SAL (Sexual Abuse LegitimacyScale), SVA (Statement Validity Analisis), Evaluación de validez de la declaración, el modelo conceptual de Young, modelo de procesamiento de la información de O’Donohue y Fanetti, la guía integrada de MAPPES y los criterios de alegaciones ficticias de Rogers”*, significando entonces, que dependiendo del método utilizado cada profesional puede arribar a conclusiones diferentes, por lo que es inútil acudir a dicho experticio para determinar si la menor está diciendo o no la verdad.

Manifestó que tanto el informe psicológico como la valoración del perito en medicina legal tienen el carácter de prueba de referencia frente a los hechos, como quiera que su participación en el proceso tiene relación con su concepto

profesional, por tanto, lo narrado por la víctima es el soporte fáctico de dicha experticia, siendo el juez quien, luego de valorarlos de manera individual y en conjunto, les otorga el valor suasorio respectivo con el fin de determinar si existió o no el delito y la responsabilidad del acusado.

Señaló que el *a quo* se equivocó al momento de valorar el testimonio de Erica María Zapata, investigadora de la fiscalía que realizó entrevista a la menor bajo el protocolo SATAC, pues no indicó si la misma es prueba directa o de referencia, y mucho menos qué valor probatorio le otorgó, en el mismo sentido hizo alusión nuevamente a los testimonios de los progenitores de la ofendida y del psicólogo Jhon Alexander Torres.

Insistió que en el proceso no existió prueba directa sino, todas de referencia y luego agregó *“la única prueba directa es la de la menor, y ésta se contradice en la versión del médico sexólogo; dr Francisco Javier Jaramillo Ochoa, porque la menor ratifico (sic) en su entrevista y en cede (sic) de juicio oral, que las supuesta (sic) relación fue por vía vaginal y el examen del sexólogo dice que no hay certeza, sino que la menor tiene un ano hipotónico, donde se crea una duda razonable”* a favor de su asistido quien *“no realizó esta conducta que la menor se imaginó en el mundo real”*, tratándose todo de una historia inventada y motivada en la venganza y el despecho porque no la aceptó como su novia.

Manifestó que hay un sinnúmero de omisiones investigativas, pues no se visitó la escena donde presuntamente ocurrieron los hechos, ni se hizo ninguna *“verificación de las circunstancias temporo espaciales y modales”* de los relatos consignados en las entrevistas.

Finalmente agregó que hay ausencia de elementos de prueba que permitan un convencimiento más allá de toda duda respecto de la autoría del delito por parte de su poderdante, lo que abre paso a la aplicación del *indubio pro reo*, máxime cuando la información incriminatoria se redujo a *“mera prueba de referencia recogida sin intermediación judicial”*, por lo que reiteró su solicitud en el sentido

de que la sentencia de primera instancia sea revocada, y en su lugar se absuelva al procesado Waldir Monsalve Estrada.

No hubo pronunciamiento de los sujetos no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES

4.1 En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

4.2 Como aclaración preliminar, el Tribunal debe manifestar que, si bien es cierto, el escrito de apelación presentado por la defensa es desde todo punto de vista deficiente, confuso y hasta contradictorio, también lo es que, puede desentrañarse su intención de criticar la apreciación o valoración que de la declaración de la menor ofendida realizó el *a quo*.

Por tanto, siguiendo las previsiones de los artículos 7° y 381 de la ley 906 de 2004, conforme al contenido de la impugnación presentada por la defensa de Waldir Monsalve Estrada, entrará la Sala a determinar si de las pruebas allegadas a la actuación, se acredita la existencia del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cometido en concurso homogéneo y la responsabilidad del procesado en su ejecución.

De la valoración probatoria

4.3 Como preámbulo se resalta que respecto de la prueba testimonial y su valoración, la ley 906 de 2004 dispone que el juez deberá tener en cuenta la naturaleza verosímil o no de la declaración, la capacidad del testigo para percibir y recordar, la existencia de prejuicios, interés u otro motivo que le quite objetividad, las manifestaciones anteriores que guarden coherencia con la

versión actual o que por el contrario la contradigan, el patrón de conducta del declarante y las contradicciones en el contenido de la declaración misma⁴; además, impone una seria limitante en el sentido de que las personas solo pueden declarar sobre los aspectos que en forma personal y directa hayan percibido (con lo cual el testigo de oídas o de referencia queda circunscrito a situaciones excepcionales y con valor suasorio disminuido⁵).

Debe señalarse igualmente, que como suele suceder en estos casos, la prueba siempre es escasa respecto de los testigos directos, debido a los escenarios de privacidad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas, por lo que el testimonio de la víctima adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, como quiera que es la persona que, de manera directa, no solo percibe, sino que vive en carne propia la acción delictual.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima así sea insular, si pasa estos filtros de valoración puede, sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia condenatoria, tal como 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).

⁴ Art. 403 ídem.

⁵ Art. 402 ídem.

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

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

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables”⁶.

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

Lo anterior se hace aplicable en lo que toca con la credibilidad de los relatos ofrecidos por los menores víctimas de delitos sexuales, tópico sobre el cual la

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran; pero también, que ello no significa que aquellos no puedan faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación”*, de ahí que sea necesario valorar sus dichos *“como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate”*⁷.

