



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-207-2015-01216
Procesado: Gustavo de Jesús Deossa Torres
Delito: Acto sexual con menor de 14 años agravado
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 084

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa en contra de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado 12 Penal del Circuito de Medellín que condenó al señor *Gustavo de Jesús Deossa Torres* por la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

1. ANTECEDENTES

1.1. Del Hecho

Según lo expuesto por la Fiscalía en la acusación *tuvieron ocurrencia en horas de la tarde del 11 de noviembre de 2015 cuando la menor CAJH con 12 años de edad y quien padece retardo mental de moderado a grave, fue invitada por su vecino Gustavo Deossa Torres a su casa con el argumento de darle unas galletas, domicilio al que acudió la menor y momento que aprovechó el ciudadano para quitarle el top que vestía y “chuparle los senos”, satisfaciendo sus apetencias libidinosas;*

hechos acaecidos en la urbanización el Remanso del corregimiento de San Antonio de Prado de esta ciudad.”

1.2. De la actuación procesal

Conforme con los hechos enunciados, la Fiscalía en audiencia celebrada el 19 de septiembre de 2019, ante el Juzgado 39 Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, le imputó a *Gustavo de Jesús Deossa Torres* el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado por haberse cometido contra una niña con discapacidad psíquica (artículos 209 y 211 numeral 7° del C.P.). El imputado no aceptó los cargos y la Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

La Fiscalía radicó el escrito de acusación el 3 de noviembre de 2016 y acusó formalmente el 24 de abril de 2017 en los mismos términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se realizó el 10 de octubre de 2017, fecha en la cual se dio curso a las solicitudes probatorias y se acordó tener como estipulado: i) la plena identidad del procesado, y ii) la minoría de edad de CAJH.

La audiencia de juicio oral se realizó en varias sesiones los días 1 y 7 de marzo, 26 de junio y 17 de septiembre de 2018, 4 de noviembre de 2020 y 3 de marzo de 2021, fecha última en que se presentaron los alegatos de conclusión. El sentido de fallo condenatorio fue emitido el 25 de octubre de 2021, fecha en la que además se dio inicio a la audiencia de individualización de la pena, la que continuó y culminó el 31 de enero de 2022.

En la lectura de la sentencia, realizada el 14 de febrero de 2022, el defensor interpuso el recurso de apelación que sustentó dentro del término de ley.

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primer grado consideró que de la prueba practicada obtuvo conocimiento, más allá de toda duda, de la conducta atribuida y la responsabilidad de Gustavo de Jesús Deossa Torres en su comisión, fundado en el testimonio rendido por la víctima CAJH, al cual le dio entera credibilidad por no evidenciarse ánimo vindicativo en la incriminación, además que no se vislumbra que estuviere mintiendo y su dicho es coherente, sincero y guarda uniformidad y, aunque se evidencia alguna contradicción, esta es convalidada con el testimonio de la psicóloga de Medicina Legal que explica las limitaciones o dificultades propias de la discapacidad cognitiva de carácter leve moderado que padece la menor. Es así como indicó que la menor fue conteste al afirmar que Gustavo había tocado sus senos con las manos, que ello ocurrió dentro de la casa de él en El Remanso y que le contó lo sucedido a su madre.

Tuvo en cuenta el testimonio de la señora Érica del Socorro Herrera Londoño, madre de la menor, quien manifestó vivir para el año 2015 en la unidad residencial El Remanso en San Antonio de Prado, refirió que su hija fue diagnosticada con un retraso mental leve y déficit de atención, que el 11 de octubre de 2015 aproximadamente a las 4:00 p.m., su hija estaba en la portería de la unidad esperándola y al encontrarse con ella la menor le manifiesta que Gustavo le dio unas galletas y le

muestra sus senos indicándole que ese señor se los chupó, por lo que al día siguiente fue con esposo al CAIVAS a denunciar lo sucedido.

De igual forma, hizo referencia al testimonio del señor César Augusto Castaño González, quien realizó la entrevista forense a la menor, en la cual esta le manifestó que su vecino Gustavo le chupó los senos con la boca y que esto ocurrió en la casa de él donde había dos perritos, una cama y un televisor, y que posteriormente se lo contó a su madre.

También aludió al testimonio del señor Horacio Jiménez Oliveros quien refirió conocer al procesado porque viven en la misma unidad y que el 11 de octubre de 2015 su esposa le contó que la niña le dijo que ese señor le había tocados los senos, por lo que al día siguiente acudieron a interponer la denuncia; además, comentó que al hablar con su hija de lo sucedido esta le refirió en pocas palabras que el señor le había chupado los senos.

Así mismo, tuvo en cuenta el testimonio de la psicóloga forense de Medicina Legal, Lady Paola Gómez Díaz, la que concluyó que la menor CAJH padece de discapacidad cognitiva de carácter leve moderado, que tiene un pensamiento de una niña de 3 a 4 años, que no es capaz de crear historias y que le refirió que el señor Gustavo le tocó sus senos y que, al ahondar por ese suceso, la menor le mostró con su rostro un gesto de succión.

Hizo alusión al testimonio del señor Orley Tobón González, administrador y residente del conjunto residencial El Remanso

y con quien se aportó el video de seguridad con el que se demostró la presencia el día de los hechos de la menor y del acusado en las afueras de la residencia de este.

