

Proceso: 05 001 60 00206-2021-80518
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado
Acusado: Omar Estiben Aguiar Mora
Procedencia: Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Revoca
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 019-2024

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto aprobado según Acta No. 109

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctima, en contra de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, por medio de la cual absolvió a **Omar Estiben Aguiar Mora** del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, donde aparecía como víctima la menor L.C.A.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:

Fueron narrados por el Juez de primera instancia de la siguiente manera:

“El 27 de diciembre del 2021 entre las 2:00 p.m y 6:00 p.m. en la carrera 42 C N° 107 D-26 interior 303 Barrio Popular Uno de Medellín, lugar de residencia del señor Omar Estiben Aguiar Mora, el mismo le realizó tocamientos de contenido erótico en la vagina y por dentro de la ropa a su sobrina L.C.A de 5 años de edad, a quien amenazó con pegarle si contaba lo sucedido. Cuando los padres de la menor fueron a recogerla a dicho lugar donde la habían dejado al cuidado de su abuela paterna, la misma le refirió a su madre Kelly Vanesa Acevedo Pérez que le ardía la vagina, razón por la cual su progenitora la revisó y le observó irritación en dicha zona que incluso le ardía para orinar, procediendo a preguntarle a su hija el por qué le dolía obteniendo como respuesta que su tío Omar Estiben le había tocado la vagina, situación que le contó a su abuela paterna empero la misma le respondió que era una mentirosa.”

El 9 de marzo de 2022, ante el Juzgado 13 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura previa orden expedida legalmente, formulación de imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, descrito y sancionado en el art. 209 y 211 numeral 5° del C.P., y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Posteriormente, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 1° de junio de 2022, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 28 de julio siguiente ante el Juez 13 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, donde se le llamó a responder por el mismo delito imputado en calidad de autor.

La audiencia preparatoria se realizó el 20 de octubre de 2022 y una vez realizado el juicio oral¹ el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que absolvió al acusado de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

¹ Juicio oral en sesiones del 3 de noviembre y 6 de diciembre de 2022, 19 de enero, 10 de febrero, 2 y 8 de marzo de 2023.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El a quo luego de hacer un recuento procesal y de las pruebas debatidas en el juicio oral recordó que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, tal y como lo refieren los art. 7º. 372 y 381 del C. de P.P., así en consonancia con esos criterios se tiene que es imprescindible la emisión de un juicio lógico y jurídico, el cual se logra mediante la evaluación integral y racional de todo el acervo probatorio, que deberá hacerse según la sana crítica, de acuerdo con la aplicación de las reglas propias de la experiencia, el sentido común y la técnica jurídica.

Enseguida se refirió a las estipulaciones probatorias realizadas por las partes entre ellas, que **Omar Estiben Aguiar Mora** se identifica con cédula de ciudadanía 1.000.747.536 expedida en Girardota, Antioquia y que la víctima L.C.A para el momento de los hechos materia de investigación era menor de 14 años de edad, circunstancia que encuentra respaldo en la copia del registro civil de nacimiento con indicativo serial 55264648 donde consta que nació en Medellín el día 29 de junio del año 2016.

Recordó que los presupuestos que la ley exige para proferir una decisión de condena son los siguientes: demostración del hecho, demostración de la autoría material y la consiguiente responsabilidad del procesado, aspectos que, en su sentir, no fueron probados bajo el tenor del estándar probatorio requerido para emitir una sentencia condenatoria, es decir, más allá de toda duda razonable.

Enseguida hizo alusión a los elementos del delito acusado y trajo a colación jurisprudencia relacionada con el delito de actos sexual agravado con menor de 14 años², y pasó a analizar en conjunto la prueba allegada a la actuación.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal radicado 30305 del 5 de noviembre de 2008.

En ese sentido dijo que iniciaría con el testimonio de la menor L.C.A, el cual sería valorado de cara con los demás elementos de convicción allegados a la actuación, sin dejar de lado especiales elementos como la calidad de la víctima, la capacidad de percepción, el estado de sanidad de los sentidos con que se percibió en el juicio y la personalidad, tal y como lo enseña la Corte Suprema de Justicia en los radicados 34568 y 41948 del 23 de febrero de 2011 y 25 de enero de 2017.

Resaltó que si el testimonio de la víctima, así sea insular, pasa dos filtros de valoración interna y externa, que tienen que ver con la verosimilitud del relato, su coherencia y armonía con los demás medios de convicción (art. 380 C.P.P) puede, sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia condenatoria, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³.

Hizo alusión al tema de la corroboración periférica⁴ y descendió al caso objeto de estudio. Para el efecto señaló que del testimonio de la menor L.C.A., se encuentra un señalamiento en contra de su tío paterno “*Estiben Mora*” por tratarse de la persona que le tocó la vagina con las manos en la casa de su abuela paterna Lucidia, propiamente en la habitación de ésta. Sin embargo, al cotejar su versión con la entrevista que rindió ante la investigadora del CAIVAS, el 30 de diciembre de 2021; y la cual le puso de presente la fiscal con el fin de refrescar memoria, dado que al inicio refirió que ninguna persona le había tocado sus partes íntimas, se encuentran algunas contradicciones que le restan coherencia y verosimilitud al relato, pues aunque se trata de una niña que para el momento de aquella diligencia tan solo tenía 5 años y cuando rindió el testimonio había cumplido los 6, es decir, se trata de una infante que carece de madurez mental y no se le puede exigir que retenga en su memoria la información exacta de lo acontecido, en este caso las disimilitudes de su versión sí deben ser evaluadas porque se trata de aspectos relevantes en la construcción de la verdad.

³ Radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁴ Corte Constitucional, en la sentencia T-554/03 y Sentencia SP 1177 del 2022, radicado 58668 de la Corte Suprema de Justicia.

Advirtió que durante el juicio oral la menor manifestó que “*Estiben Mora*” quien estaba en la habitación de su abuela, la llamó, la tiró a la cama, le quitó el pantalón que tenía y le tocó la vagina por fuera y por debajo de los calzoncitos que traía puestos, lo cual le contó únicamente a su mamá quien lo denunció, versión que encuentra una discrepancia con lo narrado en la entrevista que se le puso de presente para refrescar memoria, pues allí refirió que Estiben la subió a la pieza de la abuelita, le pegó, la tiró a la cama y le tocó la vaginita metiéndole la mano por la ropa, aspectos que lo llevan a concluir que según la primera versión Estiben llamó a la menor a la habitación de su abuela, sin que nadie se diera cuenta, y allí le realizó el acto libidinoso respectivo; en cambio, en la segunda versión dijo que para tales efectos la subió a la habitación de su abuela. Ese cambio de palabras tiene mucho peso en su relato, pues para un niño de su edad no es difícil conocer la diferencia entre llamar y subir, máxime porque tal como se pudo establecer con la prueba documental traída a juicio por la defensa, para llegar a la habitación de la “*abuela Lucidia*” donde supuestamente ocurrió el hecho, no se requiere “*subir*” por ninguna parte, pues en esa casa están dispuestos en la misma planta la sala, la cocina, el baño y las habitaciones de Lucidia y Omar Estiben.

Subrayó que en la primera versión la niña dijo que Estiben le pegó y luego la tocó; en cambio, en la segunda vertida ante este despacho, nada comentó sobre el maltrato físico a sabiendas que si esto hubiese sido cierto lo hubiera rememorado nuevamente, pues un niño que es maltratado tiene ese recuerdo impregnado, máxime atendiendo la edad de la menor y, porque entre el hecho y su testimonio no ha transcurrido un lapso tan considerable. Además, si su tío le hubiese pegado, lo normal habría sido que se pusiera a llorar y las demás personas que se encontraban en la casa se percataran de lo sucedido. Este detalle es importante, no para acreditar el tocamiento, sino la credibilidad de los dichos del infante, quien, por demás, también refirió en la entrevista que Estiben no la amenazó ni la trató mal, solamente la tocó, esa primera acción por parte de Estiben fue señalado por la mamá de la menor, porque supuestamente así se lo narró su hija.

Adujo que aunque la menor reconoció que el día de los supuestos hechos en la casa de su abuelita Lucidia había más personas, también refirió que nadie se dio cuenta cuando su tío Estiben la llamó “o la subió” a la pieza de su “mamita” para hacerle el vejamen, situación que le llamó la atención, pues en una casa con las proporciones que tiene la de la señora Lucidia, donde la cocina, la sala y el baño se encuentran en un mismo lugar y poco distante de las dos habitaciones, permitiendo así su visualización constante, no es razonable que ninguna de las personas que se encontraban allí el 27 de diciembre del 2021 hubiesen visto cuando Estiben supuestamente llamó a L.C.A para la habitación de su abuelita, máxime porque algunas de esas personas dieron testimonio de que la menor y sus demás primos siempre estuvieron en la sala y en el balcón jugando y Omar Estiben en ningún momento tuvo contacto con ellos porque se encontraba durmiendo en su habitación reponiéndose de una crisis epiléptica que sufrió ese día.

Llamó la atención en que la menor en su testimonio, más no en la entrevista, dijo que Estiben le quitó el pantalón para tocarla, afirmación que no es creíble por cuanto el sentido común enseña que una persona que está cometiendo un delito sexual a escasos metros de 7 testigos (Gonzalo, Lucidia, Deisy y los cuatro primos) y en una habitación que no tiene puerta, no se va a atrever a despojar a la víctima de su ropa, pues mientras lo hace puede ser sorprendido, sobre todo porque en este caso se trataba de una niña de tan solo 5 años de edad a quien todavía se le dificultaba vestirse y desvestirse. Dijo que además merece ser tenido en cuenta el hecho de que la supuesta víctima en la entrevista contó que ha sido objeto de los vejámenes de Omar Estiben muchas otras veces cuando vivían en otra casa, empero, en el juicio indicó que hechos como los que se investigan solo ocurrieron esta vez.

Concluyó que todo lo anterior, permite evidenciar que en muchos aspectos de la versión de la menor hay discordancia, hasta el punto que puede hablarse de fantasía, razón por la cual, así como pudo inventarse situaciones que no existieron en el mundo real, también es factible que haya señalado a Omar Estiben Aguiar Mora como la persona que le tocó la vagina aquel 27 de

diciembre del 2021, sin ser cierto; no obstante, continuó, la versión de la menor debe ser confrontada con las demás pruebas que fueron practicadas en el juicio, lo cual se conoce como corroboración periférica.

Recordó que la madre de la menor, la señora Kelly Vanesa Acevedo Pérez, relató en el juicio que cuando recogieron a su hija en la casa de la abuela paterna Lucidia, el 27 de diciembre del 2021, la misma le manifestó que le ardía para orinar, motivo por el cual la revisó e indagó que había pasado y le contó que su tío Estiben Aguiar le tocó la vagina con los dedos de la mano en una pieza, que nadie vio porque los demás estaban en la cocina, pero que le contó a su abuela quien le dijo que no fuera mentirosa, sin embargo, apareció un nuevo detalle que resta credibilidad a la versión de la niña, quien en su declaración dijo que los hechos solo se los contó a su mamá, esta testigo dijo que a su abuela y ésta en el juicio dijo que la niña en ningún momento tuvo contacto con su hijo Omar Estiben porque él estuvo en la cama todo el día recuperándose de una crisis de epilepsia.