Del caso concreto

4.4 Refirió el censor que de las pruebas practicadas en el juicio oral se puede concluir que existe duda probatoria, la cual debe resolverse a favor del procesado y que se fundamenta en las inconsistencias de la versión de la víctima, que además se vio desacreditada con las demás pruebas recaudadas en el juicio, en particular por la prueba pericial sexológica. Sin embargo, desde ya se anticipa por el Tribunal el carácter equivocado de dicha postulación. Estas las razones:

4.5 El relato que ofreció en el juicio oral la menor M.G.R.A cuando contaba con 14 años de edad fue el siguiente⁸:

Inicialmente narró algunos aspectos generales, entre ellos que actualmente convive con su compañero Jean Carlos Bedoya y su pequeña hija, es ama de casa y estudió hasta grado octavo, posteriormente en punto a los hechos narró:

“Mis padres demandaron a una persona que me enamoró y abusó de mí, yo lo consentí, pero yo estaba muy menor, no sabía realmente cómo eran las cosas.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP7326-2016. Radicado 45585 y Radicado 37044 del 7 de diciembre de 2011.

⁸ Audiencia de juicio oral del 10 de mayo de 2019. Minuto: 46:20

Yo me hice amiga de la prima de él, de la señorita A, empezamos a hacernos amigas y un día íbamos a hacer ejercicio, yo fui a la casa de ella a buscarla y él estaba en la ventana y yo le dije que si la llamaba por favor, ella bajó y ya luego cuando estábamos haciendo ejercicio ella me dijo que el primo de ella le había dicho que yo era muy bonita y me quería conocer, pues a mí me pareció bien porque yo no era muy popular en el colegio ni nada de esas cosas, entonces fue muy sorprendente para mí.

Después nos fuimos haciendo más amigas y un día yo iba para una tienda a comprar algo y el señor Waldir me llamó y ahí en la puerta de la casa de él en las escalas me empezó a decir que yo era una mujer muy bonita y que él quería tener algo conmigo y me besó, cuando yo sentí que me estaban tocando, yo me fui para mi casa.

Después yo me seguí hablando con A y yo le dije que me gustaba el primo de ella porque me había dicho que yo era muy bonita, que yo le gustaba, entonces por decirlo así, yo me fui enamorando; cuando una vez fuimos a hacer una tarea a la casa de ella y estábamos en el tercer piso, ella vive en un tercer piso y el señor Waldir subió al tercer piso y A se fue a hacer otras cosas y él me empezó a besar y tuvo relaciones sexuales conmigo.

Después yo salí de allá y yo creía que estaba muy enamorada y yo no le comenté nada a mis papás por miedo que me dijeran que no podía tener nada con él, yo no les quise comentar nada. Yo continué siendo amiga de A y yo me volví muy grosera, estaba demasiado rebelde, los encuentros sexuales fueron varios, cuando yo pasaba por ahí él me llamaba y tenía encuentros conmigo.

Más adelante me di cuenta que él era mucho mayor que yo y que tenía hijos. Al principio yo no lo sabía ya después no me volvió llamar y me sentí sorprendida, pero mis papás como yo tenía una actitud tan, estaba tan grosera, ellos creyeron que de pronto yo estaba consumiendo drogas o algo así, cosa que nunca pasó porque yo nunca he consumido drogas o

algo así, entonces yo, mi papá comenzó a buscar entre mis cosas y encontró una carta que yo había escrito y la había guardado entre mis cosas y decía que yo estaba muy enamorada de él y lo quería mucho y mi papá hizo un careo conmigo y me dijo que por favor le dijera la verdad, yo les dije la verdad y después de eso fue cuando mi papá demandó y cuando pasó eso yo me quedé muy depresiva, yo creo que tiene un informe de los psicólogos, yo estuve muy depresiva, porque yo me sentía muy mal, me sentía utilizada, estuve mucho tiempo mal, yo me cortaba, yo no quería comer, estaba muy mal y ya poco a poco me fui recuperando.

Fiscalía: ¿Cuándo hablas de encuentros sexuales a que te refieres? M.G: me refiero a la penetración vaginal. F: dónde ocurrieron esos encuentros. M.G: fueron en la casa de él en el tercer piso, en la parte que vive la prima de él hubieron (sic) dos encuentros y en las escalas de la casa del señor también hubieron (sic) varios encuentros. F: puedes describir la casa. M.G: era, uno entraba y eran las escalas, subía estaba el segundo piso, había como dos habitaciones, patio y cocina y subía al tercer piso donde vivía A, que tenía cocina, baño, dos habitaciones, patio y sala. F: ¿tú recuerdas en qué fecha se dieron los hechos, el primer encuentro recuerdas la fecha? M.G: no, no recuerdo la fecha. F: ¿sabes en que año fue? M.G: si en el año 2017. F: ¿recuerdas el mes de ese año? M.G: no la verdad no lo recuerdo bien. F: ¿tu recuerdas si esa primera vez fue antes de mitad de año, o después de mitad de año? M.G: antes de mitad de año. F: ¿recuerdas si para esa época hubo una fecha especial o algo que de pronto puedas recordar, una fecha más cercana? M.G: semana santa de pronto, antecitos de esas fechas fue que yo tuve el primer encuentro con él hasta el 5 de mayo creo que fue, que fue el día de los miljesuses (sic) que mis papás se dieron cuenta. F: ¿tu porqué recuerdas esa fecha? M.G: porque la fecha en que mis papás se enteraron fue algo muy triste para mí, yo me sentí muy mal, porque los hice sentir muy mal a ellos, me dolió demasiado”.

Indicó que el acusado vivía con su prima A, dos tías y su abuela, respecto a la ocupación de éste dijo no saber nada. Cuando la fiscalía le preguntó si recordaba cuántas veces tuvieron encuentros sexuales dijo “*creo que fueron más de cinco*” y se dieron en la cama de la prima del procesado.

Señaló que, al preguntarle a Waldir Monsalve, por qué no podían ser novios él le dijo que “*no porque él era muy grande*” y que su “*familia no se podía enterar*”.

Finalmente agregó que la única persona que supo de esta relación fue la prima del acusado de nombre A, quien para la época contaba con 14 años, ella en cambio tenía 12 y cursaba séptimo grado en la Institución Educativa Hernán Villa Baena.