En cuanto a los testigos de la defensa, refirió que con los mismos se demostró que el procesado reside hace años atrás en la urbanización El Remanso, que ha sido un buen vecino, colaborador y respetuoso con los hijos de sus vecinas quienes mencionaron que en algún momento recibieron ayuda de él para la atención de sus hijos y nunca tuvieron queja de su comportamiento, al igual que años atrás cuando convivía con su pareja estuvo al cuidado de los hijos menores de esta sin inconveniente alguno; sin embargo, juzgó que, en cuanto al hecho específico por el que está siendo investigado el acusado, nada les consta.

No vislumbró vulneración alguna al derecho de defensa por el hecho de que se hayan imputado unos hechos del 11 de noviembre de 2015 cuando los testigos se refirieron a unos del 11 de octubre de 2015, pues solo se investiga al procesado por el hecho específico de haber succionado con su boca los senos de la menor. Además, que la madre de la menor afirmó que la denuncia se interpuso al día siguiente de los hechos, por lo que resulta comprensible el olvido dado el paso del tiempo, momento que también fue corroborado por el padre de la menor al decir que no estaba seguro de la fecha, pero que en todo caso acudieron a interponer la denuncia al día siguiente de los hechos.

Por tanto, encontró estructurado el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado que le fue atribuido al procesado, por lo que procedió a proferir condena en su contra como responsable de la conducta descrita, imponiendo el mínimo de la pena de 12 años de prisión que estimó como retribución justa, negando la concesión de subrogados penales por no colmarse el requisito objetivo al superarse el límite mínimo de la pena que exige la norma, además por la prohibición expresa del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia que prohíbe otorgar subrogados o beneficios cuando se trata de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra niños, niñas y adolescentes. De otro lado, respecto a la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria que fue solicitada por la defensa al tratarse el acusado de una persona mayor de 65 años, indicó que se trata de un asunto que le compete única y exclusivamente al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad al tratarse de un tópico que solo puede ser objeto de estudio una vez se encuentre ejecutoriado el fallo.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor del señor Gustavo de Jesús Deossa Torres interpuso el recurso de apelación con el fin de que sea revocada la condena y, en su lugar, se absuelva a su prohijado.

Inicialmente advierte que se ha aducido falsamente que los hechos ocurrieron el 11 de noviembre de 2015, aproximadamente a las 4:00 p.m. puesto que, como lo venía argumentando el defensor público, esa fecha no concuerda con

lo dicho por la madre de la menor cuando aduce que los hechos sucedieron el 11 de octubre de 2015, o la afirmación del padre de la menor cuando sostiene que ocurrieron el 11 de noviembre de 2015, esto es, un día antes de interponerse la denuncia penal. Alega, entonces, que estas divergencias más que comprometer el aspecto temporal de cuándo ocurrió la infracción al ordenamiento penal, lo que pone en duda es la misma existencia de la conducta punible atribuida.

Sostiene que se presenta contradicción de la menor y la madre sobre el momento en que la primera divulgó el abuso, pues la madre aduce que le contó del suceso el mismo día de su ocurrencia, mientras que la menor sostiene que le contó días después a su madre. En su sentir, el testimonio de la madre de la menor tiene serias contradicciones que son producto de la mala fe, al querer impulsar una falsa denuncia en contra de su representado.

Afirma que la prueba principal e idónea de que nunca existió el hecho delictivo del 11 de noviembre de 2015 es que su defendido el 9 de noviembre de 2015 impetró una queja o denuncia en la Corregiduría de San Antonio de Prado en contra del señor Horacio Jiménez, padre de la víctima, por las agresiones físicas y verbales de su parte al acusarlo falsamente de haber abusado de su hija y amenazarlo con que buscaría la forma de condenarlo, motivo por el cual, el 20 de noviembre de 2015, en audiencia de conciliación las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio. Dice que con esto se prueba que la denuncia impetrada en contra del acusado es falsa porque los supuestos hechos no pudieron acontecer el 11 de noviembre de

2015 como lo atribuye la Fiscalía, lo que genera una gran duda razonable sobre la existencia del delito y su tipicidad, la que debe ser resulta a favor del procesado; agrega que el juez no realizó una correcta valoración de esta prueba.

Considera que el padre de la menor incurre en un falso testimonio porque estando bajo la gravedad de juramento, le manifiesta al juez que un día después de ocurridos los hechos interpusieron la denuncia, lo que en nada concuerda con la fecha de la prueba documental existente en el plenario, más precisamente, con la queja radicada por su prohijado el 9 de noviembre del 2015.

Señala que lo que se pretendía probar con el testimonio de la víctima eran las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, sin embargo, ninguna de las tres circunstancias logró probarse con este testimonio afectado de inconsistencias que llevan a inferir que la menor miente, impulsada por sus padres, quienes también han mentido en sus testimonios.

Alega que el juez de primera instancia hizo una incorrecta valoración de la prueba correspondiente al video de las cámaras de seguridad entregado por el administrador de la unidad residencial, toda vez que es del 11 de noviembre del 2015 no pudo ocurrir el delito; además, de que no se observa que la menor haya ingresado a la vivienda del señor Gustavo de Jesús, pues solamente se ve el momento en que la madre se reúne con la menor.