Adujo que la testigo Kelly Vanesa Acevedo quien es de referencia, dio cuenta que en la casa de su suegra donde supuestamente ocurrieron los hechos había otras personas como el abuelo Gonzalo, Lucidia y 4 niños, cuya afirmación tiene coherencia con los dichos de L.C.A, pues entre otros, señaló a estas personas como las que se encontraban en dicho lugar aquel 27 de diciembre de 2021, entre ellos el señor Gonzalo de Jesús Cárdenas Peláez, quien aparte de ser el compañero sentimental de Lucidia, la madre del procesado, también es el abuelo paterno de L.C.A.; por tanto, en los hechos expuestos existe para este testigo una colisión de intereses habida cuenta que por un lado están en juego las pretensiones de su nieta y por el otro la de su “*hijastro*” Omar Estiben, con quien, según sus dichos, tiene una mala relación, por esa razón ese testimonio es importante porque para él hubiese sido más fácil inclinarse por los intereses de su nieta que por los de Omar Estiben, ya que, de ser ciertos los señalamientos en su contra, tendría razones suficientes para que se haga justicia, además, porque al tenerle resentimiento, incriminarlo penalmente sería la forma de alejarlo de su vida, empero, a pesar de lo anterior, rindió un testimonio objetivo y verosímil ya

que estuvo en la residencia donde presuntamente ocurrieron los hechos en el espacio de tiempo señalado por la menor, es decir entre las 2 y las 6 de la tarde y permaneció en la habitación de su pareja sentimental, de modo tal que esta afirmación, concluyó el a quo, deja sin soporte el dicho de la menor en el sentido de que el acto sexual denunciado ocurrió en este lugar.

Recordó que Deisy Yuliana Aguiar Mora, refirió que su padrastro estuvo en la habitación de su madre ese 27 de diciembre de 2021, dicho que encuentra concordancia con los de Oscar Darío Cárdenas Aguiar, padre de la menor, quien en forma similar relató que dejó a L.C.A en la casa de Lucidia tipo 2 de la tarde y la recogió entre las 5:30 o 6:00 de la tarde, de modo tal que Gonzalo de Jesús sí estuvo en esa casa durante todo el tiempo en que permaneció la menor y, por ende, fue testigo de lo que ocurrió con ella en dicho lugar.

Dijo que era rescatable el hecho de que Gonzalo Cárdenas expresara en el juicio que en una ocasión habló con Kelly Vanesa Acevedo Pérez y concluyeron que ninguno de los dos quería a Omar Estiben y esa “*antipatía que ella sentía por su cuñado*” pudo ser un detonante para usar a su hija y denunciarlo dado el resentimiento que tenía hacia él por un supuesto abuso sexual en contra de su hija mayor.

Afirmó que la declaración del padre de la niña es también importante al tener enfrentados dos intereses ya que en los hechos están involucrados su hija y su hermano, sin embargo, el testigo fue objetivo y expresó que de acuerdo al padecimiento que tuvo su hermano aquel día, tal como se lo contó su mamá, no se paró de la cama y por eso no es creíble que hubiese tocado a su hija; además porque 20 días después de haber presentado la denuncia la niña les manifestó que aquel día entró al baño de la abuela Lucidia y como no había papel no se secó y después le empezó a rascar su vagina, situación que es reiterativa en su hija y le produce quemaduras.

Indicó que surge evidente el interés que tiene Kelly Vanesa Acevedo Pérez, madre de L.C.A, en perjudicar no solo al acusado, sino a toda la familia de su

compañero, al primero, porque según lo narró cuando era menor de edad ejerció acciones libidinosas en contra de su otra hija y, con su suegra y sus cuñadas por una especie de resentimiento ya que le recriminan el hecho de que Óscar Darío Cárdenas Aguiar se separó del seno materno para conformar su propio hogar.

Respecto a la impugnación de credibilidad que le hizo la fiscalía al testimonio de Óscar Darío basada en una entrevista donde dijo que la niña “*nos contó*”, haciendo alusión a los hechos aquí investigados, resaltó que durante su testimonio fue claro en indicar que su esposa fue la que obtuvo la revelación de su hija, por tanto, esa situación no otorga ningún elemento que permita tejer la responsabilidad de Omar Estiben, pues le haya contado la niña directamente o Kelly Vanesa, no deja de ser una prueba de referencia.

Frente al dictamen médico del 28 de diciembre de 2021 en el que se dice que al ser evaluada L.C.A presentó una “*laceración lineal eritematosa congestiva, en introito vaginal a las 3 de las manecillas del reloj*”, y que este hallazgo se correlaciona con los hechos narrados por la menor, consideró que para llegar a esta conclusión la profesional se basó en la anamnesis, es decir, en la narración que le hizo la menor, razón por la cual esa conclusión no es suficiente para soportar que el diagnóstico encontrado a L.C.A es consecuencia del tocamiento vaginal que supuestamente le hizo Omar Estiben, pues dicha profesional también afirmó que una lesión de este tipo puede ser consecuencia de una quemadura.

Dijo que no puede olvidarse que la menor contaba con 5 años y a esa edad es frecuente encontrar ese tipo de “*quemaduras*” debido a que todavía no se sabe secar y cuidar bien su zona íntima, máxime cuando su papá refirió que este tipo de problemas es frecuente en su hija y, precisamente aquel 27 de diciembre de 2021 su mamá, tal como lo refirió, le aplicó crema de uso recurrente para aliviar la dermatitis, lo que hace presumir que si contaban con dicho insumo en la casa era porque lo usaban para aliviarle a la menor esas irritaciones, pues en ese hogar no había otros niños y subrayó que Lucidia Aguiar Mora, quien quedó aquel día al cuidado de su nieta, dio cuenta que la misma entró al baño de su casa y no se secó, lo que probablemente le propició la laceración en su zona íntima; no

suficiente con esto, Kelly Vanessa Acevedo Pérez también reconoció que L.C.A entró al baño de Lucidia el día de los supuestos hechos, tal como la menor se lo comentó.

Afirmó que otro aspecto que llamó su atención es que la médico dio cuenta que el hallazgo se encontró en el himen; no obstante, dicha estructura se encontró íntegra *“lo cual indica que la evaluada no ha sido desflorada”*. De esa manera, concluyó que si la lesión presentada por L.C.A fue producto del tocamiento que le hizo Omar Estiben, debió introducir sus dedos por dentro de la vagina de la víctima; sin embargo, no le hizo ningún daño a su himen pese a su corta edad, además, esta conclusión médica desmiente la versión de la víctima por cuanto la misma en el testimonio que rindió ante este despacho manifestó que el tocamiento se produjo por fuera de su vagina.

En punto a los testimonios vertidos por las demás profesionales del equipo interdisciplinario que atendió a L.C.A, dijo que la sicóloga Claudia Marcela Guzmán Ortiz simplemente dio cuenta de la visita que realizó a la casa de la menor, en cuya diligencia la misma no refirió nada sobre los hechos materia de investigación y todo lo que conoce es por referencia de la señora Kelly Vanesa Acevedo Pérez; de todos modos, aunque en su testimonio dio cuenta que en su informe consignó una afectación sicológica y emocional de la niña por cuenta del suceso, lo cierto es que al evidenciar algunos apartes de dicho documento por medio de los cuales la defensa le impugnó credibilidad, se pudo establecer que dicha profesional conceptuó que: *“partiendo de la atención psicológica y familiar en la niña L.C.A., aún no se identifica afectación emocional o psicológica por el caso denunciado “actos sexuales con menor de 14 años”*”; sin embargo, el hecho de que la menor niegue lo sucedido habla de sus afectaciones en salud mental mismas que se pueden presentar a lo largo, corto o mediano plazo, motivo por el cual fue remitida al programa *“jugar para sanar”*.

Resaltó que al realizar una valoración íntegra de la prueba practicada en el proceso, encontró que los hechos no existieron y que *“probablemente”* su progenitora la indujo para que hiciera señalamientos en contra de su tío paterno

Omar Estiben Aguiar Mora como forma de vengarse de todas las rencillas suscitadas con su suegra y cuñada, alejar a su compañero permanente de manera definitiva de su familia materna y buscar justicia respecto de otra situación surgida mucho tiempo atrás entre Omar Estiben y su hija mayor, la cual no puso en su momento en conocimiento de las autoridades y resaltó que la anterior conclusión proviene de los elementos que dieron cuenta de esa rivalidad entre Kelly Vanesa Acevedo Pérez y la familia de su compañero, las manifestaciones que le hizo a su suegro de no querer a Omar Estiben y las que efectuó a Diana Carolina Restrepo Rúa, cuñada del procesado, en el sentido de que dijera que éste también había tocado a su hija María Ángel aquel 27 de diciembre de 2021.

Dijo llamarle la atención que en este evento el supuesto acto sexual no es producto de la clandestinidad, como sucede la mayoría de las veces, sino que se desarrolla en un escenario con presencia de varios testigos, en una residencia de escasos 50 metros, tal como lo refirió Óscar Darío Cárdenas Aguiar, quien la construyó y donde la distancia entre uno y otro espacio es ínfima, de modo tal que desde el lugar donde se hallaban los testigos tenían contacto permanente con los demás sitios de la casa; por eso, con base en las reglas de la experiencia, no se hace creíble que una persona se atreva a cometer un delito de la gravedad del aquí investigado a sabiendas de la alta probabilidad que tenía de ser sorprendido en el acto.

En síntesis, adujo que hay aspectos sustanciales que generan dudas sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, además no se logró la demostración directa o indirecta al valorar la totalidad del recaudo probatorio, por lo que no se alcanzó a soslayar la presunción de inocencia que cobija a Omar Estiben Aguiar Mora.

Finalmente trajo a colación el tema de la duda razonable con apoyo de jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia⁵ y en

⁵ Sentencia C-782 del 28 de julio de 2005 y Sentencia del 12 de mayo de 2010, Radicado 32545.

consonancia con lo dicho anteriormente absolvió al acusado de los cargos endilgados por el ente investigador.

La Fiscalía y la representación de la víctima recurrieron en apelación el fallo, no obstante, el a quo al momento de conceder la alzada dejó constancia que la primera no allegó el escrito sustentando el recurso.

3. DEL RECURSO

La Representación de la víctima 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 condene a Omar Estiben Aguiar Mora como autor responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Para el efecto indicó que las pruebas practicadas en el juicio dan cuenta de que el hecho en verdad ocurrió y que de este es responsable el acusado. Puso de presente que la menor víctima fue clara, coherente y precisa señalando los momentos de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos y si no recordó aspectos relacionados con el tamaño de la habitación o dónde estaba situada la cama, resulta irrelevante sobre todo si se tiene en cuenta la poca edad de la menor, la cual bien puede olvidar muchas cosas, pero no lo que realiza una persona en contra de su cuerpo.

Trajo a colación el testimonio ofrecido en el juicio por Evelyn Dayana Cárdenas Acevedo, quien afirmó conocer a Omar Estiben porque es su tío y porque, además, le tocó la vagina en una ocasión cuando estaban en la tienda de sus abuelos paternos, hechos que le contó a su mamá y por eso tuvieron muchos problemas con la familia de su papá, quienes le decían chismosa, por eso cuando ocurrieron otros hechos en los cuales también le tocó la vagina solamente se lo contó a su madre, situaciones que sucedieron cuando ella tenía 5 años y se extendió hasta los 8, cuando el procesado contaba con 13.

Agregó que la familia del acusado sabe de estas situaciones, pero las han pasado por alto *“haciéndose de la vista gorda y permitiendo que este señor Omar desde pequeño continúe con estos actos que atentan y dañan la integridad sexual de las menores”*, por eso los testimonios arrojados por la defensa son poco creíbles.

Dijo que resulta poco creíble y *“vacía”* la tesis de que la niña fue al baño y no se secó al orinar, pues si ello fuera así, no se hubiesen dado las afectaciones que la médica legista observó en la vagina de la menor.

Pidió la revocatoria de la decisión porque en su sentir, el juez de instancia incurrió en una indebida valoración de la prueba arrojada al juicio.