En el conainterrogatorio⁹ indicó que conocía a Jean Carlos Bedoya, su actual pareja y padre de su hija desde hace dos años y medio, y son pareja hace dos.

Agregó que le escribió cartas románticas al acusado, pero nunca se las entregó y que de parte de él nunca recibió ni cartas, ni mensajes de amor. Sobre su amistad con A explicó que sólo duró aproximadamente entre tres o cuatro meses.

En el redirecto indicó que cuando A los dejó solos en su habitación se ausentó entre 10 y 15 minutos¹⁰.

4.6 Dicho relato resulta plenamente creíble para esta Sala como quiera que las palabras de M.G.R.A se muestran espontáneas y coherentes en el sentido de que su versión se percibe como una descripción lógica y detallada de una vivencia, al punto de recordar aspectos que quedaron marcados en su memoria, entre ellos, los halagos que recibió del acusado y cómo la hicieron sentir, los sentimientos de enamoramiento hacia éste tras las relaciones sexuales, y aquellos de tristeza y vergüenza cuando sus progenitores se dieron cuenta de lo ocurrido, todo ello

⁹ Audiencia de juicio oral del 10 de mayo de 2019. Minuto: 01:32:37

¹⁰ *Ibidem*. Minuto: 01:47:58

aunado a la descripción referida a las relaciones sexuales, que si bien es cierto, adujo fueron consentidas, también lo es que, en razón de su edad, 12 años para ese momento, no estaba en capacidad de afrontar. Así lo ha explicado el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria:

“En atención a la edad de la víctima, el legislador presume de derecho -lo que implica que no se admita prueba en contrario- que ésta se halla en circunstancias de inferioridad, en un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo un adulto no encuentra resistencia alguna a su actuar.

El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad”¹¹.

Los anteriores aspectos impiden dudar de la veracidad del relato de la menor, aunado al hecho de que no se vislumbraron ni acreditaron motivos en ésta o sus ascendientes para querer perjudicar al acusado con falsas imputaciones, y mucho menos como lo indicó el censor, se evidenció un motivo protervo como la venganza por que su asistido no la aceptó como su novia, pues las personas que desfilaron por el juicio no realizaron alguna referencia por simple que fuera en esa dirección, tal como se verá en los siguientes apartes de este proveído.

En opinión del Tribunal tampoco hay lugar a la confusión de la menor en cuanto a lo realmente ocurrido, pues es claro que para la fecha en que concurrió al juicio tenía una vida sexual activa y tenía absolutamente claro el tipo de trato que sostuvo con el acusado. Luego, resulta inaceptable la manifestación o sugerencia de la defensa en el sentido de que pudo haber confundido simples tocamientos con penetraciones por vía vaginal.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 49845 del 1 de noviembre de 2017.

4.7 Ahora bien, con el fin de corroborar la versión inculpativa de la menor hacia el acusado Waldir Monsalve Estrada¹², hicieron presencia en el debate público sus progenitores Álvaro de Jesús Restrepo Zapata y Eliana María Avendaño Carmona.

4.8 El padre manifestó que tuvo conocimiento de los hechos porque su hija M.G.R.A quien contaba con 12 años, para el año 2017, empezó a presentar un comportamiento agresivo e irrespetuoso hacia sus padres, por ese motivo buscó entre sus elementos escolares y encontró unas cartas en las que ella manifestaba sentir amor por Waldir Monsalve Estrada, vecino del lugar y a quien conocía desde pequeño.

Por ese motivo, más exactamente el 3 de mayo de ese año, increpó a su hija para que le dijera qué estaba ocurriendo, la menor se puso bastante nerviosa, lloró y finalmente le dijo que había tenido relaciones sexuales con el hoy acusado, quien le advirtió que no podía decir nada de su relación y que ello había ocurrido cuando hacía tareas en la casa de una prima de éste de nombre A.

Sobre su relación con el procesado y su familia informó que antes de los hechos eran allegados, pues vivían cerca a su casa y nunca se presentó ningún tipo de problema entre ellos.

En el examen cruzado¹³ indicó que se dio cuenta de los hechos por parte de su hija M.G, no obstante, la defensa le impugnó credibilidad con la declaración que rindió al momento de denunciar y donde había señalado que la menor le contó inicialmente a la mamá. En el redirecto¹⁴ aclaró que cuando él confrontó a su hija ésta se derrumbó y le dijo a su mamá que había sostenido relaciones sexuales con Waldir.

¹² Audiencia de juicio oral del 10 de mayo de 2019. Minuto: 04:47

¹³ *Ibidem*. Minuto: 18:03

¹⁴ *Ibidem*. Minuto: 29:57

4.9 La madre, Eliana María Avendaño Carmona¹⁵, informó que su hija M.G y A, prima del acusado y quien contaba con 14 años, empezaron a ser amigas cuando iniciaron el grado séptimo en la I.E Hernán Villa Baena y por ese motivo hacían tareas en su casa o en la de A; sin embargo, empezó a observar que su hija se demoraba más de lo normal y tenía un comportamiento diferente, empezó a ser agresiva, no escuchaba a sus padres e incluso quería cambiar su forma de vestir, resultándole muy extraño que una tía del procesado le dijera al principio que estaba muy contenta con la amistad entre las niñas y mes y medio después, le manifestó que le pusiera cuidado a su hija porque su sobrino le había dicho que era muy “*confianzada*”, por ese motivo fue al colegio y su profesora le llamó la atención en el sentido de que M.G había cambiado mucho.