Arguye que mal hizo el juez de primer grado al no decretar como prueba la queja del 9 de noviembre de 2015, aduciendo que data de una fecha anterior a la ocurrencia de los hechos y no tendría relación con los mismos, cometiendo el error de dejar de lado esta prueba fehaciente para demostrar la inexistencia del delito, por lo que pide que se le dé valor probatorio a dicha queja.

Estima que desde el inicio de la actuación no había una inferencia razonable de que su defendido hubiere cometido el delito, pues incluso la Fiscalía declinó de la medida de aseguramiento al no contar con elementos que la sustentaran, situación que debió ser tenida en cuenta por el juez.

Se refiere a la existencia de contradicciones en el testimonio de la menor, en tanto en la acusación se dice que los hechos sucedieron a las 4:00 p.m., cuando la víctima afirma que ocurrieron en la noche; además que aseveró que el supuesto agresor Gustavo vive afuera, con lo que alude a que es afuera de la unidad residencial y, pese a que la Fiscalía intentó darle otro sentido a la respuesta, la menor afirma que él vive lejos de su casa con lo que se demuestra que su defendido no es la persona a quien señala la afectada, existiendo incertidumbre sobre la identificación del agresor.

Señala que no puede ser fundamento para tomar por cierto lo dicho por la víctima al aludir que le chupó los senos indicando en una fotografía la respectiva parte del cuerpo, atendiendo a que sufre un retraso mental leve con déficit de atención, pero ello no implica que no deba reconocer una parte

del cuerpo como los senos o la boca, por lo que no es garantía de que sea cierto y, por el contrario, dicha patología puede ser la causa de los hechos denunciados al ser producto de su imaginación. Además, refiere que la menor en su entrevista se sentía incómoda con su madre por lo que pide que sea sacada del lugar y, luego de ello, no responde las preguntas y cuando lo hace, lo hace de forma cortante, lo que indica que en presencia de la madre dijo lo que le habría pedido que dijera y, posteriormente, se abstuvo de seguir mintiendo.

Aduce que prueba de la falsedad del testimonio de la menor es la manifestación realizada por la psicóloga forense Lady Gómez, cuando le adujo que el señor Gustavo era grosero porque le había tocado los senos, lo cual no es igual a chupar los senos como se dice en otras pruebas, es decir, que existen imprecisiones e incoherencias en el hecho, lo que lleva a concluir que este no existió y que la menor fue manipulada por sus padres, lo que resulta evidente cuando la perito le pregunta si estaría creando una historia y se pone nerviosa y mira a su madre.

Así mismo, alega que en la imputación la Fiscalía adujo que una neurocirujana estableció que la menor tenía un retraso mental leve, lo que contradice lo percibido por el juez al aseverar que la menor padece una discapacidad cognitiva moderada, siendo dos patologías diferentes que producen reacciones diferentes en las personas que las padecen, como por ejemplo mentir, tal como sucedió con la menor en este asunto al no tener conocimiento de las repercusiones que estas acciones legales traerían para una persona. Agrega que lo cierto es que

la víctima padece un retraso mental leve con déficit de atención y mal hace el juzgado al basarse en una supuesta discapacidad cognitiva moderada para justificar las incoherencias en los testimonios.

Finalmente, arguye que la declaración rendida por la menor ante la psicóloga forense y ante el juzgado fue practicada ilegalmente, al ir en contravía del procedimiento establecido por la Ley 1652 de 2013 en su artículo 2° que adiciona el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la profesional no se encuentra entrenada o especializada en la recepción de entrevista a un menor víctima de abuso sexual, ni se evidencia que el cuestionario hubiere sido aprobado por la defensora de familia ni que la entrevista se haya tomado en una cámara Gesell o en un escenario acorde con su edad y condición, pues se hizo en juicio.

4. CONSIDERACIONES

Al no observarse causa de nulidad de la actuación procesal y verificarse que media sustentación adecuada que habilita la resolución del recurso, la Sala ejercerá la competencia que le asiste para resolver la apelación, lo cual se hará de fondo.

Aunque expresamente no se invocó motivo de invalidación del proceso, conviene hacer reflexiones sobre dos temas que tendrían entidad para hacer procedente dicha eventualidad. Nos referimos a la alegación sobre la falta de congruencia fáctica entre acusación y lo probado, y el reclamo por la

negación de una prueba que sería trascendental para demostrar que los hechos no pudieron ocurrir el 11 de noviembre de 2015, en tanto el procesado habría formulado una queja porque le estaban atribuyendo esa conducta desde una fecha anterior.

Pues bien, con relación al primer aspecto, es de precisar que, ciertamente, lo que se juzga en este proceso es si se demostró la existencia del hecho que delimitó la acusación y si está probada la responsabilidad del procesado en su comisión. En el caso, la precisión temporal es un factor identificante del hecho que no puede ser especificado simplemente por la actividad abusiva atribuida, que no permite fijar el suceso con referentes fácticos temporales, espaciales o modales que precisen su ocurrencia.

Sin embargo, el juez no desconoció el principio acusatorio que le impone juzgar solo lo acusado, puesto que consideró que se demostró que la conducta ocurrió el 11 de noviembre de 2015 y no el 11 de octubre de ese mismo año. El hecho de que tanto la madre como el padre de la menor ubicaran el enteramiento del abuso en la última fecha, lo atribuyó el juez a un problema de memoria, por cuanto a la vez que decían que el hecho había sido en octubre, eran categóricos en que, cuando conocieron del suceso, denunciaron al día siguiente y la denuncia sería del 12 de noviembre de ese año.