5. DE LOS NO RECURRENTES

La defensa solicitó que la sentencia proferida a favor de su asistido fuera confirmada. Para el efecto analizó los testimonios de cargo entre ellos el de la víctima, mismo que en su sentir, no cumplió con los requisitos trazados por la jurisprudencia para ser sustento de una condena.

Recordó que la menor a la pregunta de si alguien le había tocado sus genitales dijo tajantemente que no, por esa razón la fiscalía *“en una mala práctica”* proyectó el video de la entrevista para refrescar memoria y posteriormente le hizo una serie de preguntas y la niña cambió la versión y mencionó que *“su tío Estiven la tocó en la cama de su mamita, que la tiró a la cama y que le quitó los pantalones y le tocó su vagina”*.

Adujo que la declaración de Evelyn Cárdenas, ni siquiera debió ser decretada como prueba pues hizo alusión a unos hechos que ocurrieron cuando su prohijado tenía 13 años, por tanto, no era sujeto del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Resaltó que Oscar Darío Cárdenas Aguiar, padre de la menor, dijo que cuando recogió a su hija estaba en la sala jugando con otros menores y que no vio nada fuera de lo común incluso que cuando le dijo a la niña que se fueran, ella se puso a llorar porque quería seguir jugando con sus primas, lo que en su sentir no es una actitud normal de una niña que ha sido abusada máxime cuando nada extraño le relató a su papá.

Luego de hacer alusión a lo manifestado por Claudia Marcela Guzmán, psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, refirió que no es un testimonio creíble pues se le impugnó credibilidad incluso con sus propios informes y respecto del testimonio de la médico Clara Chisco, resaltó que en su relato quedó claro que la afectación que encontró en la vagina de la menor, podía ser *“como cuando uno se quema y no descarta que esta haya sido la causa de la lesión en la víctima, lo cual siembra una duda ostensible”*.

Se refirió a los dichos de los testigos y concluyó que existen serias dudas en las pruebas de cargo y de descargo, por lo que debe confirmarse la providencia de primer grado.

6. CONSIDERACIONES

6.1 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.

6.2 En este evento, el problema jurídico postulado por la recurrente es de índole probatorio, pues en su sentir, contrario a lo considerado por el *a quo*, la prueba arrimada al juicio satisface a cabalidad el estándar exigido en el artículo 381 del C. de P.P. como condición para proferir un fallo de condena.

Desde ya anticipa la Sala que acogerá los argumentos de la censora y en consecuencia revocará la decisión, para en su lugar condenar al acusado por los cargos imputados. Estas las razones:

6.3 Inicialmente 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 misma⁶; 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 disminuido⁷).

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

⁶ Art. 403 ídem.

⁷ Art. 402 ídem.

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).

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”⁸.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

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 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”*⁹.

Del caso concreto

6.4 Como se dijo al momento de plantear el problema jurídico, el argumento principal del recurrente se contrajo a que hubo una indebida valoración probatoria por parte del a quo, en tanto con la prueba recaudada en sede de juicio oral es posible predicar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, agravado.

6.5 Para el efecto, veamos qué dijo la menor **L.C.A.**, de 6 años en el juicio oral¹⁰:

Inicialmente dijo vivir con su familia conformada por ambos progenitores su hermanita y su mascota, enseguida dijo conocer las partes de su cuerpo, refiriéndose a sus partes íntimas como *“tetas, vaginita y culito”*, las cuales en sus palabras nadie puede tocar porque son *“privadas y por ahí se hacen*

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP7326-2016. Radicado 45585 y Radicado 37044 del 7 de diciembre de 2011.

¹⁰ Audiencia de juicio oral del 3 de noviembre de 2022. Minuto: 13:08

necesidades". En este punto la defensora de familia le preguntó si alguna persona la había llegado a tocar en esas *"partecitas"* y respondió: *"no"*. De manera inmediata la fiscalía le solicitó al juez que le permitiera exhibir el video en el que se registró la entrevista anterior de la niña *"a efectos de que ella recuerde"*, la defensa no se opuso.

Luego de proyectar la entrevista la defensora de familia le preguntó a la menor si era ella quien estaba en esa entrevista y si le habían tocado la *"cuquita"* y la niña respondió que sí, al ser interrogada sobre la persona que lo hizo refirió *"Estiben Mora, él es familia de mi papá"*; agregó que la mamá de Estiben también es la mamá de su papá, pero que ya *"no se hablan"* y que lo hizo cuando estaban en la casa de su *"mamita Lucidia"* en su pieza y que la tocó con la mano cuando ella tenía 5 años y refirió *"hace muchos años pasó todo eso"*.

La defensora de familia continuó preguntando en los siguientes términos *"y cuando Estiben te tocó con las manos en tu cuquita como hizo para tocarte"*, la menor hace un ademán con su mano y continuó la señora defensora *"pero estaban en la pieza cierto"* la menor respondió que sí y señaló que los hechos ocurrieron *"en la cama"* de su mamita y que no había nadie más porque todos estaban en la sala y que ella estaba en la pieza porque Estiben la llamó y nadie vio que ella se fue para la *"pieza"* de la abuelita, que para ese día tenía puesto un pantalón la *"tocó por debajo y se lo quitó"* al ser interrogada si se lo había quitado todo o un *"poquito"* dijo: *"nada"*, enseguida murmuró algo y dijo *"o se me olvidó"*. Le preguntaron qué tenía puesto debajo del pantalón y dijo *"calzoncitos"* y que con éstos no pasó *"nada"*, que los hechos ocurrieron *"de día"* y que *"nunca más"* la volvió a tocar. Se le preguntó a la niña si la habitación de la abuelita tenía puerta y ventana y dijo *"no, es que ya se me olvidó esa casa"*, ante la insistencia de la defensora de familia afirmó que la habitación tenía una cortina.

Dijo que la persona que la cuidaba cuando iba a esa casa, era su abuelita Lucidia quien para el momento de los hechos estaba en la sala *"hablando cosas"* y que ella le contó a su mamá y ésta denunció a Estiben.

Enseguida la fiscalía solicitó como testimonio adjunto la entrevista que fuera proyectada para que se valorara conjuntamente, el juez aclaró que ésta se utilizó para refrescar memoria y que lo que valoraría sería el testimonio de la menor en el juicio. La decisión quedó en firme, pues la defensa no la recurrió.

La defensa no contrainterrogó.

6.6 La Sala, previo a valorar el testimonio de la L.C.A., ha de definir de qué manera fue utilizada la entrevista rendida por la víctima ante investigadores de la fiscalía, si lo fue a efectos de refrescar su memoria o, por el contrario, a modo de testimonio adjunto, ello con el fin de establecer si dicha versión ingresó válidamente al juicio.

Parta el efecto, ha de recordarse cuáles son los usos posibles de las declaraciones anteriores al juicio, tópico del cual se ha ocupado la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte en infinidad de oportunidades, decantando de manera pacífica su posición al respecto¹¹. Así, se ha dicho que las declaraciones anteriores al juicio pueden utilizarse para facilitar el interrogatorio de testigos a través del refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad o como medio de prueba, a título de prueba de referencia o testimonio adjunto.

En relación con la utilización de las declaraciones anteriores para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos, y en particular con el refrescamiento de memoria, el artículo 392 del C. de P.P. permite al juez “*autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria*”. Esta posibilidad de uso de la declaración previa **no significa que ella ingrese o sea incorporada al juicio como prueba**. En estos casos ingresa lo que manifieste el testigo a viva voz en el juicio. Las reglas a que se somete este procedimiento han sido decantadas por la jurisprudencia como sigue: “*(i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se*

¹¹ Entre otras CS de J, SP606-2017, 44.950

le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art.392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su recordación, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental) no sin antes ponerlo de presente a la contraparte; y (v) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley”.

En punto de los eventos en que las declaraciones anteriores pueden adquirir la condición de prueba sustantiva, en una clara excepción al principio de inmediación, en particular del conocido como testimonio adjunto o declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio, la jurisprudencia ha definido como sus requisitos esenciales los siguientes: (i) que el testigo se haya retractado o cambiado radicalmente su versión, de otra forma nada justifica su incorporación como prueba sustantiva; (ii) que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo expuesto en sus dos versiones, la previa al juicio y la producida en esta sede; (iii) la declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura; y (iv) debe mediar la solicitud de parte.

Al aplicar al caso concreto los anteriores insumos teóricos, forzoso resulta concluir que no se está ante un caso de testimonio adjunto. La razón tiene que ver con que la fiscalía invocó la utilización de la entrevista previa a fin de que la deponente recordara el episodio por el que se le interrogaba, no dijo estar frente a una retractación. Es cierto que la primera manifestación de la víctima, estuvo representada en una negativa a la pregunta genérica de si alguien la había tocado indebidamente en su cuerpo. Sin embargo, no menos cierto es que una vez se le exhibe la entrevista previa por ella rendida, inmediatamente tiene claro el motivo del interrogatorio y responde asertivamente al mismo. En ese orden de ideas, es equivocado enmarcar esa situación con la propia de una retractación o cambio radical de versión. Expresado de diferente manera, luego de refrescar su memoria, la ofendida insistió en afirmar que fue tocada por su tío, en un

escenario y condiciones particulares, sin esgrimir algún tipo de circunstancia que justificara aquel proceder, luego no se retractó, ni varió su declaración. Así, no se estructura el principal requisito de admisión de una declaración anterior como testimonio adjunto.

Lo vivido en el juicio, por el contrario, no fue nada distinto a la utilización de una declaración anterior para refrescar la memoria del testigo. Ahora bien, es cierto que la entrevista se proyectó en la audiencia cuando lo indicado es que se lea mentalmente. Sin embargo, esta situación se presentó debido a la naturaleza del documento continente o contenedor de la entrevista, esto es, un video que impedía que la testigo leyera mentalmente un aparte de esta. Empero, en criterio del Tribunal, esta circunstancia no desnaturaliza el acto de refrescamiento de memoria que anunció la fiscalía cuando pidió al juez autorización para usar la declaración anterior. Mucho menos le otorga a esta la calidad de prueba sustantiva. Así, el contenido de la entrevista no puede ser sujeto de valoración por el juez, en la medida en que la testigo concurrió al juicio y respondió los interrogantes que le fueron planteados por la fiscalía, con lo cual aquella seguirá siendo una prueba de referencia inadmisibles y en tal condición, se insiste, su contenido no es susceptible de ser valorado por el juez.

En conclusión, (i) la fiscalía formuló una petición procedente: que se exhibiera la declaración anterior para que su testigo refrescara su memoria. No obstante, se equivocó al solicitar que luego de exhibida, se tuviera como testimonio adjunto, ello, ante la ausencia de una real retractación de la testigo; (ii) acertó el juez al negar la admisión de la entrevista como testimonio adjunto bajo el entendido de que la fiscalía quiso refrescar la memoria de su testigo. Sin embargo, desconoció el principio lógico de no contradicción, cuando al mismo tiempo incorporó el contenido de la entrevista al caudal probatorio y sobre ella realizó el juicio de valor propio de su rol. Olvidó que el acto de refrescar memoria con una declaración anterior no incorpora su contenido al juicio; y (iii) el contenido de la entrevista no podía ser objeto de valoración por parte del juez.

El Tribunal procederá de conformidad.

6.7 Ahora bien, examinada la versión de la menor L.C.A. en el juicio, para la Sala, contrario a lo manifestado por el juez de primer grado, resulta plenamente creíble como quiera que sus palabras se advierten espontáneas y coherentes en el sentido de que su versión se percibe como una descripción lógica de una vivencia.