Fue precisamente por el comportamiento de la menor que su esposo y ella, buscaron entre las cosas de la niña y encontraron una carta en la que se refería a Waldir que, según ella “*le dolió mucho*”, pues decía que podía dejar a su familia e irse con él, por ese motivo la confrontaron y al preguntarle si había tenido relaciones con él, ella asintió con la cabeza y se puso a llorar, dijo recordar que ese día era 3 de mayo cuando rezaban en su casa los “*mil Jesuses*” y que tras hablar con su esposo decidieron denunciar porque M.G era menor de edad.

Recordó haber acompañado a la menor a la valoración en medicina legal y haber estado presente en el examen y al preguntarle por lo hallazgos del médico, ésta le manifestó que “*le daba vergüenza hablar de eso*”.

Finalmente dijo que la menor estuvo en tratamiento psicológico en la empresa donde trabajaba su esposo y que no habló con el acusado para evitar roces con su familia.

En el conainterrogatorio¹⁶ indicó que sólo en dos ocasiones dejó ir a su hija a la casa de A, que quedaba a tres casas de la suya y que, si bien encontró una carta dirigida a Waldir, no halló comunicación entre ellos.

¹⁵ Audiencia de juicio oral del 24 de mayo de 2019. Minuto: 23:07

¹⁶ Audiencia de juicio oral del 24 de mayo de 2019. Minuto 39:57

4.10 Los anteriores relatos vertidos en el juicio oral resultan coincidentes con la versión ofrecida por M.G.R.A sobre todo en lo que tiene que ver con las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, pues de un lado, tanto el padre como la madre dan cuenta de que su hija salía poco y sólo hasta que empezó a relacionarse con A, prima del acusado, salió de su casa con destino a la de ésta a hacer tareas, en igual sentido dieron cuenta de los cambios comportamentales padecidos por la niña después de lo ocurrido, observaron las cartas de amor que ésta le escribía al acusado y su reacción tras admitir que sostuvo relaciones sexuales con Monsalve Estrada, también quedó al descubierto que con el acusado y su familia no existía ningún tipo de discordia, por el contrario reconocen que había una relación de vecindad, lo que descarta algún interés protervo para perjudicarlo.

En consecuencia, es claro que estos declarantes no presenciaron la ejecución de las conductas que se imputan a Monsalve Estrada. Sin embargo, si tuvieron la oportunidad de percibir el contexto de las mismas. Advirtieron que su hija visitaba la casa de su amiga A con la excusa o intención de hacer tareas; también se percataron de sus frecuentes retardos en el regreso a su casa, así como de la modificación en su comportamiento, que se hizo rebelde e irrespetuoso. Esas circunstancias los llevaron a confrontarla y obtener la aceptación de parte de su hija sobre lo que estaba sucediendo. Estos hechos percibidos directamente por los declarantes son coherentes con las afirmaciones de la víctima y las corroboran a cabalidad, haciéndolas dignas de credibilidad.

4.11 Continuando con la valoración de la prueba, asistió también como testigo de cargo, el médico legista Francisco Javier Jaramillo Ochoa¹⁷, quien realizó valoración sexológica a la menor M.G.R.A el 11 de mayo de 2017.

Recordó que la ofendida acompañada por su progenitora llegó con un oficio petitorio de la fiscalía y consultó porque “*hacía por ahí tres meses que venía*

¹⁷ Audiencia de juicio oral. Minuto: 03:04

sosteniendo relaciones sexuales con un amigo y que la última vez había sido hace un mes”, indicándole que los encuentros sexuales eran voluntarios.

En dicha valoración el galeno se encontró con una niña de 12 años, con peso y talla acorde a su edad cronológica, sin ninguna lesión, presentaba un *“himen elástico, que es aquel que permite la dilatación sin desgarrarse al pasar un objeto romo como el miembro viril o el dedo de una mano”* y agregó: *“en la parte del ano si se encontró un ano hipotónico, con desgarramiento de los pliegues anales”*, descartando otros diagnósticos diferentes a relaciones sexuales que explicaran ese tipo de hallazgo, como estreñimiento, parásitos o diabetes, pues la paciente no presentaba ninguno de éstos.

Respecto al hallazgo a nivel vaginal, explicó que el himen elástico no permite concluir que se han tenido o no relaciones sexuales, porque no deja ningún vestigio.

En el contrainterrogatorio¹⁸, manifestó que la menor no le refirió el nombre del amigo con el que tenía relaciones sexuales.

4.11 De acuerdo con los planteamientos expuestos por el defensor, la versión de M.G.R.A no concuerda con el resultado del examen sexológico. Por el contrario, este desmiente el acceso vaginal del que afirmó fue víctima, aspecto que, en su sentir, no fue tenido en cuenta por el *a quo*, quien incurrió al momento de valorar la prueba pericial en un falso juicio de identidad por supresión. Sin embargo, no explicó las razones de tal afirmación, pues de un lado, dijo que el fallador sólo valoró el hallazgo consistente en el himen elástico, y de otro, agregó que lo hizo respecto del descubrimiento del ano hipotónico que presentaba la menor al momento de examen.

Sin embargo, para esta Sala la existencia de un himen elástico no desvirtúa el relato de la menor M.G.R.A, pues de acuerdo con la conclusión del médico

¹⁸ Audiencia de juicio oral. Minuto: 18:11

legista, este “*permite la dilatación sin desgarrarse*”, ante lo cual es normal que, a pesar del paso del miembro viril, no se produzcan alteraciones visibles, circunstancia que impide otorgarle un alcance demostrativo absoluto a la prueba pericial, básicamente porque no estructura a plenitud la materialidad de la conducta, pero tampoco la descarta, razón por la cual debe ser valorada a la luz del restante material probatorio recaudado en juicio.

Frente al falso juicio de identidad que pregona el censor, es válido recordar que este se presenta cuando el juzgador, no aprecia circunstancias fácticas sustanciales del contenido de la respectiva prueba (falso juicio de identidad por cercenamiento), cuando a su tenor le agrega aspectos trascendentes ajenos al mismo (falso juicio de identidad por adición), o cuando le otorgan al texto un sentido distinto al de su literalidad (falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación)¹⁹. En estos casos, el censor tiene la obligación de demostrar las discrepancias esenciales entre el tenor de la prueba y el contenido que el juzgador le atribuyó.

En el sub examine el defensor no cumplió con esa carga, pues se limitó a afirmar que el fallador le dio valor probatorio al hallazgo del himen elástico y después al del ano hipotónico, contradicción que en manera alguna explica lo afirmado por el juez de instancia, quien resaltó:

“Frente a los accesos carnales, es clara la menor en descubrir que estos se dieron vía vaginal, en varias oportunidades, dos (2), en la vivienda en la habitación de su amiga A y otros tantos en las escalas de acceso a dicha vivienda, es claro que se dio por narración de la menor en más de 5 oportunidades y que se trató de penetración vía vaginal, aunque por la declaraciones hechas por el médico legista FRANCISCO JAVIER JARAMILLO OCHOA, nos indica que se encontró en la evaluación himen elástico, por lo que no era posible verificar si existo (sic) penetración vaginal, aunque en el dictamen escrito y presentado en juicio, y que hace parte integra del dictamen de este profesional la menor también ratificó en la anamnesis, penetración Vaginal, pero indicó el profesional que existían vestigios de

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 40105 del 28 de mayo de 2014

penetración vía anal puesto que en los exámenes que le hizo a la menor, presento (sic) un ano hipotónico. Y que para el caso en concreto esto era causado por actividad sexual u otras situaciones que descartó en la menor. Dándose así las hipótesis del art. 212 del C.P. Configurándose así concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal Abusivo con menor de 14 años art 31, 208 el C.P. porque con su actuar vulnerado (sic) varias veces la misma disposición”.

Es cierto que el *a quo* hizo alusión al hallazgo en la menor de un ano hipotónico, no obstante, en manera alguna fundamentó su sentencia de condena en dicha situación. De modo que estas manifestaciones pueden entenderse, a lo sumo, como un ejercicio explicativo del Juez de las huellas encontradas en el cuerpo de la niña, pero nunca como en la piedra angular de la decisión.

Expresado de diferente manera, el hecho de que el legista haya encontrado un himen elástico y un ano hipotónico en manera alguna descarta de plano y de manera irrefutable la existencia de conductas compatibles con el acceso carnal vía vaginal que denunció la menor en el juicio. Que pudo existir otro tipo de acceso carnal, es algo que no se incluyó en la acusación, porque la menor nunca lo refirió, luego, se trata de hechos que no son objeto de juzgamiento en la presente actuación. Así las cosas, lo cierto es que las modalidades de agresión sexual por ella referidas como ejecutadas por el acusado encuentran respaldo en su declaración y en las de sus progenitores.

4.12 Asistió también al juicio oral Jhon Alexander Torres²⁰, psicólogo que prestaba sus servicios en la empresa Colanta, donde labora el progenitor de M.G.R.A.

Dicho testigo, dio cuenta que el padre de M.G buscó su ayuda para que le brindara asesoría psicológica a la menor dado que sostenía una relación con

²⁰ Audiencia de juicio oral del 24 de mayo de 2019. Minuto 52:24

una persona mayor que ella, por ese motivo le asignó una cita para escuchar su versión y evaluar su estado psíquico.

Al momento de entrevistarse con la niña ésta le confirmó que había sostenido relaciones sexuales con una persona que se “ubicaba en la ruta que ella seguía diariamente”, coincidieron en espacios, él la invitaba a su casa y fue allí donde se dieron las relaciones íntimas.

Dicho profesional afirmó que la menor inició las consultas en el segundo semestre de 2017, cuando contaba con 12 años y se extendieron hasta mayo de 2018, en éstas identificó una sintomatología asociada al diagnóstico de depresión, por ejemplo, lentitud para procesar la información, inapetencia y un fuerte sentido de culpabilidad, los cuales no estaban asociados a trastornos esquizoafectivos, ni tampoco se derivaban del consumo de sustancias psicoactivas.

Explicó que elaboró un informe donde consignó los datos de la menor, información de ella y su familia, antecedentes de la historia clínica, los resultados de su intervención y finalmente hizo unas recomendaciones para su tratamiento a través de psicoterapia en atención a que él no era psicólogo clínico y del relato de la menor advertía que la situación que estaba viviendo estaba asociada a un presunto abuso.

En el conainterrogatorio²¹ indicó que el espacio organizacional donde él ejecuta la psicología no es un espacio clínico, presta asesorías que es muy diferente a ese tipo de abordaje, pero que, en todo caso, puede establecer cuáles son las posibles causas de la sintomatología de un paciente, es decir puede dar un diagnóstico presuntivo, resaltando que su labor fue de acompañamiento y no terapéutico, para posibilitar a la menor y a su familia hacer mejor frente a la situación vivida.

²¹ Audiencia de juicio oral del 24 de mayo de 2019. Minuto 01:19:03

Esta declaración, al igual que la de sus padres permite de alguna manera corroborar lo dicho por M.G.R.A pues en éstas se incluyeron datos objetivos de los cuales se infiere que su experiencia fue real. El profesional en psicología advirtió que la menor presentaba una sintomatología asociada a la depresión, diagnóstico presuntivo que estuvo ligado al relato que le hizo la menor, respecto de las situaciones que estaba viviendo.