No obstante, no reparó el juez en que la denuncia no fue incorporada como prueba para establecer cuándo fue noticiado el hecho, ni con base en ella se refrescó memoria a ninguno de

los progenitores de la menor considerada víctima. Es cierto que la Fiscal así lo dice en una pregunta, pero lo que aseveran defensa y fiscalía al interrogar o en otras ocasiones no constituye prueba, por lo que por esta vía no quedó claramente establecida la fecha de la denuncia.

Pese a esto, de correlacionar el contenido de lo que dicen los progenitores y el entrevistador forense César Augusto Castaño González, así queda indicado, pues este último asevera que, como consecuencia del desarrollo de la ruta de atención que se presta en el CAIVAS, entrevistó a la menor el 12 de noviembre de 2015. Y aunque debe suponerse que la atención en este tipo de asuntos fue de inmediato, es un aspecto del que se desentendió la prueba de cargos.

Pero hay que distinguir entre la fecha de la revelación del suceso y su comisión, puesto que lo expuesto apenas indicaría aquella, independientemente del grado concluyente que tenga, y no esta última, cuya demostración pende de que sea admisible valorar como prueba de referencia lo dicho por la madre en el sentido de que ambas fechas coinciden y que a la vez no sea desvirtuado por lo dicho por la menor al día siguiente al entrevistador forense del CAIVAS, según lo cual la noticia del suceso no habría sido el mismo día de su ocurrencia.

Le corresponde a la Fiscalía conocer plenamente el hecho que va a atribuir y la capacidad probatoria que le asiste, de modo que en eventos en que la información con que cuenta genere incertidumbres no se precipite a comprometer su criterio en la delimitación del hecho que después le será vinculante,

dejando al azar su efectiva demostración, como veremos más adelante.

De lo expuesto se desprende que en este proceso no hay problema de congruencia porque la conducta juzgada es la misma, sino que su aspecto debatible se presenta en la demostración precisa de su ocurrencia en la fecha atribuida por la Fiscalía.

Superado este aspecto, conviene responder a la defensa que la falta de decreto de una prueba que se estima concluyente para desvirtuar la acusación no es cierta, que su alegación evidencia el desconocimiento de la realidad procesal, pues si bien inicialmente se negó la incorporación de la queja que se decía era del 9 de noviembre de 2015 —en la que se haría alusión a las reacciones del padre de la menor por el supuesto abuso—, lo que le resultaba impertinente al juez para desvirtuar la ocurrencia de un hecho posterior, ante el recurso de reposición que presentó el Ministerio Público, se decidió reponer la negación de la prueba y en su lugar incorporarla. Otro asunto es que la defensa haya omitido hacer esto último.

En esas circunstancias fue una conducta autónoma de la parte que se defiende dejar de aducir dicha prueba, causa por la cual no percibe la Sala cómo se comprometa el derecho a la prueba.

En consecuencia, examinados los dos eventuales motivos que podrían conducir a la invalidación de la actuación procesal

se concluye que no existen, de modo que cabe reafirmar la decisión de proveer de fondo en el presente asunto.

Con miras a resolver el recurso, se establecerá el acervo probatorio valorable, en el que en razón de lo dicho en precedencia no se incluirá la mencionada queja del 9 de noviembre de 2015 decretada pero no incorporada por la defensa.

Con el propósito de que sea estimada ilegal la entrevista forense la defensa arguye en su favor la omisión de cumplir con los requerimientos que para entrevistar a menores hace el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013, tales como que se practicará en una cámara Gesell, que la psicóloga tuviera el entrenamiento requerido y que el cuestionario haya sido aprobado por un defensor de familia.

De estos tres motivos, solo aparece acreditado el último, pues la utilización de la cámara Gesell no es imperativa y menos en el caso en el que no había que aislar a la víctima de su presunto victimario; la misma ley habilita en que se haga en otro lugar apropiado; mientras que la queja por la carencia de formación de la psicóloga, además de no ser cierta, no es relevante pues el que la tomó fue el investigador César Augusto Castaño González, quien también cuenta con la preparación requerida.

Ahora bien, la ausencia de que el defensor de familia controle la procedencia de las preguntas no afecta ninguna garantía del procesado por cuanto este requisito se encuentra

establecido en favor de la víctima, pues el fin es evitar su revictimización o la afectación de su dignidad o sensibilidad; por consiguiente, la omisión del requisito señalado no trasciende en afectar en modo alguno al procesado de manera que por esta razón no se excluirá esa prueba, aunque ciertamente deba ser excluida la valoración de lo dicho por la menor, así como lo que de ella escuchó la madre, el padre y la perito psicóloga toda vez que constituye prueba de referencia que no es apreciable al no haberse introducido legalmente.