En efecto, una vez puesta de presente su entrevista, la menor fue enfática en señalar a su tío Omar Estiben, como su agresor. No manifestó ningún tipo de duda al respecto. Expuso con claridad el vínculo que tiene con aquel y la ruptura familiar que representó el señalamiento que hizo en su contra. Palmario resulta que esa ruptura la afectó, lo que hace creíble la manifestación de su madre sobre la intención de la niña de negar lo ocurrido para evitar que los problemas familiares continuaran. Ya se ocupará la Sala de este tema. Además, fue clara en precisar el lugar del inmueble donde fue agredida y cómo el resto de niños y adultos estaba en lugar distinto. Explicó la razón para alejarse de la sala donde estaban los demás niños, en el hecho de que su tío la llamó. Esta afirmación es creíble, de no haber sido así seguramente habría continuado en sus juegos con sus pares.

Que la niña haya dicho que los hechos pasaron hace muchos años, cuando en realidad no se trató de un lapso tan extenso, no es un reparo mayor. Para nadie es un secreto que la capacidad del ser humano para calcular el tiempo va madurando lentamente, sin que a los 5 o 6 años se encuentre plenamente desarrollada. Es normal que a esas edades los niños no diferencien con claridad entre días, semanas, meses e incluso años. Ahora bien, nadie duda de la fecha de ocurrencia de los hechos, el 27 de diciembre de 2021, data en que se hizo público el reclamo de la madre por la agresión, con lo cual insustancial resulta el reproche.

Los demás reparos que plantea la sentencia respecto de la versión ofrecida por la víctima, nacen de confrontar lo dicho en juicio con la entrevista previa, ejercicio inaceptable por las razones ya expuestas. Este yerro releva al Tribunal del examen particular de cada una de esas reflexiones.

Hasta aquí se tiene una versión incriminatoria, libre de reparos serios que permitan dudar de su veracidad. Ahora bien, este señalamiento está respaldado en otros medios de conocimiento allegados al proceso tal y como pasará a demostrarse.

6.8 Como testigo de cargo declaró **Kelly Vanesa Acevedo Pérez**, madre de la menor L.C.A., quien dijo estar en esta diligencia por los siguientes hechos:

“El 27 de diciembre del 2021 nosotros dejamos a la niña L., en la casa de la abuela ella se llama Lucidia Aguiar, ella es la abuela paterna y nosotros la dejamos cuidando con ella porque íbamos a hacer una vuelta al centro, nos demoramos por ahí unas 3 o 4 horas, cuando mi esposo llegó por la niña y me la llevaron a mí a la casa la niña me decía que le ardía al orinar entonces yo le dije: qué tienes: “mamá me arde, me arde mucho” entonces yo le dije qué te pasó ven yo te miro, entonces yo cogí, como soy la mamá, la cogí la revisé y le dije por qué estas así, “mamá me arde mucho, me duele” entonces yo le dije: qué te pasó y que el señor Omar Estiben me la había tocado, entonces yo le dije cómo así y quien vio, no mamá nadie vio porque todos estaban en la cocina, yo le dije quiénes habían, estaban la abuela Lucidia Aguiar y habían 4 sobrinos de mi esposo, de Oscar, dos gemelas y dos primitos más. Y entonces ella fue y le dijo a la abuelita y ella le dijo no, no seas mentirosa tú no puedes decir mentiras y eso quedó así. Cuando ya llegó mi esposo yo la revisé y la limpié con pañitos, ella me dijo que él la había pues tocado yo la cogí la limpié, lo primero que hice fue llamar a la mamá de él de Oscar Cárdenas la abuela Lucidia, ella se enojó que eso era mentiras que ella quería seguir allá, que eso eran mentiras de la niña. Fiscalía: pero usted qué le dijo a ella. Testigo: yo le dije, Lucidia mirá es que la niña me dice que Estiben la tocó en la pieza suya, ella me dijo no eso es mentiras porque no le hizo nada, todos estábamos ahí. F: pero usted le dijo que la tocó dónde en qué parte del cuerpo. T: en la vagina, él la tocó en la vagina. Ella me dijo que no, que era mentiras que ella había estado pendiente todo el tiempo y L., dice que cuando Omar Estiben la tocó ella había estado en la cocina con los otros

niños y eso fue en un momento en que la niña entró a una pieza, después de eso, yo ya les dije eso se formó un problema insultándome tratándome mal que yo era una mentirosa que la niña era una mentirosa que todas tres éramos unas mentirosas, que eso nunca ha pasado con ninguna y entonces ya yo después cogí y la llevé, el mismo día la llevé a fiscalía de allá de fiscalía activaron el código fucsia y al otro día me madrugué pa' medicina legal y allá le hicieron el dictamen dónde salió que sí fue tocada, violada no, fue tocada, entonces ya ahí salió el procedimiento y todo.

Yo la lleve a fiscalía al otro día a medicina legal, a ella la visitaron como dos veces de bienestar familiar y quedó con una cita cada mes en jugar para sanar.

Lucidia vivía en el Popular 1, yo quiero decir algo, yo le di una declaración al abogado de Omar Estiben donde le manifiesto que después de unos días la niña me dijo que ella ya estaba cansada del proceso, que ella estaba cansada de que todo el mundo estuviera pregúntele y pregúntele cosas, que ella decidió decir que no, que ella no se acordaba de nada. Llevamos a la niña allá porque íbamos a hacer unas vueltas y como ya llevaba varios días sin ver a la señora Lucidia Aguiar entonces mi esposo me dijo, llevemole (sic) la niña a mi mamá un rato, yo le dije, pero dile que le ponga mucho cuidado a la niña y ella le dijo que si le iba a poner mucho cuidado a L., la niña me dice que la tocó con la mano de él, con los dedos. F: eso fue por encima o por debajo de la ropa. T: por debajo de la ropa. F: cuál fue la actitud que asumió la niña para que le dijera. T: la niña me dijo que le ardía mucho la vagina, que le daba dificultar orinar, que le fastidiaba que le ardía, incluso yo la cogí ese día y la limpié con un pañito húmedo y le eché Yodora y ella me decía que igual con la Yodora le seguía ardiendo mucho. F: y la niña enseguida le contó que era lo que había pasado. T: sí. F: es decir que usted se enteró de estos hechos directamente por la niña L. T: sí. F: la niña le refirió con que parte del cuerpo la había tocado. T: sí que con los dedos.

(...)

F: cuántos años tenía L., le ocurrió esto: T: 5 años. Omar no hace nada vive ahí en la casa con la mamá. F: qué otras personas había

concretamente ese día que se dieron los tocamientos. T: Lucidia, el abuelo fue almorzó y se volvió a ir, 4 niños, 2 gemelas y 2 niños que son primitos y ya. Pues eso tengo entendido eso fue lo que me dijo L., porque yo no estuve en esa casa. F: y la niña le dijo si alguno de ellos se dio cuenta de lo que pasó. T: no porque en el momento en que pasaron las cosas todos estaban en la sala y L., en el momento como que entró a una pieza, seguro fue donde él aprovechó. F: su hija le comentó si ella le había contado a alguien apenas el tío le hizo eso. T: le comentó a la abuela y la abuela le dijo no, deja de ser mentirosa que uno no puede decir mentiras. F: usted le hizo algún tipo de reclamo a Lucidia. T: si yo la llamé, incluso ese día peliamos (sic) alegamos, nos insultamos, ellas me insultaron yo las insulté, Lucidia y la hija de ella que se llama Deisy estaban súper enojadas porque yo lo estaba acusando a él, ellas me decían de todo.

F: cuando usted llevó a la niña a medicina legal ella le contó a la médica ¿y usted también? T: sí. Llevó a las dos niñas al CAIVAS porque hace algún tiempo estiben tocó a la niña mayor mía, pero en ese entonces no hice nada y no le puse el denuncia porque en ese entonces él tenía como 13 años, entonces no hice nada, pero ahora si lo quise hacer. F: cuando pasaron esas otras cosas con su hija E., usted las puso en conocimiento de la familia de Estiben. T: si y en esa oportunidad le hizo reclamo. F: y sobre lo que le hizo a L., también tuvo conversación con Omar. T: la verdad esta última vez no lo quise tener al frente porque me parece muy horrible después de lo que les hizo a mis hijas”.

Dijo haberse enterado de otros niños que han sido “*tocados*” por el procesado, pero que sus padres no han denunciado y que cuando la menor le hizo la revelación estaban su hija mayor y su esposo, quien no fue “*capaz de mirar a la niña en la vagina*”, pero inmediatamente bajó donde la mamá le contó y le negaron los hechos. Respecto de la relación de sus hijas con Omar Estiben, expresó que nunca lo han querido, no lo han tenido como un tío y que a raíz de estos hechos L.C.A estuvo como tres días muy cambiada pero después gracias a Jugar para Sanar se le ha olvidado todo.

Finalmente agregó que a raíz de lo sucedido con Omar Estiben, ha tenido muchos problemas con su suegra y la familia de su esposo, tanto así que les tocó vender la casa y se fueron para otro lugar porque todo el mundo la juzga, preguntándole “*porqué hizo meter ese muchacho a la cárcel sabiendo que no ha hecho nada*”.

Posteriormente como testigo común de la defensa dijo lo siguiente:

“Defensor: posteriormente a que sucedieron esos hechos, posterior a que usted puso la denuncia usted recuerda haber rendido alguna entrevista diferente. Testigo: no. D: no dio ninguna entrevista. T: si fue una entrevista, pero no fue nada diferente, se la di al doctor Carlos, pero no fue diferente, fue lo mismo que yo he dicho. D: ¿quién es el doctor Carlos? T: el que era el abogado de Omar Estiben. D: usted nos puede decir qué manifestó en esa entrevista, si lo recuerda. T: pues yo conté los hechos, lo que había sucedido el 27 de diciembre. Yo le conté al doctor Carlos lo que dije el día de la denuncia que yo fui y puse, el por qué la había puesto, entonces ahí empezó el procedimiento; después de 20 días la niña me dijo que ella ya estaba cansada de todo esto, que ya no quería ver más peliar (sic) a la mamá y al papá entonces que a partir de ese día iba a decir que todo era mentira, y ya ella no dice nada, a partir de ese día ella no volvió a tocar ese tema y yo creo que el día que la indagaron ahí lo vieron, porque Luci no quiere hablar de ese tema y no volvió a decir nada. D: usted manifestó en la entrevista que todo lo que la niña le dijo eran mentiras. T: si la niña dijo que a partir de ese momento. D: no se me acelere. La niña le manifestó si ese día ¿entró al baño? T: sí, la niña entró al baño y que no había papel higiénico, hasta ahí cierto, de quemarse a como la niña yo la vi ese día eso no es posible. D: espere, espere, respóndame lo que yo le pregunto.

(...)

T: la niña me dijo a mí que estaba cansada de todo este problema que ella no quería volver a hablar de eso que a partir de ese día ella iba a seguir diciéndole a todo el mundo y hasta a los policías que eso era mentiras. D:

ok, la pregunta es con respecto a esa manifestación que usted nos acaba de decir de nuevo, que eran mentiras, con respecto a esa manifestación, qué opino usted en esa entrevista. T: pues yo le creo es a mi hija lo que mi hija me dijo y yo aún le creo a mi hija que eso sea verdad, que ella ya se haya cansado de todo lo que está pasando el aislamiento con la familia es otra cosa, pero la niña en este momento dice que es mentira. D: lo que usted manifestó en la entrevista. T: yo dije que, así como se le creyó lo que dijo el 27 de diciembre que nos dijo que Omar Estiben la tocó a ella, que también se le tenía que dar credibilidad cuando ella dijo que ya era mentiras”¹².