Ahora bien, criticó la defensa el señalamiento que hiciera el psicólogo Jhon Alexander Torres, en punto a que el comportamiento de la menor no provenía del consumo de sustancias psicoactivas y mucho menos estuviera asociado a trastornos psicoafectivos, pues éste no es un experto en este tipo de delitos, no es psicólogo clínico y mucho menos psiquiatra para dar este tipo de conceptos, máxime cuando no mencionó las técnicas utilizadas para llegar a este tipo de conclusiones.

Sin embargo, resulta claro que la atención que le prestó a M.G.R.A no fue en calidad de psicólogo clínico, pues como él mismo lo aceptó, lo que hizo fue un acompañamiento e identificó a qué se debían los trastornos que presentaba, lo cual le era permitido, pues como lo explicó *“la psicología les permite a todos como psicólogos, establecer cuáles pueden ser las posibles sintomatologías que están asociadas a un diagnóstico definitivo, en este caso un diagnóstico presuntivo”*; por tanto, dicho reproche no tiene vocación de prosperar pues son afirmaciones sin soporte científico que las respalde, máxime cuando en manera alguna utilizó los mecanismos dispuestos por la ley 906 de 2004 para impugnar la credibilidad del testigo. Por tanto, la Sala no observa error alguno en la valoración que hizo el funcionario de primer grado de este medio de convicción, pues su testimonio, como los de cualquier otro testigo, fueron sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate.

4.13 La defensa recurrente manifestó que tanto la valoración del perito en medicina legal, como el informe psicológico, tienen el carácter de prueba de referencia. Al respecto, el Tribunal considera necesario precisar que una tal

aseveración es equivocada y desconoce además el criterio decantado por la Corte Suprema de Justicia en torno al punto. El profesional de la medicina pudo percibir de manera directa los hallazgos físicos en el cuerpo de la menor, razón por la cual se puede distinguir de un testigo de referencia al poder dar cuenta de la existencia o no, de lo que la jurisprudencia ha denominado hechos indicadores.

También se hace ineludible precisar que el sicólogo que concurrió al juicio, no actuó como perito, sino como testigo cuyo conocimiento de la psicología lo ubicó en una posición privilegiada pues apreció una serie de síntomas asociados al abuso, los cuales también pueden tener el carácter de hechos indicadores, o en su defecto, importantes elementos de corroboración periférica, entre éstos, depresión, lentitud para procesar la información, inapetencia y culpabilidad. Sobre este particular, no puede dejarse de lado que la menor participó de esa relación y de acuerdo a sus propias manifestaciones fue consciente de los cambios que presentó en su comportamiento frente a sus padres. Esta realidad explica el que experimentara sentimientos de culpabilidad. En consecuencia, la censura que en este sentido propuso el recurrente se hace improcedente.

4.14 Po último, la investigadora del CTI Erica María Zapata²², indicó haber recibido entrevista a la menor M.G.R.A bajo el protocolo SATAC cuando ésta contaba con 12 años. Dicha prueba fue objeto de censura por parte del recurrente quien indicó que el *a quo* se equivocó al momento de valorar dicho testimonio, por tratarse de una prueba de referencia.

En efecto, el testimonio de Erica María Zapata, investigadora de la fiscalía que realizó entrevista es prueba de referencia inadmisibles en cuanto a las manifestaciones a ella realizadas por la víctima, dada la comparecencia de esta al juicio.

Sobre este tema la ley 1652 de 2013, se ocupó de la entrevista forense realizada a menores de edad víctimas de ciertas conducta punibles, incluidas aquellas que

²² Audiencia de juicio oral del 27 de mayo de 2019. Minuto 02:36

atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, incorporando modificaciones al C. de P.P. vigente particularmente en dos sentidos: uno, asignándole a dicha entrevista la calidad de elemento material probatorio, con lo cual resultaba pasible de ser incorporada al juicio a través del funcionario que la recibió; y dos, asignándole también la calidad de prueba de referencia admisible al adicionar un literal al artículo 438 *ibídem* referido a este tópico. Por supuesto, impuso unas condiciones a su realización, atinentes a la calidad de quien la realiza, en presencia de quiénes debe recibirse y en qué forma debe plasmarse documentalmente.

Y es que el fin perseguido por la norma, no era otro que proteger los intereses superiores de los menores víctimas de este tipo de delitos, autorizando a la fiscalía a valerse de dicha entrevista como prueba de referencia admisible, a pesar de contar con la disponibilidad del menor para ir a juicio, todo ello con el ánimo y la intención de evitar una nueva victimización.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

Al margen de lo anterior, tampoco es acertado afirmar que la Ley 1652 de julio 12 de 2013 establece que la entrevista forense es una «prueba autónoma», pues en la sistemática de la Ley 906 de 2004 que gobierna la presente actuación, prueba solo es aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes, de conformidad con el principio de inmediación –art. 16 ídem– y según lo reglado en los artículos 377, 378 y 379 de la normativa en cita.

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo –art. 392, literal d) íbidem– o para impugnar su credibilidad –arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem–, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda

apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de «elemento material probatorio» y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, «podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado».

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante «Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código».

*En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste «como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió»²³; **surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004.**²⁴*

Así las cosas, resultaba inaceptable que fuera valorada por el *a quo*, como una prueba de corroboración periférica. La ofendida declaró en el juicio oral con respeto de los principios de inmediación, contradicción y confrontación. Es esta declaración la que debe ser objeto de valoración por el juez.

4.15 Frente a la afirmación del recurrente, de que en el proceso no existió prueba directa sino, todas de referencia, la Sala sólo le resta por indicar que se trata de una afirmación sin soporte jurídico que la respalde, pues la menor en el juicio oral fue contundente en su relato sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron las relaciones sexuales con el acusado, las cuales, si bien es cierto, fueron consentidas, también lo es que la inmadurez en razón de su edad, le niegan total validez a su asentimiento.

Así las cosas, coincide hasta acá el Tribunal con el criterio expuesto por el juez de primera instancia, en el sentido de que el testimonio de la menor, se encuentra corroborada por el restante material probatorio arrojado al juicio por la fiscalía, que si bien no admite el calificativo de prueba directa respecto de la ocurrencia de los hechos, si permite inferir de manera razonable su ocurrencia.

²³ CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764

²⁴ CS de J AP5013-2014, 27 de agosto de 2014 Radicación n° 44066

4.16 La prueba de la defensa no tuvo capacidad suasoria para derruir la certeza a la que se arribó a través de los medios de convicción allegados por el ente persecutor, como se verá a continuación:

4.17 En primer lugar declaró la menor A.G.E²⁵, prima del acusado quien manifestó estar en dicha diligencia porque su primo “*supuestamente violó*” a la que era su amiga, M.G.R.A, hechos que no tienen “*lógica, porque ella fue tres veces a su casa y de las veces que ella fue a su casa (sic) siempre había un adulto*”.

Recordó que para el año 2017 las dos estudiaban juntas por lo que se reunían casi siempre en casa de M.G, sólo en tres oportunidades lo hicieron en la suya y que en el lugar estaban “*siempre*” su tía Miriam, su abuela, otra prima y su mamá.

Describió su residencia como una casa de tres pisos con acceso por las escaleras, dijo vivir en el tercer piso, mientras que su primo lo hacía en el segundo, aunque después indicó que éste también residía en su casa, es decir, en el tercer piso.

Advirtió que Waldir y M.G.R.A no se conocían, aunque si se vieron cuando ésta fue a su casa porque la entrada era compartida con el segundo piso pero, no tenían ningún tipo de comunicación, además no notó ningún comportamiento extraño entre ellos, aunque su ex compañera de colegio sí tuvo la intención de mandarle cartas a través suyo, pero nunca se las entregó “*porque no quería como involucrarlo a él en nada*”, y que él “*en ningún momento le llegó a pedir que le presentara a M.G.R.A*”.

4.18 Aleida Lucía Estrada Tobón²⁶, tía del procesado manifestó vivir en el barrio Pachelly del municipio de Bello. Dijo que su residencia actual y donde vivía también para el año 2017, se compone de “*una entrada al segundo piso, que por ahí mismo se ingresa a su casa que es en un tercer piso, tiene puerta en su tercer*

²⁵ Audiencia de juicio oral del 27 de mayo de 2019. Minuto: 34:46

²⁶ *Ibidem*. Minuto: 01:17:11

piso, en el segundo piso vive su mamá y su hermana mayor, pues con su sobrino Waldir, y en el tercer piso vive con su hija A”.

Después agregó que, aunque labora, a veces tiene días compensatorios por lo que descansa entre tres y cinco días, es decir toda la semana y que durante este tiempo está la mayor parte del tiempo en su casa.

Respecto de las acusaciones en contra de su sobrino, dijo que le parece delicado, grave e injusto pues M.G llegó a ir a su casa por ahí tres o cuatro veces, porque era compañera de estudio de su hija, pero cuando lo hacía, había otras personas *“de pronto en alguna ocasión si estaba Waldir, estaba en el segundo piso en la casa de su mamá”*, pero ellos no se conocían *“de pronto si ella pasaba la veía o viceversa”* aunque no se llegaron a tratar.

En el contrainterrogatorio²⁷ explicó que su horario en el trabajo era de 9:00 de la mañana hasta las 6:30 o 7:00 de la noche y que entre febrero y abril de 2017, era exactamente el mismo.

4.19 Por su parte, Luz Elena Estrada Tobón²⁸, tía de Waldir Monsalve Estrada y quien reside en la carrera 60 No. 69-36 interior 201 del barrio Pachelly, mismo lugar donde habitaba el hoy acusado. Indicó que el tercer piso del edificio vive su hermana Aleida y su hija menor A y que entre los dos apartamentos no hay tanta independencia.

Manifestó que para el año 2017 vivía con su madre y con Waldir, y que en razón a la salud de su progenitora permanecía en su casa todo el tiempo, excepto cuando salía a hacer alguna diligencia, por lo que la reemplazaba su hermana Miriam.

²⁷ Audiencia de juicio oral del 27 de mayo de 2019. Minuto: 01:26:38

²⁸ Audiencia de juicio oral del 18 de octubre de 2019. Minuto: 05:55

Señaló conocer a M.G.R.A porque es su vecina y asistía a la parroquia Getsemaní donde ella laboraba medio tiempo, además era compañera de su sobrina A, y llegó a ir a su casa en tres ocasiones.

4.20 Gloria Patricia Varela Osorno²⁹, amiga de la familia Estrada, dijo conocer a la abuela y tías del acusado. No obstante, nada dijo sobre los hechos materia de investigación.

4.21 Juan Esteban Monsalve Estrada y Valentina Madrid Quintero³⁰, hermano y cuñada del procesado, indicaron estar en el juicio oral, por las acusaciones que en contra de Waldir realizó la menor M.G.R.A. El primero, dijo residir en el barrio Pérez del municipio de Bello, pero antes, hace aproximadamente tres años vivía en el barrio Pachelly, por ese motivo iba a la casa de su abuela varias veces en el día, todos los días y recordó que siempre estaban sus tías, pero el acusado, sólo en algunas ocasiones.

Respecto de M.G. recordó que ésta le coqueteaba, al punto de ocasionarle problemas con su pareja, y sobre los hechos manifestó no constarle nada.

En términos similares, Valentina Madrid explicó que la menor M.G.R.A le coqueteaba a su compañero, situación que les ocasionó muchos problemas. Describió la residencia donde habita la familia la cual se componía de tres pisos, en el segundo habitaba la abuela de su pareja y en el tercero, una tía, recordó además, que para acceder de un piso a otro había unas escalas ubicadas al lado de la sala. Dijo, no haber visto al acusado con M.G.³¹.

4.22 También asistió como testigo de descargo, Liseth Johana Jaramillo Estrada³², prima de Monsalve Estrada quien dijo conocer a M.G.R.A porque estudiaba con su prima A y fue a su casa en tres oportunidades, dos de ellas para

²⁹ Audiencia de juicio oral del 18 de octubre de 2019. Minuto: 57:35

³⁰ Audiencia de juicio oral del 22 de octubre de 2019. Minutos: 03:02 y 26:39, respectivamente.

³¹ *Ibíd.* Minuto 33:20

³² Audiencia de juicio oral del 24 de enero de 2020. Minuto 03:59

que les enseñara unas coreografías, enfatizando eso sí, que en las ocasiones en que la ofendida estuvo en su residencia ella estaba presente.

Agregó que, en dichas visitas, su primo no estuvo presente, ya que, por lo general, se mantenía en un taller ubicado en el mismo barrio donde residía, y que a veces llegaba a su casa tipo 12:00 de la noche.

4.23 Finalmente Norman Farid Agudelo Suaza³³, explicó conocer a la víctima porque estudiaba con una prima de su esposa, en el mismo sentido que los anteriores testigos dijo haber visto a M.G en tres oportunidades pues siempre permanecía en su residencia dado que para los años 2017, 2018 estaba desempleado.

4.24 Estas declaraciones, todas ellas provenientes de familiares del acusado permiten de alguna manera corroborar lo dicho por la menor, pues dieron cuenta no sólo de la amistad entre las menores A y M.G, sino que la ubicaron por lo menos en tres oportunidades en el lugar de los hechos; no obstante, surgió evidente su deseo de favorecerlo, pues además de descalificar a la menor tildándola de coqueta, indicaron que era imposible que Waldir coincidiera con ésta en el mismo espacio y mucho menos que tuvieran la oportunidad de estar solos. Además, se hace poco creíble la manifestación que realizaron la mayoría de ellos en el sentido de que permanecían todo el tiempo en la casa, sin explicar una razón valedera que lo justifique.

4.25 Reprochó el defensor que en una relación de amistad se llegue de inmediato a “una intimidad mayor” y elevó a máxima de la experiencia el hecho de que las relaciones sexuales se llevan a cabo en lugares solos u ocultos, sin embargo, tal enunciado, no sólo corrobora la fortaleza del vínculo entre el procesado y la víctima, sino que además plantea un argumento lógico falaz, pues la premisa parte de la idea de que se trataba de actos a plena vista, cuando la realidad es que éstas se llevaron a cabo, no sólo en las escalas de acceso del segundo al tercer

³³ Audiencia de juicio oral del 24 de enero de 2020. Minuto 20:03

piso del inmueble, que los salvaguardaba de las miradas de los transeúntes y a la vez de las personas al interior del inmueble, sino además en el cuarto de A, cuando ésta los dejó solos por espacio de 10 o 15 minutos, tal y como lo explicó M.G en el juicio oral.

De ahí que los esfuerzos probatorios de la defensa dirigidos a que en el lugar de los hechos siempre permanecía un adulto, o que los espacios estaban comunicados entre sí, o que todo se trató de una venganza en contra de su representado porque no aceptó un “noviazgo” con M.G.R.A, se quedaron cortos ante la contundencia de la prueba allegada por la fiscalía, pues el relato incriminatorio de la menor, así como los demás medios de convicción que lo corroboran son dignos de credibilidad, máxime cuando el impugnante no los cuestionó en sus aspectos fundamentales.

4.26 En síntesis, al estudiar los reparos del censor, contrario a evidenciarse una duda respecto de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado la Sala encuentra que i) no existió un motivo protervo que llevara a la víctima o a su familia a imputar falsamente a Waldir Monsalve Estrada la comisión de un delito de tal entidad; ii) la menor presentó un relato que reflejó coherencia interna y externa, mismo que mantuvo incólume en sus aspectos más esenciales frente a quienes trasmitió lo sucedido, iii) Álvaro de Jesús Restrepo Zapata y Eliana María Avendaño Carmona, padres de la menor, observaron una serie de cambios comportamentales y actitudinales en la menor, situación que los obligó a confrontarla a fin de obtener la versión de lo que en realidad le estaba ocurriendo, circunstancias que fueron confirmadas por el psicólogo Jhon Alexander Torres quien luego de realizar acompañamiento a M.G identificó estados depresivos, acompañados de inapetencia y fuertes sentimientos de culpa, los cuales estaban asociados al relato de los hechos que ésta le hiciera y no, a otras causas, iv) la relación de cercanía y confianza que pudo desarrollar con el acusado en razón de su amistad con la A, prima de éste, con quien cursaba grado séptimo en la misma institución educativa y, por último vi) los sentimientos de amor que le profirió al acusado en unas cartas que fueron encontradas por sus progenitores, las cuales porque no decirlo, fueron el detonante para que M.G.R.A

admitiera los encuentros sexuales que venía sosteniendo con Monsalve Estrada, quien le pidió mantenerlos en secreto “*porque él era muy grande*” y su “*familia no se podía enterar*”.

En consecuencia, ante esa realidad que emerge del plenario y al no convencer el recurrente a la Sala en sus cuestionamientos a la sentencia de primera instancia, se impartirá confirmación a la misma.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

**

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

**

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

- * Original Firmado
- ** Proyecto aprobado en Sala de Decisión Virtual

Nota: La providencia con las respectivas firmas puede ser consultada en la Secretaría de la Corporación, una vez finalice la medida de aislamiento

preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19