Esta omisión en incorporar prueba de referencia que sería admisible por cuanto se percibe la indisponibilidad relativa de la menor testigo por su discapacidad intelectual, repercutirá en que sobre la demostración del hecho solo quedan las escasas palabras que constituyen el testimonio de la menor en juicio, lo que deja indeterminado el momento de su realización, no solo comprometiendo la demostración de la hipótesis fáctica atribuida por la Fiscalía, sino también comprometiendo la debida identificación del acusado como el abusador de la menor, pues la incertidumbre sobre la fecha le restará entidad al video para tales fines. La fragilidad de la prueba en estos aspectos conducirá a la absolución como pasa a explicarse:

A pesar de que no hay duda de que la reputada víctima merece un trato especial en favor no solo por su condición de menor, sino también por ser discapacitada, lo cual será soporte suficiente para considerar que rige el principio *pro infans*; ello no releva a la Fiscalía de incorporar la prueba requerida de sus declaraciones y en general, la requerida para acreditar los hechos que la afecten, de modo que puedan removerse y

reprimir su comisión, garantizando la debida contradicción de su contraparte, que es un aspecto esencial en la determinación de la verdad en el sistema acusatorio con rasgos adversariales como el nuestro.

La Sala seguirá lo expuesto en la providencia del pasado 9 de marzo de 2022, SP757-2022, radicación No. 54.385, con ponencia de la Dra. Myriam Ávila Roldán, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explica detalladamente las cinco formas como la Fiscalía cuenta para demostrar lo dicho por las víctimas menores de delitos sexuales, a saber:

“3.1.1. En primer lugar, la Fiscalía puede hacer uso de la prueba anticipada -artículo 274 de la Ley 906 de 2004-, la cual no solo permite adelantar, a una fase preliminar, el rito de producción probatoria, con la ventaja superlativa de obtener una versión, en principio, más fidedigna, considerando que su recaudo será más cercana a la presunta comisión de los hechos, sino que garantiza el principio de contradicción en su componente de confrontación y protege al menor de la victimización secundaria que emerge de someterlo a un sinnúmero de interrogatorios y valoraciones que pueden afectar irremediablemente su proceso de recuperación terapéutica. No en vano, la Corte Constitucional y esta Corporación han sido enfáticos en recomendar que se acuda, de preferencia, a esta forma de aprehensión del testimonio de víctimas de delitos sexuales (CSJ SP, 11 jul 2019, rad. 50637).

3.1.2. La segunda opción, habilitada por el legislador de 2013, permite solicitar, en la audiencia preparatoria, la declaración anterior como prueba de referencia admisible, en los términos del literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, caso en el cual, se prescinde, entonces, de la comparecencia del menor al juicio, circunstancia que salvaguarda al niño o adolescente de la referida revictimización, pero reduce el peso demostrativo de su exposición previa.

3.1.3. La tercera vía permite presentar al niño en el juicio oral, a fin de que rinda su testimonio, con las formalidades propias del interrogatorio cruzado, lo cual demanda que el menor se encuentre verdaderamente disponible para responderlo, garantizando la satisfacción del postulado de confrontación.

3.1.4. La cuarta posibilidad se inscribe en el escenario de que el niño sea llevado al juicio, se encuentre disponible para absolver las preguntas de las partes, pero sus declaraciones anteriores sean incompatibles con las manifestaciones vertidas en el debate oral, ocasión en la que cabe acudir a la figura del *testimonio adjunto*.

En este escenario, no basta con que el pequeño se retracte total o parcialmente en la audiencia pública de juzgamiento de las acusaciones previas realizadas, *verbi gratia*, en la denuncia, las valoraciones sexológicas, psicológicas o psiquiátricas, o en las entrevistas forenses, para que el fallador pueda echar mano de los contenidos suasorios que se desprenden de tales exposiciones previas.

Se requiere que la incoherencia entre lo vertido en el testimonio y lo narrado con anterioridad sea puesto de presente por la parte interesada, de modo que se habilite la lectura por parte del órgano de prueba –el menor- del apartado respectivo, se garantice la oportunidad de confrontarlo con la inconsistencia detectada y en el marco del interrogatorio cruzado se obtenga una respuesta que pueda ser cotejada por el juzgador, de cara a las aserciones anteriores del testigo. El deponente, en ese orden, debe estar disponible física y funcionalmente y, por supuesto, la parte interesada debe solicitar la introducción de los contenidos probatorios respectivos, bajo la modalidad de testimonio adjunto y su contraparte debe contar con la oportunidad de ejercer las oposiciones de rigor (CSJ SP934-2020, rad. 52045, reiterado en CSJ SP 1875-2021, rad. 55959).

3.1.5. En la quinta hipótesis, el ente acusador opta por obtener el testimonio del menor en el juicio, pero, una vez allí, es decir, de manera sobreviniente, el niño se niega categórica o parcialmente a responder el cuestionario de las partes, porque, por ejemplo, hay evidencia demostrativa de que ha sido

coaccionado o manipulado para resistirse a rendir la declaración, o no logra absolverlo a cabalidad debido a su corta edad, su condición mental u otra situación equivalente que impida ejercer la controversia probatoria, caso en el cual sus versiones anteriores son admisibles, a condición de que sean tenidas como prueba de referencia (CSJ SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; CSJ SP934-2020, may. 20, rad. 52045; CSJ SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras). (Subrayas del Tribunal)

3.1.5.1. Sobre el particular, desde la sentencia CSJ 28 oct. 2015, rad. 44056, la Sala viene sosteniendo que, en aquellos eventos en que el niño que declara en el juicio exhibe cierta dificultad para relatar los hechos *-verbi gratia*, ante el sometimiento a procesos terapéuticos enderezados a superar los traumas causados, la edad de la víctima, los procesos de estrés postraumático, etc., que puedan intensificar el riesgo de revictimización-, se genera una indisponibilidad relativa del testigo, que habilita escudriñar sus versiones anteriores, a la manera de prueba de referencia admisible...”