En el interrogatorio cruzado le dijo a la fiscalía que los problemas a que se refiere es que la familia del procesado empezó “a hablar cosas y a poner al papá” de la menor en su contra, por esa razón ellos se “mantenían peliando” (sic), se insultaban, trataban mal, incluso se iban a “dejar”, pero como las niñas lo quieren mucho, L., no quiso que el papá y la mamá se dejaran y por eso “decidió decir que eran mentiras”, y agregó: “incluso ese día nos íbamos a dejar y el papá se iba a ir hasta de la casa entonces la niña salió llorando de la alcoba y dijo ya no quiero seguir con esto voy a decir que todo es mentiras, a partir de hoy eso es mentiras ¿se lo tengo que decir a un policía? Incluso a ella se lo pregunta y dice: Estiben, no sé quién es Estiben, no me acuerdo de nada, cambiemos el tema”¹³.

En el redirecto nuevamente le dijo a la defensa que el día que le “tomaron” la declaración a la niña dijo “yo no me acuerdo” y por esa razón le proyectaron el video “para hacerla recordar las cosas”¹⁴

6.9 Esta fue, a grandes rasgos, la declaración de la señora **Kelly Vanesa Acevedo Pérez**, madre de la menor L.C.A., la cual resulta coincidente con la versión ofrecida por la víctima en el juicio. En particular, en lo que tiene que ver con

¹² Sesión de juicio oral del 10 de febrero de 2023. Minuto: 06:52

¹³ Ídem. Minuto: 14:22

¹⁴ Ídem. Minuto: 16:20

algunas circunstancias anteriores, como el motivo por el cual su hija estuvo en casa de su abuela aquella tarde; concomitantes como las referidas a las personas que se hallaban en el lugar durante su estadía allí y la forma en que se produjeron los tocamientos; y posteriores, como la forma en que enteró a su madre acerca de lo ocurrido.

Aunado a lo anterior, también explica la actitud evidenciada en su hija al inicio de su declaración, cuando al ser preguntada de forma genérica acerca de si había sido tocada por alguien respondió negativamente. Emerge palmario que la denuncia de la víctima y posterior judicialización de su tío desencadenó un conflicto bastante serio e incómodo al interior de la familia, conflicto que sin duda alguna la afectó, pudiendo incluso generarle un sentimiento de culpa que no tenía por qué experimentar. No puede dejarse de lado que ese quiebre familiar ocasionó un traslado de vivienda y casi el abandono por su padre, hermano del acusado, que se negó a creer que su consanguíneo haya sido capaz de ejecutar una acción como la denunciada. En ese contexto es explicable que L.C.A. haya optado por negar lo ocurrido como una forma de evitar enfrentarse a las consecuencias de ese tipo de denuncia en su entorno inmediato.

Ahora bien, el a quo restó mérito suasorio a la declaración de la víctima porque ésta dijo que solo le había dicho a su mamá, mientras que su madre Kelly Vanesa mencionó en el juicio que la niña le había contado los hechos a su abuela Lucidia. Sin embargo, en criterio del Tribunal, no se trata de una contradicción que despoje de credibilidad a alguna de las dos versiones, las de madre e hija, pues tal como se puso de presente durante la declaración de la víctima, fueron varios los aspectos de los hechos que no pudo recordar sin que ello reste fortaleza a su versión. No puede dejarse de lado la edad que tenía cuando sucedieron los hechos, apenas 5 años, caracterizada por unos rasgos y desarrollo biológico y mental que no habían sufrido mutación mayor al momento en que depuso en juicio cuando contaba apenas con 6 años. Adicionalmente si se revisa la declaración de la madre, puede advertirse que cuando reclamó a su suegra por el comportamiento de su hijo está ya se encontraba enterada de lo sucedido, con lo cual, no es clara la existencia de una tal contradicción.

6.10 Al juicio fue citada como testigo de la fiscalía **la menor E.D.C.A.**¹⁵, de 13 años y hermana mayor de la ofendida quien informó, entre sollozos, que cuando tenía 5 años su tío Omar Estiben, para esa época menor de edad, le tocó la vagina. Sobre el particular, llama la atención que el a quo afirmara que no tendría en cuenta esta declaración porque el derecho penal *“es de acto y no de autor”*, porque esos hechos no configuraron antecedentes penales para el procesado y, finalmente, porque al tratarse de un suceso desarrollado bajo otras circunstancias de tiempo, modo y lugar no hacían más creíble el hecho investigado. No obstante, extrañamente fueron estos hechos los que utilizó para restarle valor suasorio a la declaración de la señora Kelly Vanesa Acevedo, quien, según el fallador, sentía *“antipatía”* hacia su cuñado lo que pudo ser *“un detonante para usar a su hija y denunciarlo, sobretudo porque tenía un resentimiento muy fuerte hacia él fruto de un supuesto abuso sexual que el mismo le propinó en otrora a su hija mayor”*.

El a quo al indicar que la señora Kelly Vanesa estaba resentida e ideó un plan o una especie de venganza en contra del acusado porque había realizado actos sexuales en contra de su hija mayor, lo que hizo fue dar credibilidad al testimonio que según dijo, no valoraría, sin esbozar los motivos que tuvo para creerle solo a la mayor de las hermanas, olvidando entonces que era su deber dentro de la sana crítica, evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarles el alcance a que hubiera lugar.

Adicionalmente, la Sala no percibió en la declaración de L.C.A. el tipo de manipulación que refirió el a quo, que en sentir del Tribunal resulta de difícil y compleja ejecución dada la edad de su hija. Adicionalmente, L.C.A ninguna alusión hizo en punto de la supuesta agresión a su hermana.

Así las cosas, si resultara admisible calificar la declaración de impertinente con los argumentos de la sentencia, lo cierto es que no aporta los insumos que de ella derivó esa sede judicial.

¹⁵ Audiencia de juicio oral del 3 de noviembre de 2022. Minuto: 1:13:28

6.11 **Oscar Darío Cárdenas Aguiar**¹⁶, compañero permanente de la señora Kelly Vanesa Acevedo y padre de las menores E.D y L.C.A., en el mismo sentido que la madre de las niñas expresó que el 27 de diciembre de 2021 llevó a L., a la casa de su progenitora para que la cuidaran porque ellos tenían que hacer algunas diligencias, por esa razón arribó con la menor a eso de las 2:00 de la tarde y regresó por ella entre las 5:30 y 6:00 pm.

Indicó que al llegar a la residencia de su madre Lucidia encontró a la niña *“sentada en la sala jugando”* con sus primos y cuando le dijo que se iban ya para su casa, ésta lloró porque quería seguir jugando y no le manifestó *“nada”*; dijo que al llegar a su residencia con la menor salió un momento a la tienda y cuando regresó su esposa *“tenía la niña en el sofá y que Estiben la había tocado”*, él le indicó que si eso hubiese sucedido la niña le hubiese contado, pero en su lugar se puso triste porque quería seguir con sus primos.

Explicó que de manera inmediata llamó a su progenitora y al no contestarle fue nuevamente hasta su casa y su mamá le dijo que allá no había pasado nada y que él mismo había visto donde estaba sentada la menor jugando con los demás niños y agregó: *“el caso fue que para mí no pasó nada, porque no pasó nada, para uno es verdad lo que los ojos de uno ven”*.

Advirtió que cuando estuvo donde su mamá, su hermano Omar Estiben estaba durmiendo y ésta le manifestó que a su consanguíneo le habían dado dos ataques y por esa razón había quedado *“sin ganas de pararse de la cama”*, y le comentó que lo único que pasó fue que a la niña le tiraron una pelota para adentro para la pieza de él y éste reaccionó diciéndole a su mamá que no lo molestaran que estaba enfermo.

Señaló que después *“se dio el altercado”* en el que su mamá le dijo a su esposa que todo era mentiras que no había pasado nada, situación que apoyaron, además,

¹⁶ Sesión de juicio oral del 6 de diciembre de 2022. Minuto: 1:54:44

su hermana y su papá. Insistió en que para él “no pasó nada”. Sin embargo, la madre de la niña denunció a Omar Estiben y lo detuvieron, enseguida manifestó:

*“Y eso pues que yo dije que él había tocado un niño de un tío mío yo le aclaro: yo sí le dije a la doctora Diana Carolina, eso lo han dicho, **pero no soy testigo porque no lo he visto yo, para una verdad, lo que los ojos de uno ven, lo mismo con lo que mi esposa...***

Luciana como a los 20 días, Luciana me dijo: papá yo te tengo que decir algo y la niña me va diciendo lo que pasó papá fue que yo entré al baño donde mi abuela Lucidia y no había papel higiénico y me quedé así y no me sequé entonces me empezó a picar la vagina y yo me rasqué, eso fue lo que la niña nos dijo como a los 20 días después de que la mamá fue y colocó el denuncia, yo le dije a ella yo no me voy a quedar callado porque es que de igual manera como me duelen mis hijas me duele este muchacho que es un hermano mío y más que un hermano es un hijo”.

Indicó que la niña no le contó los hechos a él sino a la mamá. En este punto la fiscalía le impugnó credibilidad con la declaración anterior que había rendido en la que dijo “Luciana nos contó que ella estaba jugando con otras dos primitas que son gemelas y que tiraron el balón para la pieza de Omar Estiben y que él se despertó con rabia y que las primas salieron corriendo y que Omar Estiben cogió a Luciana, pero eso fue muy rápido, Luciana cuenta que Omar Estiben la tocó en la vagina no sabemos si fue por encima o debajo del pantalón, porque ella no sabía explicarme”.

Refirió que la casa de su señora madre es pequeña y cuenta con dos alcobas que no tienen puerta sino cortina, la sala y la cocina, que todo “queda ahí mismo pegaito (sic)”, y que su hermano no hace nada porque le dan ataques de epilepsia y es muy enfermo, por eso su madre es quien lo cuida y lo sostiene.

Enseguida la fiscalía le preguntó “¿se habían presentado problemas de esta naturaleza con el joven Omar Estiben?” y el testigo contestó: “con mi hija

Luciana no, de pronto mi hija la grande manifestó que él la había tocado, pero cuando los dos eran niños, ¿qué hacíamos para evitar esta situación? Yo le dije a mi esposa: esto es sencillo ni que mi hija vaya donde mi madre ni que mi hermano venga a mi casa y así arreglamos el problema”.

Manifestó que después de estos hechos la relación con su familia cambió, esto los afectó a todos, incluso vendió su casa, que quedaba cerca de su familia y construyó otra casa en el mismo barrio, pero en otro sector.

En el conainterrogatorio¹⁷ insistió que en la casa de su progenitora no había pasado nada, al punto que sus sobrinas le dicen a L., que es una mentirosa, que él en varias ocasiones la ha visto “quemada” y que su comportamiento es “normal no presenta nada ella sale a jugar, es amigable”. A la fiscalía en el redirecto le aclaró que no le consta que a su hermano le hayan dado dos ataques ese día y a la delegada del Ministerio Público le indicó que los problemas con su familia iniciaron desde antes porque él era el sustento del hogar compuesto por su madre y hermanos y por esa razón le tienen “rabia” a Kelly, y que cuando habló con su hermano de estos hechos, éste le juró que ese día no se había parado de la cama por los dos ataques que le dieron¹⁸.

6.12 Este testimonio tal y como se observa, confirma aquellas circunstancias de tiempo y lugar a que hicieron alusión la ofendida L.C.A., y su madre Kelly Vanesa, pues en el mismo sentido el padre de la menor adujo que la niña ese 27 de diciembre de 2021 permaneció alrededor de casi cuatro horas en la residencia de su abuela paterna, lugar en el que también estaban entre otras personas, su tío Omar Estiben y que en efecto, una vez la llevó a su casa, ésta le reveló a su madre lo ocurrido con su hermano.

Para el a quo dicho testimonio fue “muy importante”, pues este testigo al enfrentarse a dos intereses de relevancia como los de su hija y los de su hermano, fue “objetivo” y expresó que de acuerdo con el padecimiento que tuvo Omar

¹⁷ Ídem. Minuto: 2:23:38

¹⁸ Ídem. Minuto: 2:34:58

Estiben aquel día no se paró de la cama y por esa razón no es creíble que hubiese tocado a su hija. La Sala no comparte esta afirmación, pues si nos atenemos a aquella frase que de manera insistente trajo a colación el testigo durante su declaración dirigida a que *“para una verdad lo que los ojos ven”*, lo cierto es que no presencié los padecimientos del acusado y que éste por causa de su enfermedad hubiese permanecido todo el día en su lecho, pues esto solo alcanzó a observarlo cuando fue a reclamarle a su progenitora por lo sucedido, momento en que se enteró por aquella, que ya conocía de lo sucedido, que había sufrido dos ataques y por esa razón había quedado *“sin ganas de pararse de la cama”*. Por lo tanto, al no haber permanecido durante esas tres horas y media casi cuatro, en la casa de Lucidia Aguiar, su madre, no es posible que afirme de manera precisa y rigurosa que los hechos no ocurrieron en la forma como la menor lo indicó.

Además, tampoco esgrime una razón para que su hija quisiera inventar una imputación tan grave en contra de su hermano o algún indicio que permita inferir que fue manipulada por su esposa y madre de la niña para que procediera de esa manera.

Ahora bien, dijo el funcionario de primer grado que resultan coincidentes los testimonios de ambos padres cuando señalan que su hija, 20 días después de sucedidos los hechos les manifestó que todo era mentiras. Sobre este particular insiste el Tribunal en que aquella manifestación se produjo al evidenciar los problemas que se ocasionaron al interior de su familia, no solo con la paterna compuesta por sus abuelos, tíos y primos quienes los hicieron a un lado, sino entre sus padres, pues Kelly Vanesa mencionó que incluso estuvieron a punto de separarse, lo que se traduce en una significativa carga emocional para una niña de tan solo 5 años. Por esa razón cobra relevancia lo dicho por su progenitora al momento de ser interrogada como testigo directo por la defensa en el sentido de que aún le creía a su hija *“que ella ya se haya cansado de todo lo que está pasando, el aislamiento con la familia es otra cosa”*.

En consecuencia, se equivocó el fallador ciñéndose únicamente a la literalidad de esas palabras del testigo, pues debió auscultar el contexto de los hechos y todos los pormenores que sufrió el núcleo familiar tras la revelación de los actos constitutivos de delito. Tampoco es admisible que se diga de manera insistente en la decisión de primer grado, a efectos de soportar la absolución y dejando de lado el análisis de las pruebas de manera conjunta, que la señora Kelly Vanesa tenía interés en perjudicar a Omar Estiben y de paso a su suegra y sus cuñadas, cuando lo cierto es que, tal y como lo dijo Oscar Darío al momento de rendir su testimonio, los problemas con su familia se generaron porque él era la cabeza del hogar y le daba todo a su mamá, pero al conformar el suyo *“él solamente responde por su familia”*, circunstancia que ha provocado que su madre afirme que *“Kelly le robó lo más importante”*. Planteado de esa manera el contexto, parece claro que los motivos de animadversión están más del lado de la familia de este testigo hacia su compañera que en dirección contraria.

Así las cosas, no encuentra la Sala, a partir de lo debatido en juicio, razones suficientes que apunten a que la niña o a su madre inventaron o crearon falsamente el hecho denunciado y, mucho menos, que existió un motivo para incriminar al acusado, a la manera en que lo estimó el juez de instancia.

6.13 Clara Elena Chisco Torres¹⁹, médica perito, adscrita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y quien realizó valoración sexológica a la menor L.C.A., el 28 de diciembre del 2021 cuando contaba con 5 años.

Dicha deponente precisó que el relato de los hechos fue realizado inicialmente por la menor y posteriormente por la madre quien estuvo todo el tiempo en el consultorio en un ángulo fuera de la visión de la niña con el fin de generarle un ambiente de confianza y tranquilidad.

Narró que al examen físico encontró *“en el área de la vagina una laceración lineal, la cual estaba eritematosa, quiero decir roja, congestiva, la cual se*

¹⁹ Sesión de juicio oral del 6 de diciembre de 2022. Minuto: 22.34

encontraba ubicada en el introito vaginal ubicando a la esfera horaria estaba a las 3 de las manecillas del reloj” y en sus conclusiones plasmó que la menor tenía “un himen anular íntegro no elástico el cual indicaba que la valorada no había sido desflorada” y “una laceración lineal eritematosa la cual estaba congestiva”, lo que es un signo reciente de una lesión en el introito vaginal ubicada a las 3 de las manecillas del reloj, en ese sentido sugirió acompañamiento psicológico y medidas de protección.

Refirió que existió coincidencia entre la anamnesis y los hallazgos clínicos encontrados, ya que la menor manifestó unos actos de tocamientos en el área vaginal y explicó que la laceración en esa área se produjo con un mecanismo “*escoriativo*” es decir, que hubo contacto entre un objeto manos o uñas con bordes filosos y que ésta “*le podía producir ardor porque estaba cerca al orificio por donde se hace micción*”.

En el interrogatorio cruzado²⁰ aclaró que “*la lesión rojiza también puede verse como cuando uno está quemado*”.

6.14 Sin lugar a dudas, ese hallazgo advertido por la experta en medicina legal guarda coherencia con el relato de la menor y en ese sentido, es claro que corrobora lo dicho por la víctima en las versiones ofrecidas durante esta actuación. No obstante, el juez de primera instancia dijo que la conclusión ofrecida por esta testigo no era suficiente para soportar un fallo adverso a los intereses del acusado porque, para llegar a ella, se basó en el relato de la niña, el cual en su sentir, fue inverosímil y hasta fantasioso.

Así entonces para justificar esa lesión eritematosa, congestiva y roja encontrada en la vagina de la pequeña de 5 años, echó mano de otra causa probable y es que ésta por su corta edad no sabía cuidar su zona íntima, es decir, no se secaba luego de ir al baño y por esa razón “*era frecuente encontrar ese tipo de quemaduras*”, circunstancia que encontró demostrada en primer lugar, porque en el hogar de la

²⁰ Ídem. Minuto: 45:09

menor había crema “Yodora” utilizada normalmente para este tipo de lesiones y en segundo término, porque su progenitor refirió que este problema era frecuente en su hija.

La Sala se aparta de tales conclusiones, pues de un lado fue la defensa quien introdujo durante el conainterrogatorio efectuado a la médica legista que este tipo de hallazgo podía tener otro origen. Sin embargo, bastante clara fue la testigo al referir que había coherencia en el relato de la menor y lo que se encontró en el examen físico. Además, su progenitor no observó la lesión en la menor como para asegurar que se trataba de una quemadura, lo que dijo este testigo fue que cuando la madre le contó que Estiben la había tocado éste le preguntó “¿no fue que la niña se quemó?” y a renglón seguido indicó “porque la niña muchas veces se quema”, incluso pretendió el profesional del derecho a través del testimonio de Kelly Vanesa, madre de la menor, introducir esa causa al preguntarle si la niña ese día había entrado al baño a lo que ésta respondió que sí, pero “de quemarse a como la niña yo la vi ese día, eso no es posible”.

Del mismo modo dijo la experta en medicina legal que dicha lesión “le podía producir ardor porque estaba cerca al orificio por donde se hace micción”, y recordemos que la madre de la ofendida dijo haberse enterado de los hechos porque su hija al llegar a casa de manera insistente le indicó “mamá me arde, me arde mucho”, lo que produjo que ésta la revisara y le preguntara “¿por qué estas así”. En consecuencia, la hipótesis de que L.C.A., podría estar quemada lo que explicaría el hallazgo, no fue acreditada en el proceso, solo una es compatible con la versión suministrada por la menor, y esta es aquella dirigida a que fue el acusado y no otra persona quien manipuló su vagina tal y como ella misma lo refirió.

Finalmente, el a quo concluyó “que el médico dio cuenta que el hallazgo se encontró en el himen; no obstante, dicha estructura se encontró íntegra “lo cual indica que la evaluada no ha sido desflorada”; por tanto: “si la lesión presentada por L.C.A fue producto del tocamiento que le hizo Omar Estiben, debió introducir sus dedos por dentro de la vagina de la víctima; sin embargo,

no le hizo ningún daño a su himen pese a su corta edad, además esta conclusión médica desmiente la versión de la víctima por cuanto la misma en el testimonio que rindió ante este despacho manifestó que el tocamiento se produjo por fuera de su vagina”. Esta conclusión aparece equivocada. Lo que explicó la perito en medicina legal es que la lesión eritematosa, congestionada y roja estaba en el área vaginal, por esa razón es claro que el himen de la menor estaba íntegro, de ahí que el delito endilgado al acusado fuera el de actos sexuales con menor de 14 años y no el de acceso, pues la niña no hizo ninguna referencia, por mínima que fuera a que el procesado le introdujo algo en su vagina, la niña en todo momento indicó que Omar estiben “*le había tocado la vaginita*”.

6.15 Al juicio fue llamada como testigo de la fiscalía **Carol Viviana Cano Ríos**²¹, psicóloga investigadora del CAIVAS que recibió la entrevista a la menor L.C.A.

Tal como se anunciara atrás, se está ante una prueba de referencia inadmisibles respecto de lo que haya relatado la víctima que concurrió al juicio. Sobre lo que de su versión puede ser evaluado, dijo que se mostró tranquila y espontánea en responder lo que sabía y en negar lo que desconocía, esta afirmación juega en favor de la credibilidad de la víctima, pues de estar reproduciendo un formato inducido habría reflejado algún tipo de inseguridad o nerviosismo. Por el contrario, de acuerdo con lo percibido por la investigadora se trató de una versión espontánea y sincera.

6.16 **Claudia Marcela Guzmán Ortiz**²², psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que presta sus servicios en el CAIVAS de la fiscalía, donde atiende niños, niñas y adolescentes víctima de delitos sexuales, respecto de la atención suministrada a L.C.A., recordó que se trató de una niña de 5 años que no referenciaba bien si sabía o no el motivo de la atención, pero sí comunicó que identificaba bien las partes de su cuerpo y cómo se sentía cuando alguien la hacía sentir incómoda y enseguida hizo una descripción de los hechos.

²¹ Sesión de juicio oral del 6 de diciembre de 2022. Minuto: 05:58

²² Ídem. Minuto: 56:38

Posteriormente dijo haber observado:

“Una niña nerviosa, inquieta, callada, retraída, se arañaba, ocultaba la mirada, tenía un comportamiento que si bien, en primer momento no habló del caso, el mero hecho de que había personas desconocidas en su casa, la intimidó bastante, pero si sabía el motivo por el cual ellos- psicóloga y otros-, estaban en el domicilio, inquieta, temerosa no quería hablar de nada, con lo que le era agradable era espontánea, pero cuando se le preguntaba quien le ayudaba con el cuidado e higiene del cuerpo y la zona íntima se mostraba callada y socializaba otros temas, se mostraba insegura y con deseos de llorar cuando se hablaba de la intimidad. Durante esa atención la niña no señaló a ningún responsable del hecho”.

Indicó que la menor fue remitida al programa Jugar para Sanar y que cuando “ellos” la visitaron la niña ya iba para la tercera atención y se mostraba tranquila.