En este caso, la Fiscalía optó por hacer comparecer a la víctima, la que en el desarrollo de su exposición ofreció serias dificultades para comunicarse como que responde con meras palabras escuetas, sin circunstancias o hacer narraciones o descripciones de eventos, y fue incapaz de responder algunas preguntas que obligó al juez a intervenir para que no respondiera. En estas condiciones era palmario que la testigo no estaba enteramente disponible, aún sin considerar las dificultades de ubicarse temporal y espacialmente.

Sin embargo, la Fiscalía no percibió esa circunstancia o no le dio trascendencia a que, al haber atestiguado la menor, le quitaba el carácter admisible de sus declaraciones anteriores como prueba de referencia puesto que en principio solo servirían para refrescar memoria, impugnar credibilidad o

aducirse como testimonio adjunto, en tanto era menester que ella misma diera cuenta de lo que había expuesto en ocasiones pasadas.

Entonces, como a todas luces se percibe la indisponibilidad de la niña para dar cabal cuenta de sus versiones anteriores, si se pretendía que estas tuvieran efectos probatorios era imprescindible que se incorporaran, para lo cual la jurisprudencia ha precisado los requisitos:

“En efecto, ha precisado la jurisprudencia (CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153) que, para la incorporación de las declaraciones anteriores, se deben acatar unos protocolos de procedibilidad, consistentes en i) descubrir las versiones previas oportunamente, junto con los medios de prueba a través de los cuales se pretende aducirlas, ii) solicitarlas en la audiencia preparatoria como prueba de referencia -identificando las cualidades de pertinencia, conducencia y utilidad respectivas y precisando el instrumento probatorio mediante el que serán introducidas en el juicio, así como la circunstancia excepcional de admisibilidad (artículo 348 de la Ley 906 de 2004)-, o de ser el caso, en la audiencia pública de juzgamiento, si es que la circunstancia de indisponibilidad sobreviene en dicha diligencia, oportunidad en la que *«deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente»*, previo traslado a la parte contraria para que objete o admita su incorporación.

Estas reglas, ha sostenido reiteradamente la Corte. (CSJ SP1875-2021, rad. 55959), cumplen el propósito esencial de garantizar que la contraparte ejerza el derecho a oponerse a la aducción de una prueba que, en esas condiciones, vendría eventualmente a restringir el derecho a la confrontación, así como brinda completa claridad acerca de cuáles son los medios de prueba que integran el plexo probatorio y que irán a ser objeto de valoración por parte del juzgador, lo cual es fundamental en un sistema de partes, habida cuenta que permite diseñar y ejercer una estrategia defensiva óptima.

3.1.5.2. La necesidad de satisfacer el citado protocolo de introducción de las versiones anteriores fue recientemente reiterada en sentencia CSJ SP2213-2021, rad. 53239 - también en CSJ SP934-2020, rad. 52045-.

En aquella oportunidad, aplicando las reglas fijadas en la sentencia CSJ SP3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587, se advirtió que, el acogimiento de la presunta víctima menor de edad de un delito sexual al privilegio de no incriminar a sus parientes cercanos –artículo 33 de la Constitución Política- estuvo mediado por un contexto de maltrato sistemático, lesivo de la autonomía de la voluntad, lo que dio paso preliminar a la admisión de las declaraciones previas de la presunta ofendida, a título de prueba de referencia, por vía de la causal consagrada en el literal b) del canon 438 de la Ley 906 de 2004, en tanto la decisión de no declarar contra su familiar estuvo viciada por presiones del acusado.

No obstante, al tiempo, se insistió en la necesidad de cumplir con las reglas para la incorporación de la prueba de referencia. Y es que, aunque se encontraba acreditada la indisponibilidad de la presunta víctima, con ocasión de la opresión ejercida por el procesado sobre su grupo familiar y concretamente sobre la afectada, la fiscalía omitió solicitar la aducción de las declaraciones anteriores de la menor como prueba de referencia, de modo que no agotó el procedimiento previsto para su introducción, por lo que la Corte concluyó que no se le dio a la defensa la oportunidad de ejercer el contradictorio frente a esas versiones previas y, en consecuencia, fueron excluidas del acervo probatorio¹.

Lo anterior significa que, en el actual estadio jurisprudencial no solo es imprescindible que aparezca evidente alguna situación de indisponibilidad del menor presunta víctima de abuso sexual para rendir declaración en el juicio, como lo es, la generada por presiones indebidas extrínsecas al niño, sino que debe cumplirse el rito de aducción de sus versiones previas, como prueba de referencia admisible, en tanto acto de parte, lo cual garantiza el equilibrio adversarial, cuyo sustento se encuentra en el principio de igualdad de armas. (Subrayas del Tribunal)

¹ En este sentido, ver también -CSJ SP934-2020, rad. 52045

Pues bien, lo cierto es que la Fiscalía omitió la incorporación de las versiones pasadas de la niña, agotando el protocolo requerido o cuando menos, advirtiendo que se haría valer como prueba de referencia, de manera que activara los derechos de contradicción de la defensa para que pudiera ser valorada porque la aplicación del principio *pro infans* presupone dejar a salvo el derecho de contradicción de la contraparte², que es el eje esencial del modo como se adjudica el derecho en el sistema acusatorio adversarial.

De esta manera queda en la indeterminación no solo cuándo ocurrió el suceso al que alude la menor en su atestación, sino que también no se corresponde con la conducta atribuida en la acusación pues se limita a uno diferente de tocamiento con las manos los senos, lo que de alguna manera se debe a la pregunta sugestiva de la defensora de familia que le pregunta a la niña sobre que partes íntimas le tocaron. Pero estos aspectos no dejan de mostrar un abuso sexual que pudieron ser recogidos de mejor forma en la acusación para cubrir la indeterminación temporal.

Al margen de este aspecto, lo que queda en la indeterminación es cuándo se presentó el abuso, puesto que su noticia sería un hecho del que conoce directamente la progenitora de la víctima; esta indeterminación acentuará las dificultades de prueba sobre la identificación del acusado como

² “Hemos señalado ya que «en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado”. (...) (Subrayas del Tribunal) (Corte Constitucional C-117/2014)

el responsable del abuso; aspecto que había cuestionado la defensa en la sustentación del recurso con base en que la menor sostiene que a quien sindicada como su abusador, Gustavo, vive “afuera”, entendiéndolo el apelante a que se refiere afuera de la unidad residencial, a lo que agrega que también la menor especifica que fue lejos “lo que claramente demuestra que mi representado no es la persona a quien señala la menor”.

Desde luego que la demostración de la identidad del responsable de la infracción del ordenamiento penal no está reducida a sus datos personales que, según el ordenamiento legal, dan cuenta de su identificación legal, sino que también tiene que mediar la prueba que demuestre que esa persona y no otra con la que pudiera ser confundida, fue la que realizó la conducta punible atribuida.

Precisamente, en la prueba de este último aspecto revela deficiencias de litigación la Fiscalía, pues recibido el testimonio de la menor que está caracterizado por su parquedad y carencia de efectuar descripciones circunstanciadas de los hechos, explicable por su retraso mental diagnosticado y notorio, solo da cuenta de que su agresor sería Gustavo, sin que pudiera brindar datos que permitan entender que se refería a Gustavo de Jesús Deossa Torres.

En efecto, la menor da los siguientes datos de su agresor: quien la tocó con las manos en sus senos sería Gustavo; lo hizo en la casa de él, aunque no puede precisar en qué lugar de dicha residencia en la que existen mascotas como perritos; se encontraba de pie en ese momento y era de noche; Gustavo es

un conocido, vive afuera y lejos, sin poder decir porqué estaba en esa casa, pregunta que ante el silencio de la testigo el juez intervino para relevarla de responder diciendo que dejaran así, como también lo había hecho en anterior oportunidad cuando la testigo no supo precisar en qué lugar de la casa se habría presentado el suceso.

Aunque la tesis de la defensa es que cuando la menor con retraso mental asevera que los hechos fueron afuera se refiere a que serían afuera de la urbanización, la Sala no podrá aceptar esta conclusión por cuanto es la misma testigo la que se encarga de desmentirlo, al precisar que ello ocurrió en El Remanso, que es el nombre de la urbanización donde habitan la menor y el justiciable.

Por consiguiente, no puede considerarse demostrado que la menor haya señalado a otro Gustavo; pero lo cierto es que, si se examina la prueba con rigor, tampoco es posible considerar probado que se haya referido a Gustavo de Jesús Deossa Torres, en tanto ninguno de los datos aportados sobre Gustavo permiten con alguna solidez establecer que se refiere al procesado.

En efecto, no conoce el apellido de su victimario, no precisa cuál es su casa a la que algunos testigos identificaron por el número, no se le pidió que reconociera a su agresor presencial o fotográficamente, y los datos sobre que tiene perritos no es suficiente para aceptar como fundado el señalamiento al acusado, toda vez que la testigo Ana Isabel Aguirre Jiménez da cuenta de que el acusado tiene sola una

perrita de nombre Cata. Pero, en todo caso, se dejó de descartar que tanto en la urbanización como vecinos próximos no hubiera otras personas que se llamaran Gustavo.

Como habíamos advertido, la Fiscalía omitió darle el trámite para aducir como prueba de referencia lo que hubiera dicho la niña a su madre, padre, sicóloga y entrevistador; pero, además, lo cierto es que del contenido de lo expuesto por ellos tampoco se extraen datos que permitan establecer inequívocamente que el sindicado era el procesado.

Efectivamente, no hay duda alguna de que la madre y el padre de la afectada tienen por cierto y seguro que el abusador es el procesado; sin embargo, la Fiscalía perdió de vista que en estos eventos importa tanto lo que se dice como la razón o ciencia del dicho, que es lo que permite evaluar que la apreciación de los progenitores en lo que al punto en discusión concierne esté suficientemente fundada, cuando menos para descartar el error o la suposición.

Ni tangencialmente se les indagó por qué conocían o entendían que el abusador de su hija era el Sr. Gustavo de Jesús Deossa Torres, de manera que se pudiera descartar cualquier confusión al respecto.