La defensa en el conainterrogatorio²³ impugnó la credibilidad de esta testigo porque en su informe, frente al examen mental indicó *“se percibe a L., dispuesta, consciente, coherente al hablar, analítica, tiene capacidad de ser flexible y corregir ideas, presenta potencial práctico y comunicativo”.*

Así mismo en el acápite de valoración psicológica consignó: *“partiendo de la atención psicológica y familiar en la niña L.C.A., aún no se identifica afectación emocional o psicológica por el caso denunciado “actos sexuales con menor de 14 años”, sin embargo, el hecho de que la niña niegue lo sucedido habla de sus afectaciones en salud mental que se pueden presentar a lo largo, corto o mediano plazo, motivo por el cual desde la ruta de asistencia técnica, el caso fue remitido al programa “jugar para sanar”.*

²³ Ídem. Minuto: 1:16:26

También se cuestionó por parte de la defensa el contenido de la página 7 de su informe donde se dijo *“hace relativamente poco mi hija me expresa: mamá lo que te dije ese día era mentira mía”, la mamá expresa: “pienso que era la forma de pedirnos que no estuviéramos más en conflicto entre las familias”*.

Por último, la testigo dio lectura a la intervención realizada por la trabajadora social y en la que se consignó:

“Según informa la progenitora la señora Kelly Vanessa, manifiesta que no se observa en L., afectación frente a lo sucedido con el tío paterno, toda vez que, es una niña alegre, extrovertida, juguetona, colaboradora, obediente, buena estudiante, sociable, cariñosa, receptiva, se relaciona adecuadamente con sus pares, se alimenta bien, es una niña sana, pero después de lo sucedido la niña a los 15 o 20 días refirió “mi tío no me hizo nada ya olvidé eso” y es algo preocupante para la familia, aun sabiendo que la niña todo se lo cuenta a sus padres.”

6.17 Frente a este testimonio la Sala resaltará que la visita de esta profesional se realizó en el domicilio de la menor cuando ésta ya había asistido a tres citas en Jugar para Sanar, de ahí que la hubiese percibido tranquila, tal y como lo narró en el informe con el cual le fue impugnada su credibilidad.

Es cierto que durante su testimonio introdujo algunos elementos novedosos que hasta este punto ninguno de los testigos había referido, entre ellos que la niña era *“nerviosa, inquieta, callada, retraída, se arañaba y ocultaba la mirada”*, no obstante, de esta prueba no puede derivarse de manera categórica la inocencia del acusado, pues a juicio de esta instancia el testimonio coherente y verosímil, a través del cual L.C.A., señaló de manera consistente que su tío Estiben le tocó su vagina, no alcanzan a quedar en entredicho en razón de la labor desplegada por la psicóloga Guzmán Ortiz, quien no explicó el origen de aquella contradicción pues en su visita al hogar dijo no haber encontrado ninguna afectación psicológica en la menor y advirtió que *“el hecho de que la niña niegue*

lo sucedido habla de sus afectaciones en salud mental”, observación que para esta instancia, tiene una explicación razonable ya expuesta atrás.

6.17 Por último, asistió **Brid Solange Neira Hernández**²⁴, abogada defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien presta sus servicios en el CAIVAS de la fiscalía desde hace unos años.

Con dicha testigo se supo que en este evento no se llevó a cabo el proceso de restablecimiento de derechos porque verificó que el papá y la mamá de la menor eran garantes de los mismos, es decir que con relación a la violencia sexual en el medio familiar no había vulneración de sus derechos, además ya había sido remitida a Jugar para Sanar donde se inició la atención psicológica especializada.

6.18 Esta declaración guarda coherencia con lo manifestado por la psicóloga en el sentido de que la visita a la menor se produjo cuando ya había sido remitida al programa Jugar para Sanar. El hecho de que se indicara que no hubo necesidad de acudir a la figura de restablecimiento de derechos porque la vulneración de éstos no ocurrió al interior de su hogar coincide con lo advertido en el proceso, pues ésta provino de su familia externa, compuesta por su tío quien realizó sobre su cuerpo los actos sexuales ya referidos y sus parientes quienes la excluyeron y la tildaron de mentirosa.

6.19 Ahora bien, para el a quo las pruebas aportadas por la defensa fueron creíbles, pues en manera alguna se advirtió que favorecieran al procesado a pesar de que, la gran mayoría de ellos eran sus familiares más cercanos, condición que como lo ha indicado esta Sala, no los descalifica *per se*, pero si torna más exigente su valoración. Esto fue lo que dijeron:

6.20 **Diana Carolina Restrepo Rúa**²⁵, cuñada del acusado y madre de tres niñas de 15 y 6 años, residente en la carrera 42C No. 107D-26 interior 103, refirió que

²⁴ Sesión de juicio oral del 6 de diciembre de 2022. Minuto: 2:48:55

²⁵ Sesión de juicio oral del 19 de enero de 2023. Minuto: 08:17

su suegra Lucidia Aguiar, Omar Estiben, su hermana Deisy Yuliana, sus dos hijos y el esposo de ésta viven en la misma dirección, pero en el apto 303.

Refirió que por vivir tan cerca sus hijas gemelas de 6 años van a la casa de su abuela Lucidia *“desde que se levantan hasta que se acuestan”*, porque juegan con sus primos. Frente a la menor L.C.A., dijo que también era prima de sus hijas y actualmente tiene 6 años.

Frente a los hechos narró que el 27 de diciembre de 2021, como era costumbre, sus hijas estuvieron en la casa de su abuela desde las 9:00 de la mañana, ella constantemente *“subía y les daba vueltica porque estaban en la sala”* y se quedaba entre 5 y 10 minutos, allí permanecieron hasta las 7:00 de la noche.

Recordó que ese día la hermana de Omar Estiben bajó y le preguntó si las niñas le habían manifestado algo raro porque la mamá de L., estaba diciendo que Estiben la había manoseado, fue así como momentos después dicha señora la llamó y le preguntó que *“si sus hijas estaban rojitas porque a la suya Omar la estaba tocando, que dijera que a M.A., le había ocurrido lo mismo, que estaba quemada”*, pero ella le manifestó que no se iba a prestar para eso.

Adujo haber indagado a sus hijas sobre dicho tema y contestaron que era mentira, que no habían entrado a la pieza de Omar porque siempre estuvieron jugando en la sala, tal y como ella lo observó cada vez que les daba *“vuelta”*. Que en esa fecha en el inmueble estaban los abuelos de L., su tía, los niños y Omar Estiben a quien no vio *“porque le dio un ataque de epilepsia y se encontraba acostado”*.

6.21 **Deisy Yuliana Aguiar Mora**²⁶, hermana del acusado, quien vive en la misma residencia junto con su madre Lucidia Aguiar, su esposo e hijos de 9 y 4 años y Omar Estiben de 21 años que *“no hace nada porque sufre de ataques de epilepsia”*.

²⁶ Sesión de juicio oral del 19 de enero de 2023. Minuto: 34:46

Señaló que el 27 de diciembre del 2021 se encontraba en su casa en compañía de Omar, su padrastro, su mamá y sus dos hijos y que siendo las 9.00 de la mañana aproximadamente llegaron sus sobrinas, las gemelas M.A., y M.P., y que más tarde llegó su sobrina L.C.A, quien permaneció allí hasta las 5:00 o 5:30 de la tarde. Adujo que *“todo ese día los cinco niños estuvieron jugando en la sala”* y que, como a las 5:30 llegó su hermano el papá por L., y ella se puso a llorar diciendo que se quería quedar jugando.

Recordó que pasada una hora más o menos su hermano llamó a su mamá a preguntarle qué había pasado porque la niña estaba muy rojita en las partes íntimas y decía que Omar la había tocado, por lo que ella le contestó que la niña *“entró a hacer chichi”* y siguió jugando, además, todos le indicaron que eso eran mentiras *“porque a Omar le dieron crisis de epilepsia ese día y estuvo acostado en su pieza porque quedó muy mal”*; se enteró que posteriormente la niña le dijo al papá que no había sido eso, sino que entró al baño, no se secó y por eso le estaba picando la *“vaginita”*.

Señaló que a las gemelas les preguntaron si Omar las había tocado y respondieron que él nunca se paró de la cama y que eso fue mentira porque L., *“es una chismosa”*.

A la fiscalía en el contrainterrogatorio²⁷ le dijo que los niños *“siempre estuvieron jugando en la sala y el balcón”* y entraron a una pieza *“cuando Luciana se paró en la de Estiben y le tiró una chancla”*. Señaló que mientras los niños jugaban ella estaba en la sala con el celular, su mamá haciendo algo en la cocina y su padrastro en la habitación de su mamá, *“todo el tiempo tuvieron cuidado con los niños”* y que L., *“entró dos o tres veces a hacer chichi”*.

Enseguida describió su casa, la cual es *“pequeña todo está junto”*, que la cocina, el baño y la sala que quedan en una misma zona, por esa razón si las niñas tenían que ir no las perdían de vista, el balcón, la alcoba de su mamá y la de su hermano

²⁷ Ídem. Minuto: 45:41

Omar, que es la segunda está diagonal al baño y que su habitación queda en el segundo piso.

6.22 **Gonzalo de Jesús Cárdenas Peláez**²⁸, es el padrastro de Omar Estiben, padre de Oscar Darío y abuelo de la menor L.C.A., residente en el barrio Popular 1, pero en diferente dirección a la que habitan su compañera Lucidia Aguiar y Omar Estiben, entre otros.

Dijo conocer al acusado desde pequeño y calificó su relación con él como “*pésima*” y agregó: “*de hecho, estuve hablando con Kelly la madre de mi nieta L.C.A y a ninguno de los dos nos cae bien*”.

Recordó que “*el 27 de diciembre del 2021 entre 2:00 y 2:30 de la tarde fue a almorzar a la casa de Lucidia, cuando llegó encontró a las niñas jugando en la sala, a L., su nieta y a las dos gemelitas nietas de Lucidia, allí también estaba ella, su hija Deisy Yuliana Aguiar, los otros nietos y Omar Estiben. Los niños estaban jugando en la sala, Omar estaba acostado, la mamá me dijo que le habían dado varias crisis*”.

Refirió haber sido citado para atestiguar en favor de Omar porque para él “*es inocente de los cargos que lo acusan*” pues si él hubiese visto a Omar Estiben tocando a su nieta “*no se lo permitiría, ¿quién va a permitir eso? Nunca, lo hubiera atacado en ese mismo momento, le hubiera tirado*”.

Describió la casa de su compañera así: “*uno entra y está la cocina y la sala y el baño y dos piezas y en el 4º piso, porque ellos viven en el 3º, hay una habitación y está la hija*”. Insistió en que mientras él estuvo en la casa de Lucidia Omar estuvo acostado todo el tiempo y las niñas no interactuaron con él.

²⁸ Sesión de juicio oral del 19 de enero de 2023. Minuto: 1:15:58

En el examen cruzado²⁹ dijo que permaneció en la casa de Lucidia de 2:30 a 5:00 más o menos y que se la “pasó” en la habitación de ella, que las niñas estuvieron jugando entre la sala y el balconcito y que las podía observar desde esa habitación porque la casa es pequeña no estuvo viendo televisión porque fue a almorzar.

Dijo que a Omar Estiben le dan ataques epilépticos y “*queda muy mal porque esos ataques son muy fuertes, el muchacho queda jodido, queda en la cama*”, pero no lo llevaron al médico.

A la delegada del Ministerio Público le dijo que L., “*fue el baño mientras él estuvo una vez, las otras no*”.

6.23 Por último asistió **Lucidia Aguiar Mora**³⁰, madre del acusado Omar Estiben y refirió:

“El 27 de diciembre del 2021 yo estaba ahí en la casa y mi hijo ese día estaba muy enfermo y estaba en la pieza muy enfermo, dormido, también estaba mi hija Deisy Yuliana, los dos nietecitos, subieron las gemelitas y L., cuando me la trajo mi hijo. Las gemelitas subieron desde el primer piso porque ellas viven en el tercer piso, son hijas del otro hijo mío M.P., y M.A., de 6 años, subieron a las 9:00, esas niñas son felices allá, todos los días suben a las 9:00, 8:00, allá desayunan, almuerzan y hasta amanecen allá”.

Agregó que ese día Óscar Darío su otro hijo le llevó la niña porque iba para el centro con la esposa, no recordó la hora, pero sabe que fue temprano “*como a medio día*” y la recogió como a las 5:00 o 5:30 incluso la niña “*no se quería ir, se fue llorando porque se quería quedar en mi casa*”.

²⁹ Ídem. Minuto: 1:28:54

³⁰ Sesión de juicio oral del 19 de enero de 2023. Minuto: 2:02:24

Explicó que L.C.A., estuvo jugando con sus otras nietas en la sala y en la cocina “*porque eso es muy pequeñito ahí y todo queda ahí juntico*”; jugaron con muñequitas y vajillas, y la primera en irse fue Luciana.

En este punto la defensa le preguntó:

“¿En algún momento Luciana se separó de los niños? Testigo: no nunca, todo el tiempo eran junticas. Tuvo contacto todo el día con ellas.

Defensor: ¿qué estuvo haciendo su hijo Omar? Testigo: como le dije dormido porque a él le dan ataques de epilepsia y queda con dolor de cabeza, dolor en el cuerpo, él queda muy mal, él duerme todo el día.

Defensor: ¿hubo alguna interacción entre las niñas y Omar? Testigo: no, inclusive L., se paró en la puerta de la pieza y le aventó una chancla que para despertarlo y yo la llamé y le dije que dejara al tío quieto que está enfermo y ya eso fue todo, ellas siguieron jugando y no pasó nada de raro.

Defensor: ¿usted sabe por qué está en este juicio? T: si, por el problema en el que metieron al hijo mío. D: ¿ese día 27 de diciembre sucedió algún problema, como usted lo llama entre las niñas y su hijo? T: no, para nada, inclusive él estaba dormido no supo quién había o quién no había, porque estaba dormido, él no supo si ahí estaban las gemelas, L., él estaba era dormido. D: ¿en algún momento L., fue al baño? T: sí fue dos veces, en una ocasión hizo popo y yo fui y la organicé la segunda hizo chichi y ella sola se organizó. D: usted la vio cuando fue a hacer chichi, como usted dice, ¿qué hizo ella? T: si claro, ella cerró la cortina, pero como yo había lavado el baño dejé la cortina abierta para que el baño se secara, ella la cerró y se entró al ratico salió, usted sabe que los niños desesperaitos (sic) por jugar orinan, puede haber papel y ellos ni lo cogen, ella salió a jugar y ya. Ella no se limpió porque yo había vaciado la papelera y cuando entré estaba limpia, ahí no había papel, rollo si había, pero ella no lo cogió, no se limpió”.

Enseguida el defensor le puso de presente un álbum fotográfico de su residencia, ella reconoció y describió cada espacio y señaló el lugar en el que las niñas

jugaron mientras que *“Omar estaba acostado en la pieza de él durmiendo”*, advirtió que las cortinas de la habitación ese día estaban recogidas porque *“cuando Omar está enfermo”* ella las recoge *“porque él queda como sonso y a veces se para de la cama y se cae”*, entonces le dejó la cortina recogida para mirarlo y *“en ningún momento de ese 27 de diciembre Omar se paró de la cama”* y que en total le dieron *“ataques”* entre 7:00 y 8:30 de la mañana, aproximadamente tres.

Durante el contrainterrogatorio³¹ explicó que ella es quien le suministra el medicamento a su hijo *“ácido valproico”* y que, cuando estos ataques epilépticos le dan, él *“no come, no hace nada, no se levanta de la cama”*.

6.24 Pues bien, para la Sala los anteriores testimonios no son creíbles. Estas las razones: (i) Cada uno de los deponentes hace parte del núcleo familiar del acusado, condición que, si bien no los hace mentirosos per se, si exige un juicio de valor más riguroso; (ii) todos hicieron un relato meticuloso, con circunstancias casi absolutamente uniformes, con clara apariencia de haber sido preconcebido con el claro fin de hacer imposibles los señalamientos de menor hacia su consanguíneo. Esta característica resta credibilidad a sus dichos, pues no se explica el Tribunal como es que unos niños entre 5 y 6 años permanecieron durante casi cuatro horas jugando en la sala de su casa, sin moverse para ningún otro espacio y bajo la mirada de todos los adultos que los acompañaban como si se hubiesen quedado petrificados en un mismo lugar, con esa afirmación buscaban hacer imposible el desplazamiento de L.C.A., hacia la habitación en que Omar Estiben realizó los actos de connotación sexual en el cuerpo de la pequeña; (iii) indicaron que el acusado permaneció acostado sin saber incluso quién o quiénes estaban en su casa porque tuvo crisis epilépticas, ello con el fin de sostener que entre el acusado y la niña no hubo interacción; (iv) así mismo y con la única finalidad de justificar los hallazgos evidenciados por la médica perito en los genitales de L.C.A., afirmaron al unísono que esta menor y no los demás niños, de quienes supuestamente también estaban pendientes ya que los

³¹ Ídem. Minuto: 2:18:31

habían estado observando todo el tiempo mientras jugaban en la sala, ingresó al baño a hacer “*chichi*”, unos dijeron que una vez, otros, dos veces.

No obstante, es precisamente esa meticulosidad acabada de destacar, la que, en contraste con la espontaneidad del relato de una niña de seis años, lleva a esta Sala a considerar que los anteriores relatos no son dignos de credibilidad. Se equivocó el fallador al afirmar de manera contundente que estos testigos tuvieron “*contacto y visualización permanente de la niña*”, pues, aunque así lo dijeron en el juicio, lo cierto es que en su relato trajeron a colación algunas circunstancias que contradicen tal afirmación, tal es el caso de Diana Carolina Restrepo, quien señaló no haber permanecido todo el día en la residencia de su suegra sino que “*constantemente subía y les daba vueltica porque estaban en la sala*” y se quedaba entre 5 y 10 minutos, Deisy Yuliana Aguiar refirió por ejemplo, que mientras los niños jugaban ella estaba en la sala “*con el celular*”, Lucidia Aguiar, quien dijo haber tenido contacto con los menores sin interrupción, al momento de referir que L., entró al baño explicó que se dio cuenta porque lo había lavado, pero además su hija Deisy Yuliana la ubicó en la cocina “*haciendo algo*” y qué decir, de Gonzalo de Jesús, abuelo de la menor quien solo fue a almorzar, pero fijó su mirada durante ese lapso, más de tres horas solo en la pequeña L.C.A., de quien afirmó fue la única en ir al baño.

Resultó bastante claro que a través de sus testigos la defensa trató de sostener la tesis de que los hallazgos en la vagina de la menor L.C.A., se presentaron por otra causa y es que ésta se quemó, pues fue al baño en varias ocasiones y no hizo un uso adecuado del papel higiénico, empero, como se dijo estos relatos no son creíbles, pues quedó en evidencia el afán de todos ellos en proteger y favorecer al acusado, de ahí que como se dijera en el acápite respectivo, la única explicación posible es aquella que guarda correlación con el testimonio de la menor y es que Omar Estiben realizó tocamientos en su vagina lo que le produjo esa lesión eritematosa en aquella área de su cuerpo.

6.25 Así las cosas, al estudiar los reparos de la representación de víctimas como apelante, contrario a evidenciarse una duda respecto de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado la Sala concluye, más allá de toda duda, que el procesado Omar Estiben Aguiar Mora sí realizó sobre la víctima L.C.A. tocamientos en su vagina, motivo por el cual resulta necesario revocar en su integridad la decisión adoptada, para en su lugar emitir una sentencia condenatoria por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Punibilidad

6.26 Acogiendo la línea Jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³², en tema de la improcedencia de la realización de la audiencia del Art. 447 del C. de P.P, en sede de segunda instancia se procederá a determinar la pena de la siguiente manera:

El art. 209 del Código Penal refiere: *“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”*.

Esta conducta le fue endilgada al procesado bajo las circunstancias de agravación punitiva descritas en el art. 211 numeral 5º ibídem que señala:

“Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

³² “El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado “En efecto, la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que este sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.“En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción”. (Sentencia del 14 de agosto de 2012, adoptada en el Radicado 38467)

(...)

La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

En este evento quedó demostrada la ilicitud de los actos que Omar Estiben Aguiar Mora en calidad de tío de la menor L.C.A., realizó en contra de su libertad e integridad sexual, de ahí que la pena a imponer va de 144 a 234 meses de prisión. Dividido en cuartos el espacio entre mínimo y máximo quedará así: primer cuarto: de 144 a 166.5 meses de prisión, segundo cuarto: de 166.5 a 189 meses de prisión, tercer cuarto: de 189 a 211.5 y último cuarto: de 211.5 a 234 meses de prisión.

En el *sub judice* el Tribunal optará por la imposición de la pena mencionada en su monto mínimo, al considerar que la conducta desplegada no va más allá de la gravedad que está inmersa en la descripción legal. Así, se impondrá una pena de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) meses o lo que es igual doce (12) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

Subrogados penales

6.27 Al no cumplirse los presupuestos objetivos de que tratan los arts. 38 y 63 del Código Penal y, además, considerando la prohibición del art. 199 de la Ley 1098, no se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena como tampoco la prisión domiciliaria.

En firme esta decisión se libraré orden de captura con el objeto de hacer efectiva la pena de prisión que se impone y se expedirán los oficios respectivos conforme lo establece el art. 166 de la Ley 906 de 2004. Igualmente se remitirá la actuación pertinente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para lo de su competencia.

Finalmente, la Sala advierte que, de conformidad con el acto legislativo 01 de 2018 y en aplicación al auto del 3 de abril de 2019, proferido por la Corte Suprema de Justicia, ante la primera condena proferida en segunda instancia, procede la impugnación especial en garantía del principio de doble conformidad, para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación. Ambos recursos podrán interponerse en los términos establecidos en el art. 183 de la Ley 906 de 2004.

En virtud de lo expuesto, **La Sala de Decimosegunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **REVOCA** el fallo proferido el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, para en su lugar:

PRIMERO: CONDENAR a **OMAR ESTIBEN AGUIAR MORA**, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, **a la pena principal de ciento cuarenta y cuatro (144) meses o lo que es igual doce (12) años de prisión**, al hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor, del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, previsto en los art. 209 y 2011 numeral 5° del C. P, en perjuicio de su sobrina la menor L.C.A.

SEGUNDO: IMPONER al condenado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.

TERCERO: Se niega a **OMAR ESTIBEN AGUIAR MORA** la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el art. 63 del C.P. y la prisión domiciliaria, a

voces del art. 38B del C.P. En consecuencia, deberá purgar la pena impuesta en el centro de reclusión que para el efecto le asigne la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Una vez en firme, líbrese la correspondiente orden de captura.

Por tratarse de primera condena y a fin de garantizar el principio de doble conformidad, esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo proceden, la impugnación especial por parte del sentenciado y/o su defensor, y el recurso de casación respecto de las demás partes e intervinientes, los que habrán de ser interpuestos y sustentados en los términos de ley. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado

Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 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: **d7abf6e78284a1696ace71eb119b44caad29570391d7410568ccbc578db0632f**

Documento generado en 22/08/2024 02:57:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>