Igualmente, tanto el entrevistador de la Fiscalía como la psicóloga no mencionan datos que permitan conocer que la niña se refería al procesado como su abusador. En efecto, según el entrevistador la niña le dijo que se llevaba mal con un vecino de nombre Gustavo y que le chupó los senos; sin que esta

información haga indubitable el señalamiento al acusado; mientras que la última da cuenta de que en la entrevista del primero se dice que la niña dijo que le había contado a la madre del abuso un día distinto al del suceso.

Entonces, sin prueba del día del abuso pierde valor probatorio el video de los parqueaderos e instalaciones de la unidad residencial en el que se ve a la niña y al parecer al procesado —aunque no juntos ni hablando— y no podría ser utilizado como indicio concluyente de que la menor se refiere al acusado.

En efecto, aunque en el video se percibe a la joven correr, también se muestra que desaparece su imagen del video a las 16 horas 2 minutos y 36 segundos del día 11 de noviembre de 2015 en la zona en la que queda ubicada la casa del procesado, que es especificada por el administrador de la unidad como 11-09 —que es quien describe y explica las imágenes de video que fueron tomadas de varias cámaras—, para volver a aparecer a las 16 horas 5 minutos y 16 segundos por un parqueadero de motos sobre el cual explica el administrador queda cerca de la casa contigua del acusado, esto es, la 11-10, por lo que estima que la niña gastaría cerca de 10 segundos en recorrer esa distancia. Así, entonces, se colige que existiría apenas una disponibilidad de menos de 2 minutos y medio para realizar las actividades que se atribuyen ese día, entre las cuales se encuentra recorrer el camino que faltara para ingresar a la vivienda de Gustavo Deossa, que este le diera las galletas a la menor y abusara de ella, naturalmente que asumiendo que esto hubiera ocurrido.

Ahora bien, se podría objetar que la versión que la niña le da a la madre se revela como espontánea porque le había informado que las galletas se las habría dado Gustavo y que este le habría chupado los senos; no obstante, como ya se había dicho, además de que no fue introducida como prueba de referencia admisible, se sabe que la joven tiene problemas de ubicación temporal, por lo cual faltaron explicaciones para que pueda considerarse fundadamente porqué sí puede tener una adecuada rememoración de situaciones recientes; o descartar de que la revelación de la menor se hiciera en ese momento y el abuso con anterioridad, que es la versión que le habría dado el 12 de noviembre de 2015 al entrevistador forense la niña.

Nótese que la utilización de expresiones contradictorias de la menor para evidenciar la falta de demostración de la conducta delimitada en la acusación no podrían ser objetadas por no ser prueba de referencia admisible, puesto que lo dicho en declaraciones pasadas, así no ingrese como prueba, podría cuestionar o reafirmar la credibilidad por la vía de la demostración de que se mantiene las versiones o se reiteran o, por el contrario, son desmentidas por las propias palabras de la testigo; aspecto sobre el cual no hay déficit de contradicción, menos en este caso que lo invoca la defensa.

En su atestación, la psicóloga Lady Paola Gómez Díaz da cuenta de que la niña no tiene claridad en cuanto a espacio y tiempo, pero sí en las personas, lo cual podría ser decisivo para la atribución de la responsabilidad del procesado; sin embargo, se trató de una mera aseveración que no fue fundamentada de

manera que permita establecer cuál es la razón de esa distinción.

En suma, las debilidades probatorias señaladas impiden considerar que la Fiscalía cumpliera la carga de la prueba en demostrar que la conducta delimitada en la acusación existió y que la persona responsable sea el acusado, lo cual será motivo suficiente para absolverlo de los cargos formulados y revocar la condena y con ella la orden de captura.

Aunque no consta que esta última se hubiera expedido y no se ha reportado que se haya hecho efectiva, en orden a precaver dicha posibilidad, se dispone que, de haberse hecho, se cancela la orden de captura y, de estar el procesado aprehendido en virtud de este proceso, se dispone su liberación inmediata, siempre que no sea requerido por otra autoridad, de lo cual se dejará expresa constancia en el oficio respectivo. Esta orden se cumplirá una vez sea suscrita la providencia por la Sala, así no se haya dado lectura a la decisión.

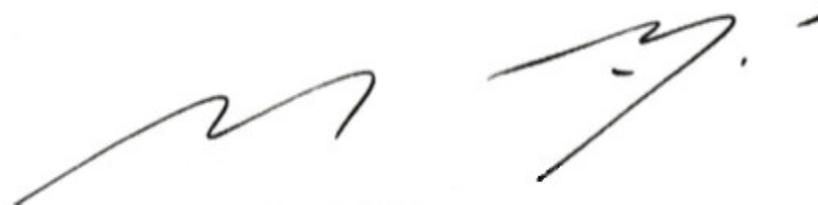
En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Revocar la sentencia condenatoria recurrida y, en su lugar, absolver al señor Gustavo de Jesús Deossa Torres del delito de actos sexuales con menor de 14 años atribuido.

Se revoca la orden de captura y, de haberse expedido, se ordena su cancelación y, en el caso de haber sido efectiva, se dispone la liberación del procesado, siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial por otro asunto, de lo cual se deberá dejar expresa constancia en el oficio respectivo.

Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO