



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00207 2018 01697
DELITOS: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo
PROCESADO: NESTOR JERÓNIMO VERGARA MARTÍNEZ
PROCEDENCIA: Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación sentencia absolutoria
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Tema: Retractación en juicio – Valoración probatoria
Sentencia Nro. 43
Aprobada Acta Nro. 251

Medellín, once (11) de noviembre de dos mil veintidós

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado y sustentado oportunamente por la delegada de la fiscalía, en contra de la sentencia del dos (02) de junio de dos mil veintiuno, por medio de la cual, la juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, absolvió a **NESTOR JERÓNIMO VERGARA MARTÍNEZ** de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, que le fueran enrostrados por el ente acusador.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación, desde el año 2016 hasta agosto de

2018, en la vivienda familiar ubicada en la calle 80 B Nro. 54 B 11, apartamento 301 del barrio Moravia el Bosque de esta ciudad, la menor L.V.U. quien para esas fechas tenía entre seis y siete años de edad, se quedaba a solas en la cama, se dice que viendo una novela, con su padre **NESTOR JERONIMO VERGARA MARTINEZ**, quien realizaba en el cuerpo de la niña, tocamientos libidinosos, con sus manos y dedos, en la vagina y nalgas de la pequeña, le exhibía a la menor sus partes íntimas, la ponía a que le tocara el pene, lo que, se afirma, ocurrió muchas veces.

Se plasma que, en una oportunidad, cuando estaban viendo la novela La Piloto, estando el acusado acostado la sentó de espaldas a él sobre su pene y lo rozaba en sus nalgas, realizando movimientos sexuales adelante y atrás; tocamientos que se presentaron cuando la madre salía de la habitación a otras partes de la casa, habiendo sido advertida la menor por el padre que no contara lo sucedido a la progenitora, porque *le pegaba muy duro y lo echaba de la casa.*

Se consigna, que, pasados unos días, en una actividad escolar sobre abuso sexual, la menor reveló los hechos inicialmente a una tía suya de nombre Luz Dary, que es profesora en su escuela, luego a la psicóloga Lili de la Institución Educativa, quienes alertaron a la madre de la niña, la llevaron al médico y allí se activó el *código fucsia.*

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias del veintiocho de febrero de dos mil diecinueve, ante el Juzgado Catorce Penal Municipal de Medellín, se legalizó la captura del indiciado y le fue comunicado a **NESTOR JERÓNIMO VERGARA MARTÍNEZ** que estaba siendo investigado como

presunto responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 209, 211 numeral 5 y 31 del Código Penal), sin que aceptara responsabilidad penal por tales sucesos.

Se le impuso, ante petición de la delegación fiscal, medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El veintiséis de abril de dos mil diecinueve, la fiscal 114 Seccional CAIVAS, delegada ante los jueces penales del circuito de Medellín, presentó escrito de acusación en contra de **VERGARA MARTÍNEZ** señalándolo como probable responsable de los delitos por los cuales se le reformuló la imputación, proceso que correspondió por reparto al Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín.

Ante ese despacho se llevó a cabo la formulación oral de la acusación en audiencia del diez de mayo siguiente; la preparatoria se materializó el veintidós de agosto de ese año.

El juicio oral tuvo su inicio el quince de octubre de dos mil diecinueve, continuándose en sesiones del veintiuno de octubre y dos de diciembre; veinte de agosto, diecinueve de octubre, primero y tres de diciembre de dos mil veinte, fecha última en la cual se presentaron alegatos de conclusión y se anunció sentido de fallo absolutorio.

El dos de junio de dos mil veintiuno, se dio lectura de la sentencia, contra la cual la delegada de la fiscalía y el representante de víctimas, interpusieron el recurso de apelación, siendo

sustentado solo por la primera.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El dos (02) de junio de dos mil veintiuno, la Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, profirió sentencia en la que desestimó los cargos que fueron lanzados en contra del acusado por parte de la Fiscalía General de la Nación, tras considerar que existe una duda razonable que debe resolverse a favor de **NESTOR JERONIMO VERGARA MARTINEZ**, afirmando que la menor L.V.U. en juicio oral, varió la versión que había ofrecido durante la investigación, por lo que fue necesario la incorporación de la entrevista anterior como testimonio adjunto, dado que se retractó de la incriminación hecha en contra del procesado.

Señaló que más allá de las razones que ofreció la menor para esa falsa incriminación, al revisar de manera detallada la declaración inicial, no resultan convincentes los dichos plasmados en aquella ocasión, resaltando que si bien el hecho de que usara un tono bajo de voz podía ser la representación de la vergüenza que acompaña a la víctima por el abuso, también puede ser diciente de la falta de veracidad de sus dichos, de lo difícil que era para ella sostener una mentira y repetir, una vez más, un hecho falso.

Dijo que, en el caso, se tuvo la oportunidad de auscultar un poco la personalidad de L., y observar la actitud durante esa declaración cuando hablaba de otros temas; se percibió que es espontánea, fluida, conversadora, pero en el CAIVAS, ni siquiera quería hablar del hecho por el que estaba rindiendo aquella entrevista, y así se lo dijo a la psicóloga en dos oportunidades, lo que hace dudar de la verdad de la incriminación

Resaltó que la declaración de la menor en esa primera oportunidad, se escuchó como un relato mecánico, era evidente su incomodidad al momento de hablar del tema por el que fue entrevistada, tanto que, cuando se le hicieron preguntas que pretendían reafirmar sus dichos, reiteró que no quería hablar sobre el tema y se limitó a responder en monosílabos sin descripción y en la mayoría de los casos, limitarse a asentir o negar con la cabeza, observándose sumamente nerviosa, llegando a morder su camiseta, fue poco expresiva, a veces con respuestas inaudibles, tapándose la cabeza y su boca con las manos, incluso llorando y por el contrario cuando se le preguntó de sus gustos, actividades, familia y colegio, se mostró sumamente expresiva, conversadora y narrativa.

Expresó que en la audiencia de juicio respondió de manera contundente, no saber si diciendo la verdad su padre saldría de la cárcel y también que no se sentía culpable de que estuviera privado de la libertad, lo que pone en evidencia que no tiene ánimo de favorecerlo, pues desconoce incluso si haciéndolo cesa la privación de la libertad de su progenitor.

Expone que al momento en que le dijo a su madre que la incriminación en contra de su padre no era cierta y que Nelson en esa época no estuviera privado de la libertad, resulta de suma relevancia, pues pone en evidencia que su interés con la retractación de modo alguno es evitarle la reclusión o que la causa de la variación fuese algún sentimiento de culpa al respecto.

Y si bien, dice la juez, no se puede afirmar con certeza que son ciertas las razones que ofrece L. para haber mentido, señalando a su tía como la persona que la indujo a incriminar a su padre,

lo cierto es que sí se encuentra una situación familiar que pudo llevar a que la menor faltara a la verdad.

L. reconoció que para el momento en que mintió estaba enojada con su padre porque había hecho sufrir mucho a su madre y que ésta se encontraba muy afectada emocionalmente por hechos de infidelidad de NESTOR JERONIMO, lo que notoriamente perturbó la niña, pues se percibió que sentía un amor inmenso por su papá y así lo corroboró la madre quien refirió la afectación de la menor y que aquella se sentía muy dolida con él.

Además, indicó, los dichos de la madre se encuentran sólidos y francos, con naturalidad describió que su hija le había manifestado que había dicho una mentira, que no la quiso escuchar y su hija se enojó; luego la menor insistió en decirle la verdad, y le confesó que había mentido sobre el hecho de que su padre la tocaba, mostrándose asombrada la testigo, porque ella le había creído a su hija al principio y nunca pensó que L. tuviese esa capacidad de mentir.

Por ello concluyó, no se encuentra que la retractación de la menor esté fundada en razones para inferir que fuera falaz, no se apreciaron amenazas, intimidaciones, o cualquier tipo de situación que pudiese menguar su libertad y voluntariedad al respecto.

Argumentó que existen otros aspectos que no permiten construir el conocimiento más allá de toda duda razonable que demanda la emisión de una sentencia condenatoria tales como:

1. La escasa narración que hizo la menor en el CAIVAS, que resulta inconsistente con lo relatado ante la Médica Legista, la psicóloga Liliana María y a su madre, sobre aspectos sustanciales.

2. Las inconsistencias respecto a la forma de la revelación de los hechos, conforme lo narrado por la tía Luz Dary Urrego y la Defensora del Pueblo, Liliana María Restrepo, cuyos dichos se contraponen entre sí; tanto que no se pudo establecer ante qué persona la menor L. hizo la revelación inicial respecto a los presuntos abusos, si a su tía en la oficina o a la Defensora del Pueblo luego del taller de sensibilización.

3. Las valoraciones médicas no evidenciaron de manera concluyente, rastros de los hechos.

4. No se acreditó en términos razonables que el acusado tuviera la oportunidad de cometer el hecho delictivo. Conforme fueron narrados por la víctima, requerían un espacio de intimidad, que la distribución y conformación de la vivienda donde, se dice, ocurrían, no puede ofrecer y aunque se mencionó que NESTOR aprovechaba para realizar los tocamientos en los momentos que Yuli salía de la habitación por alguna razón y la abuela se encontraba en otro espacio de la casa, no resulta razonable pensar que esos fugaces momentos, daban la intimidad suficiente para la realización de actos de la naturaleza que se endilgan al acusado.

5. Si bien la tía Luz Dary refirió que su madre Ana Libia le manifestó que había visto cosas raras con la niña, que el papá la mordía, la acariciaba y terminaba con erecciones en el baño, y que su tío Gustavo le había comentado meses atrás que había visto a Néstor tocándole la vagina a la niña por encima de la ropa, ello no es creíble, de un lado porque Ana Libia lo negó categóricamente en su declaración y si

bien se indicó que lo vio tener una erección en el baño, no es posible que lo hiciera en ese espacio de intimidad; además, si Luz Dary fue alertada por la madre, no había razón para que se quedara completamente pasiva, y ante la revelación de la menor, pensara que era el tío de L. y no el padre, cuando ya se le había insinuado algo respecto a que era el abusador.

Concluyó, que analizados los dichos iniciales de la menor y aquellos plasmados en la retractación, de manera conjunta con otros elementos de juicio allegados al debate, no es posible construir el conocimiento necesario para emitir sentencia de condena en contra del acusado, imponiéndose su absolución.

DE LA APELACIÓN

Culminada la lectura de la sentencia, la delegada de la FGN recurso de apelación que sustentó en el término legal.

Manifiesta, que la juez de primera instancia, incurrió en una indebida valoración de la prueba y concluyó que existía una duda razonable, ante la retractación de la menor en el juicio oral; aunque reconoce que no hay fundamentos para determinar que su tía Luz Dary fabricó esa mentira o que se hubiese acreditado que tuviese motivo alguno para hacerlo.

Anota que pese a que la A quo indicó que la primera versión no es verosímil, dado que en el lugar de los hechos estaban varias personas en un espacio pequeño lo que hace completamente inconcebible que se presentaran los tocamientos; lo cierto es que según lo expresado por la víctima, los tocamientos se daban de noche en la habitación donde dormían los padres con la bebé, en un

colchón en el piso, cuando la mamá salía de la habitación para otros lugares de la casa, y cuando la abuela ya se encontraba en la habitación, propiciándose entonces, ese escenario donde padre e hija quedaban a solas en ese lugar, en horas de la noche, teniendo el tiempo y oportunidad para la comisión de delito.

Anota que la abuela de la menor, Ana Libia Céspedes, corrobora que cuando Néstor llegaba a la casa luego del trabajo compartía tiempo con L. se recostaban en el colchón de la habitación de ellos a ver televisión y la madre Yuly también refirió la existencia del colchón donde dormía su pareja y se recostaba a ver TV, y admitió que por momentos no estaba en la habitación porque iba a preparar los teteros y la abuela dormía en una habitación independiente.

Aunque para la A quo resulta ilógico que los hechos ocurrieran cuando podía ser visto, esta apreciación no se corresponde con lo que la experiencia enseña, esto es que en este tipo de delitos en los que los abusadores cuentan con la confianza de sus familias y conocen la rutina familiar, saben los momentos precisos en que pueden no ser vistos y se cuidan de tener a la víctima advertida de no contar, como en este caso.

Y si bien para la juez de primera instancia, no era posible que se presentaran los tocamientos, así fuesen de manera fugaz, para la recurrente, no solo podían tener ocasión aquellos que así se hacían, sino también los que requerían más tiempo, dado que la abuela estaba en su habitación y la madre preparando los alimentos, en la cocina,; sobre todo si se tiene en cuenta que en la mayoría de casos, los menores son víctimas de abuso sexual en sus propias vivienda y estando allí otros miembros de la familia.

En lo atinente a la argumentación de la A quo, sobre los tocamientos, consistente en que inicialmente la menor habló de un solo hecho y luego de varios; expone que la versión respecto a la multiplicidad de actos durante los años 2016 y 2018, se mantuvo ante la psicóloga del colegio, la tía, la médica legista y ante quien se activó el código fucsia.

Refiere que, en la entrevista inicial, la niña estaba asustada pues había revelado hechos sobre los cuales el propio abusador le había advertido que, si lo hacía la mamá le iba a pegar y a él lo echaba de la casa, lo que la niña no quería, pues no solo sabía la manera como la castigaba su madre sino que sufrió por la reciente separación de sus padre y no quería volverlo a vivir.

Así, pese a su temor y llanto, la menor fue espontanea al expresar los tocamientos de su padre, y el temor de que le hiciera lo mismo a su hermanita, la manera como la miraba cuando le cambiaban el pañal, el dolor o ardor que sentía cuando su padre la tocaba duro y cómo percibió un flujo amarillento en su parte íntima en la fecha en que esto sucedía; dio suficientes detalles, que no solo permiten precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos, sino sobre la responsabilidad del acusado; además se dio, cuando la menor se sentía protegida por su tía al estar bajo su custodia y aquella no estuvo presente señalándole lo que tenía decir.

Expresó que la psicóloga entrevistadora, indicó que el llanto de la menor en la entrevista demuestra su estado anímico y corresponde con que afirmara que sentía mucha tristeza en el momento en que hablaba del abuso, además de la angustia que sentía por la hermanita porque no le gustaba que le cambiaran el pañal delante

de su padre; sin embargo, la A quo estimó que el llanto era porque estaba mintiendo.

Su comportamiento en juicio era apenas obvio, si se tiene en cuenta que se trata de una pequeña que pudo volver a su hogar, visitaba a su padre con frecuencia en la cárcel y, por tanto, sus progenitores tuvieron la oportunidad de manipular su testimonio a su favor, y crear en su mente la idea de que todo lo que había dicho inicialmente era un invento de la tía.

Adicionalmente la amenaza que el padre le hacía a la menor, de que la madre le pegaba si contaba, tenía pleno fundamento, pues no solo Yuly admitió que era ella quien imponía los castigos a la menor, sino que a veces utilizaba el castigo físico como lo corroboraron Luz Dary Urrego y la abuela; entonces, si bien no se demostró que el maltrato fue el motivo de la retractación, si ejercía en la menor un poder alto que la llevaba querer tener a la madre contenta, no enojada, y propiciaba la complacencia por un cambio de versión.

Anota que la víctima se mantuvo en su versión inicial ante las diferentes profesionales que la atendieron, y Daniela Quinchía Jaramillo, la médica que inició el código fucsia, al examen observó eritema en parte vaginal y flujo blanco fétido, eritema que podía ser producido por tocamientos e introducción de dedos o a consecuencia de infección en la vagina, hallazgos que permitían sospecha de abuso sexual.

Incluso la psicóloga del colegio, Liliana María Restrepo dijo que, luego de dictar el taller de abuso sexual, la menor se acercó a ella y le manifestó los tocamientos que le hacía su padre,

donde evidenció que estaba asustada, nerviosa, por lo que le transmitió la información a la rectora y habló con la madre de la menor, quien no la quiso escuchar negando en todo momento la situación. Ese día conversó con la psicóloga del colegio Luz Dary, a la que vio muy descompuesta por el tema y reaccionó con mucha tristeza, pero las acompañó en el proceso inicial, la menor L. le pedía que no llamaran a la mamá porque le pegaba, y la percibió con mucho miedo.

Entonces como creer que su tía Luz Dary la obligó a revelar los hechos en el colegio, cuando quedó demostrado que ésta no estuvo en el momento en que L. relató el abuso a la psicóloga Liliana, como tampoco ante la entrevistadora del CAIVAS y las médicas que la atendieron, donde la menor brindó suficientes detalles de lo que acaeció y aunque la madre indicó creer que la testigo fue influenciada por la tía, con quien últimamente no tiene buena relación, esa afirmación carece de fundamento y de respaldo probatorio en el juicio oral.

Concluyó, no se puede indicar que la afirmación inicial de la menor en la entrevista forense carece de poder suasorio, por el contrario, brinda suficientes detalles que permiten establecer que no se está frente a una invención de la menor o que fue fruto de una manipulación para mentir. Pese a su edad para el momento de la primera versión, fue rica en detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que solo puede ser fruto de vivencias; soportada en el resto de la prueba practicada en la vista oral, que respaldan su existencia y la responsabilidad del acusado en su realización.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar a VERGARA MARTINEZ, por los delitos que le fueron endilgados.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2.004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son las competentes para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas por la Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este evento se ajusta entonces a la previsión legal pues la providencia sometida a nuestro conocimiento fue proferida por la Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, despacho adscrito a este distrito.

Hay, en nuestro criterio sustentación suficiente, para que podamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, siendo límite de nuestra intervención, conforme a la técnica del recurso, los aspectos cuestionados por la recurrente.

Adentrándose la Sala en la cuestión de fondo, del análisis del contenido de la sentencia y de los argumentos planteados por la delegada de la fiscalía, el problema jurídico a resolver, consiste en establecer si con la prueba recolectada, en especial con lo expuesto por la menor L.V.U. ante la psicóloga forense que la entrevistó, en la que señaló a **NESTOR JERÓNIMO VERGARA MARTÍNEZ** como el autor de las conductas sexuales en contra de su integridad, libertad y formación sexual, pueden o no fundamentar el fallo de condena, teniendo en cuenta que en la vista oral se retractó de lo manifestado en aquella primigenia oportunidad, indicando que todo fue una mentira.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala realizará un breve preámbulo respecto a la valoración que debe efectuarse cuando un testigo se retracta en juicio de sus declaraciones iniciales, el análisis del testimonio adjunto, la prueba de corroboración periférica, para posteriormente analizar el caso concreto.

El tema de la retractación del testigo ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia:

“(…) Es que ni siquiera la retractación del testigo, como lo ha expresado la Sala, es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo que ha sostenido en sus afirmaciones precedentes, o que conduzca a su descrédito total, sino una circunstancia que debe llevar al establecimiento del motivo de las versiones opuestas, el cual debe ser apreciado por el Juez para determinar si le otorga credibilidad a alguna de ellas y con qué alcances, naturalmente teniendo en cuenta las demás pruebas del proceso.”¹

Con igual cometido, ha precisado que no es necesariamente viable otorgar mérito a la primera o a la última de las declaraciones entregadas por un testigo, sino que mediante un proceso lógico **se debe escoger la que involucre contenidos de credibilidad verificables a través de otros medios de convicción**, lo que además se logrará determinando cuál fue la causa racional para que el deponente se apegara o faltara a la verdad en uno u otro momento. Dijo al respecto la Corte:

“(…) no es verdad que constituya práctica judicial, en eventos de varias intervenciones de un mismo testigo, considerar como verídica siempre la primera cuando resulta contraria a las posteriores ampliaciones. Lo insistentemente sostenido en tales casos por la pedagogía jurisprudencial es que el funcionario no puede a priori descartar una u otra narración, sino que está en el deber de auscultar, con observancia de los parámetros atrás aludidos, el porqué del cambio o modificación de la versión, y en cuál de éstas lo asegurado resulta cierto o verosímil, ejercicio en el que es determinante la corroboración que encuentre el relato con datos objetivamente constatados a través de otros medios de prueba legales y debidamente incorporados en el proceso.”² (Subrayas ajenas al original).

Esta postura incluso es avalada por la ciencia psicológica, la cual indica que para determinar cuál es el relato creíble, es del caso apoyarse en elementos externos al testimonio inicial y su retractación. Sobre el particular, se afirma:

¹ Cfr. sentencia de la Sala del 25 de mayo de 1999. Radicación 12.885.

² Cfr. sentencia del 2 de febrero de 2011, radicación 26.347.

"En los casos de falsas confesiones la retractación es honesta. También es honesta la retractación de un testimonio inicialmente falso. Pero ¿cómo se puede saber cuándo es falsa una acusación y cuándo lo es una retractación? En realidad, se trata casi siempre de una situación sin salida en la que el testimonio inicial y la posterior retractación tienen el mismo peso, a menos que aparezcan factores externos, independientes del testimonio, que vengan a confirmar lo confesado o a dar crédito a la retractación."³ (Subrayas de esta sentencia).

En esa dimensión, entonces, de cardinal importancia resulta ser la elaboración de un examen riguroso del testimonio que sea capaz de identificar en cuál de las varias declaraciones el deponente se ciñó a la verdad y en cuál(es) mintió, así como los motivos fundados para haber procedido de una y otra manera"⁴

Respecto al **testimonio adjunto**, en providencia emitida recientemente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 55.959 del 12 de mayo de 2021, se consignó:

"La figura del *testimonio adjunto*, también llamada *declaración complementaria*, ha sido desarrollada por la jurisprudencia⁵, pues como al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público **se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones**, proceder en ocasiones determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia.

A su vez, tal variación en lo expuesto por el declarante puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

(...)

Tiene dilucidado la Sala⁶ que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son

³ Op. cit. p. 136.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 13407 del 12 de diciembre de 2000. Esta postura luego fue ratificada en rads. 17005 de 2004, 21939 de 2008, 23438 de 2009 y 34134 de 2013, entre otras

⁵ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 20 may. 2020. Rad. 52045, entre otras.

⁶ Cfr. CSJ SP, 14 dic. 2019. Rad. 55651 y CSJ SP, 17 jul. 2017. Rad. 49509, entre otras.

inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia **o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior**, el cual puede ser incorporado como **testimonio adjunto**. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia⁷, respectivamente.

Entonces, la Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a conseguir los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la Ley 906 de 2004), la parte interesada pueda integrar como *testimonio adjunto*, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.

Así, para incorporar al juicio una declaración previa se precisa de lo siguiente:

(i) **El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes**, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) **El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio**, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión, atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser conainterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y *testimonio adjunto*, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) **La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura**, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda **discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál**

⁷ Cfr. CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153 y CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, entre otras.

o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior. (...)"

Para lo que interesa a esta decisión, y dada la retractación de la menor en el juicio oral, se debe ejecutar un riguroso análisis en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, esto es, examinar a la testigo como sujeto y en la forma y contenido de su declaración, para entender la razón de ser de aquella manifestación inicial y su posterior posición, e igualmente analizar qué factores externos, independientes del testimonio, confirman la primera afirmación o dan crédito a la retractación.

Lo anterior, porque tal y como lo ha indicado la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que la retractación no destruye automáticamente lo aseverado por el testigo arrepentido de sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones, por lo que se debe emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación a fin de esclarecer en cuál de esas versiones dijo la verdad⁸.

Entonces, cuando la persona se retracta de su dicho sin aparente explicación o razones atendibles que lo justifiquen, en principio queda incólume su versión anterior en aquello materia de

⁸ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, radicado 28257 del 29 de febrero de 2008

rectificación, siempre que, sometido al tamiz de la sana crítica, se ofrezca creíble y no haya motivos que le resten credibilidad a lo aseverado inicialmente⁹.

En este caso en particular, la niña L.V.U. en entrevista forense realizada el 8 de octubre de 2019, relató a la psicóloga de la Fiscalía, en lo que fue objeto de investigación, lo siguiente:

*“En qué fecha naciste: el 22 de octubre de 2009.
Has pensado que quiere hacer el día del cumpleaños: si, quisiera volver a mi casa, pero sin mi papá.
¿Tu mamá como se llama? Yuli
¿Y trabaja? contaduría y finanzas
¿Y tú papa como se llama? Néstor
¿Él trabaja? Si, en una empresa de arcoíris de postres
y la abuelita como se llama? Libia no trabaja
qué hace ella? Ella nos sirve la comida
¿Es la encargada de tu cuidado? Si, tengo una hermanita y se llama Salo
¿Vivías con ellos anteriormente? Si
¿Y tú estás estudiando? Si, en tercero, en la mañana,
¿En qué colegio? Emilia Riquelme
¿Cómo te está yendo? bien
¿Cuándo estábamos empezando me dijiste que te gustaría regresar a la casa de tu mama, pero sin tu papa? Asiente
¿Hay alguna razón porque quieres regresar sin tu papa? Asiente
¿Haber yo te escucho? Porque es que yo quiero que mi mamá denuncie a mi papá.
¿Quieres que tu mamá denuncie a tu papa? Asiente
¿Y por qué quieres que la mamá denuncie a tu papá? Es que yo tuve un sueño muy feo, que mi papa fue a la casa de mi tía Luz Dary, entraba a las malas, entonces me dijo que, si yo le contaba a alguna otra persona, le hacía lo mismo a mi hermanita y eso no me gusto.
¿Y tú le contabas a alguna otra persona? Asiente
¿Pero eso fue un sueño? Asiente.
¿Y fue que tú le contaste a alguna persona algo? Yo le conté pues lo que me está sucediendo a mi tía la psicóloga del colegio, la madre Emilia y otra psicóloga que se llama Lili
¿Y hay algo que te está sucediendo Laurita? Asiente
¿Y quisieras contarme a mí lo que está sucediendo? Es que yo no quiero hablar más de eso.
¿Y tú le has hablado a quién de esto, además de la psicóloga? A las doctoras
¿A cuáles? a unas que la psicóloga Lili, me llevó a que me revisaran, porque a mí me ardía para orinar,
¿Qué te ardía para orinar? la vagina
¿Y tú sabes por qué te ardía la vagina? porque mi papá me metía los dedos
¿Tu papa te metía los dedos en la vagina? Asiente.
¿Y cuéntame cómo hacías para meterte los dedos en la vagina? Por dentro de la ropa y a veces por fuera, me aporreaba muy duro.*

⁹ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, radicado 43482 del 18 de mayo de 2016

¿Y en qué lugar estabas tu cuando el papá te hacía eso? Cuando mi mama salía y yo quedaba en la pieza en el colchón con él y Salo estaba dormida.
¿Y tú mama salía para dónde? A veces para la pieza de mita y a veces para la cocina

¿En qué partes te tocaba? En la pieza de ellos, pero él duerme en el colchón en el piso y no cabían los tres.

¿Y qué pasaba cuanto tu quedabas ahí en el colchón? me tocaba

¿Y te tocaba otras partes del cuerpo? Asiente

¿Qué partes? La nalga

¿Y cómo te tocaba la nalga? Por la espalda, pues perdón, se tapa la cara, por fuera del, pues, él tenía la pantaloneta subida, yo unos shorts o chicles y me sentaba en el cosito de él.

¿En qué cosito de él? en la parte íntima.

¿Y tú sabes si la parte íntima de él tiene otro nombre? Asiente

¿Como? Pene

Tu papa te sentaba en la parte íntima de él, ¿que le dicen pene? Asiente

¿Y cómo era que sentaba? Me sentaba y me empezaba a mover.

¿Y cómo te movía? Me hacía para adelante y para atrás

¿Y cuando te sentaba en el pene de él, te sentaba cómo, con la carita mirando la cara del? Para atrás. El acostado y yo sentada.

¿Tu papá estaba acostado? Y yo estaba sentada

¿Y tú quedabas sentada mirando a tu papá? No, para afuera

¿Y tú ropa como la tenías? Subida

¿Y tú papa como tenía la ropa del? Subida.

¿Y tú sabes el cómo te movía? Adelante y hacia atrás

¿Y cuándo te movía adelante y atrás, sentías algo en tu cuerpo? Niega con la cabeza

¿Tú sabes el papá porque te movía hacia adelante y hacia atrás? Niega con la cabeza.

¿Y cuando dices que él te sentaba en la parte íntima de él, que partecita de tu cuerpo quedaba en la parte íntima de él? La nalga

¿Y tú dices que tenías la ropa subida? Asiente con la cabeza

¿Y lo que tú me estas contando fue varias veces? Fue solo una vez, pero el sí me seguía tocando

¿Y qué parte te siguió tocando? La vagina

¿Como tú me dijiste? Asiente con la cabeza

¿Y tú papa te toco partes cuerpo diferentes a la vagina? Niega con la cabeza

¿Tu papá de toco la vagina con algo diferente a los dedos? No

¿El papá tú dices que en la nalga quedabas sentada en el pene, te sentó de alguna manera que otras partes del cuerpo quedarán en el pene de él? Niega con la cabeza

Te sentó, así como dices, ¿que se apartara una parte de tu ropa? No

¿Qué paso una vez? Lo que te conté

¿La que te sentó en la parte de él? Asiente con la cabeza

¿Y que él te tocaba con los dedos en tu parte íntima? Muchas

¿Tú dices que te aperreaba mucho? Me metía los dedos de el

¿Qué sentías cuando él te metía los dedos en la vagina? Dolor

¿En qué parte sentías dolor? En la vagina

¿En el momento en que te metía los dedos? Asiente con la cabeza

¿Sentías dolor, después en otro momento? Si cuando iba al baño a orinar

¿Y cuando orinabas, sentiste algo diferente a que estabas orinando? En la orina cuando empezó a salir flujo

¿Como era ese flujo? Era como del color del chichi

¿Y de qué color es el chichi? Amarillo

¿Y dónde viste el flujo? En los calzones

¿Sabes si el flujo tenía olor? Niega con la cabeza

¿Tú sabes por qué te salía el flujo? Niega con la cabeza

¿Recuerdas cuando el papa empezó a tocarte la vagina? Niega con la cabeza

¿Sabes cuantos años tenías? Como 6 o 7
¿Y cuantos tienes? 8
¿Recuerdas cuando fue la última vez que el papa te toco la vagina? En agosto.
¿Qué paso en agosto? No quiero hablar más de eso
¿Como te sientes cuando hablas de eso? Se tapa la cara y llora
¿Me quieres contar lo que sientes? Asiente con la cabeza
¿Que sientes?
¿Tristeza? Asiente con la cabeza y llora
¿Quieres que paremos? Asiente con la cabeza
¿Hablamos de otra cosa? Asiente
¿Te sientes tranquila? Si
¿Lo que me contaste a mí se lo contaste a la psicóloga y tu mama en algún momento se enteró? Asiente con la cabeza, cuando la psicóloga le dijo.
¿Y qué paso cuando tu mama se enteró? Me dijo llorando que por que no le había contado.
¿Y por qué no habías contado? Porque tenía miedo
Mi papa me decía que si lo contaba a mi mama ella me pegaba a mí y lo echaba a él.
¿Tu papa te dijo eso? Asiente con la cabeza
Y sientes que la mama, te apoya, ¿está contigo? Si, pero es que ella se siente como muy mal porque él se va a ir, se acuesta con él, ve películas con él. y mi mama la cambio una vez delante de mí papa a mi hermanita
¿La cambió, como así? Delante de él, el pañal
¿Y no te gusta que le cambien el pañal? Delante de mí papa no, porque él la empezó a mirar...
¿Y cómo sabes eso? Porque yo ese día estaba en la casa, en la pieza de ellos.
¿Y tú recuerdas como era que tu papa miraba tu hermanita en ese momento? Niega con la cabeza
¿Qué sentiste en ese momento cuando viste a tu papa mirando la hermanita? Sentí como rabia
¿Y tú dices que no quieres continuar hablando? Niega con la cabeza
¿Y si hablamos en otro momento? Niega con la cabeza
¿Me recuerdas el nombre de las psicólogas con las que tu hablaste? Liliana, mi tía Luz Dary y una hermana del colegio.
¿Vamos a hablar de lo que te acuerdes, tu tía luz Dary y Liliana? y la hermana Emilia
¿Hablaste con doctores? Asiente
¿Y que más hicieron cuando te llevaron? Y también a la fiscalía
¿A quién le contaste en fiscalía? A dos señoras
¿Sabes el nombre? Niega cabeza
¿Y te llevaron donde el medico? Me tomaron una prueba de sangre y me revisaron con los copitos....
Y ahorita tuve un examen, y después si me hicieron pasito
¿Y te hicieron pasito dónde? En la vagina
¿Vamos a hacer algo, tu estas cansadita? Asiente.
Te vas para la casa con tu tía que puedas descansar o dormir
Yo sigo preocupada con lo de mi hermanita, no sé qué le pasa.
Yo sé que estas preocupada, pero hay que pensar que no le va a pasar nada, tienes 8 años, yo entiendo que amas a tu hermanita, pero en este momento lo importante es que descanses, porque para tu hermanita esta la mama para que la proteja.
Es que mi mama no quiere echar a mi papa de la casa, ella lo ama mucho, porque ella se lo demuestra y mi mama se enteró que él tiene otra, y mi papa dice que eso es mentira, y yo no sé a quién creerle.

Al valorar en detalle la declaración inicial de la menor, sus manifestaciones parecieran creíbles. Relató lo que, indicó, venía ocurriendo con su padre, en diversas oportunidades, donde afirmó le introducía sus dedos por la vagina y ello le generaba dolor y un flujo amarillento que notó en el baño cuando iba a orinar, así como también refirió un hecho puntual donde aquel la sentó encima de su pene de espaldas y la empezó a mover adelante y atrás; además se percibió el llanto de la menor y la angustia que le daba revelar los hechos, mostrándose nerviosa también, pues se tapaba la cara con sus manos, se metía en su boca la camiseta que tenía puesta y ante muchas de las preguntas solo asentía o negaba con la cabeza.

Pero, ya en juicio oral, varió su relato y expresó que su padre se encontraba en la cárcel, por una mentira suya, afirmando que su tía Luz Dary le dijo que manifestara eso, que su padre le tocaba las partes íntimas, lo que le indicó porque ella (L.V.U.) en esos momentos se encontraba muy enojada con su papá porque había hecho sufrir mucho a su mamá, esa afirmación se dio en el colegio después de la clase, luego de que en Religión la tía les contó el cuento de *A Candela le pesan los zapatos.*, su tía, quien se desempeñaba como psicóloga en la institución, la inquirió para que fuera a la oficina de ella, se desplazó hasta allí y aquella le indicó que dijera que su papá la tocaba.

Reiteró que todo ocurrió porque el acusado hacía sufrir mucho a su mamá y le había pillado *una moza* en la empresa, por lo que estaba enojada, por eso, dijo, su tía Luz Dary se aprovechó y le manifestó que dijera que su papá la tocaba, ella le preguntó si a él le sucedía algo y su tía le dijo que no le pasaba nada, entonces se quedó más tranquila, pero ella solo dijo que su papá la tocaba en las partes

íntimas, pero cuando su mamá fue a la casa, su tía le empezó a hablar de más y ella no entendía, entonces le decía que sí.

Narró que su tía también sabía que su papá hacia sufrir mucho a su mamá, porque estos eran muy apegados a ella, iban en navidad, en Halloween y otras fechas; entonces Luz Dary le dijo que manifestara eso para que su papá no hiciera sufrir más a su progenitora y ella consintió porque no le gustaba ver llorando a su mamá; después la obligó a hablar con la hermana (*la rectora del colegio*) y con la defensora del pueblo; la sacó de la clase para ir a hablar con la hermana, entonces ésta la puso a escribir en una hoja, lo que sentía.

Relató que posteriormente la dejó subir a clase, al otro día que fue a estudiar, fue la defensora del pueblo, Liliana, entonces su tía le indicó que le contara y ella lo hizo, que su papá la tocaba, y luego fueron a Comfama de Aranjuez que queda al lado del colegio, y la defensora dijo que el proceso había salido positivo.

Indicó que la defensora del pueblo fue a hacer la actividad con ellos, luego la llevó a Comfama, de donde llamaron a su tía, y las recogió la policía para llevarlas a otro lugar (a Liliana, ella y su tía Luz Dary), donde todo lo que ella hablaba, que recordaba le decía su tía, lo escribían en una computadora.

Anotó que ese día la defensora del pueblo llamó a su mamá, se la pasaron y se pusieron a llorar, entonces Liliana le arrebató el teléfono y colgó; se sentó y le preguntó a Liliana por qué no podía hablar con su progenitora y le dijo que no se podía poner a llorar; ese día se fue para la casa de su tía Luz Dary porque dijeron que no podía estar en su casa, y luego su mamá fue a visitarla, y ahí fue cuando su tía comenzó

a inventar más cosas, que él la tocaba por dentro del pantalón, y así, ella decía que sí, mas no sabía; su progenitora le preguntó que desde cuando había pasado eso, que si era en "el morro" y le contestó que no. Su tía decía que entre el pantalón y la vagina; a su mamá le sostuvo que eso ocurrió en la casa, en la pieza donde ellos tiraban el colchón para dormir porque los tres dormían muy estrechos y su mamá le creía.

Reveló que ella le contó a su madre que todo era mentira, no se acuerda cuando, porque ella siempre le preguntaba si era verdad o mentiras y le respondía que mentiras, aun le pregunta y le indica que no es verdad; no volvió a hablar con su tía Luz Dary porque ella no volvió a la casa.

Expresó sentirse tranquila de que su papá este en la cárcel, pero se siente muy triste porque él está en la cárcel por una mentira suya, nunca debió hacer eso y de su tía Luz Dary dice que hizo muy mal en ponerla a hacer eso.

Reconoció haber ido a visitar a su papá a la cárcel tres o cuatro veces, le ha dicho que la perdone, y él le dice que la tiene que perdonar porque no es culpa de ella sino de su tía.

En el contrainterrogatorio, reiteró que su padre estaba en la cárcel por una mentira suya, que le tocaba sus partes íntimas y que le metía los dedos en la vagina, y que reveló que todo era falso ante **Ana Catalina la persona de Jugar para Sanar**, quien le ayudaba a decir la verdad, indicando que todo lo hizo porque su tía Luz Dary le indicó, y cuando le contó a su madre, su progenitor aún no se encontraba en la cárcel sino en la casa de su tío José, y le reveló la verdad a su

progenitora, porque dice, es la única persona que la apoya y la entiende, y nadie la obligó o la amenazó para que cambiara su versión.

Además, expresó que cuando dijo lo de su progenitor no sabía que lo iban a meter a la cárcel, porque su tía le manifestó que no le iba a pasar nada; que aquella la obligó a hablar con la hermana del colegio y la defensora del pueblo, pero no quería hacerlo porque eso era mentira.

Al analizar este último relato no se advierten inconsistencias en las manifestaciones de la menor, respecto a las razones por las cuales incriminó a su padre, fue sumamente específica de los motivos por los que lo hizo, refiriendo que todo se dio luego de que su tía les realizara un taller en el que les leyó un cuento, que posteriormente se desplazó a la oficina de aquella, donde debido a la rabia que sentía por su padre por el sufrimiento que le había provocado a su madre, aceptó incriminarlo falsamente de los tocamientos sexuales endilgados y al día siguiente, ante la presencia de la defensora del pueblo en el colegio, su tía le pidió que le contara lo que le había ocurrido y posteriormente fue desplazada a las valoraciones respectivas.

De esta manera, ante las manifestaciones contrapuestas efectuadas por la menor L.V.U. en dos escenarios diferentes, se deberá analizar la restante prueba incorporada al juicio oral, para determinar cuál de las versiones cobra mayor peso persuasivo. Ambos relatos lucen creíbles, y por ello resulta fundamental analizar cada uno de los testimonios para determinar si se puede llegar a un fallo condenatorio como lo reclama la delegada de la fiscalía.

Lo primero que debemos indicar, es que resulta fundamental establecer cómo fue el escenario inicial de revelación de los hechos, si lo fue ante su tía Luz Dary como psicóloga del colegio o ante la Defensora del Pueblo, luego de un taller que, se dijo, esta realizaba en la institución.

Frente a este punto, **Luz Dary Urrego Cespedes**, tía de la menor L.V.U. explicó que trabaja como psicóloga en el colegio Emilia Riquelme donde estudiaba su sobrina señalando que como el grado en el que estudiaba era un grupo muy particular, con niñas muy inquietas, la rectora le solicitó que hiciera un taller con ellas de habilidades para la vida y les contó la historia de Candela.

Expresó que terminada la jornada, su sobrina L. la buscó en la oficina, preguntó si podían hablar y empezó a hacerle diversas manifestaciones de la historia de Candela, entonces le indagó que por qué la había impactado tanto la historia, la notó ansiosa, se movía y después de casi una hora de ella insistir con Candela, le cuestionó si le había pasado algo con el tío, y ella le dijo que no y agachó la cabeza, hizo pucheros y le dieron ganas de llorar; luego insistió en preguntarle si le había pasado algo parecido a lo de Candela y asintió con la cabeza, entonces le indagó si el tío no la estaba tocando quién lo estaba haciendo, la menor se puso a llorar, le dijo que no le podía contar porque la regañaban, entonces le expresó que confiara en ella, que si no quería que contara no lo hacía, y le dijo que era su padre.

Esbozó que la menor le manifestó que cuando *la mamita* estaba en la cocina, haciendo el almuerzo y ella jugando con el papá en la cama, le metía la mano por dentro del interior y le tocaba la vagina, le preguntó qué el papá cómo hacía eso si la mamita

estaba en la casa y le dijo que aprovechaba cuando la abuela estaba en la cocina o por la noche cuando veían películas y *la mamita* se quedaba dormida. Le preguntó que más le hacía, y le respondió que también la ponía a tocarle el pene, se bajaba la pantaloneta, entonces le indagó por qué no había contado y aquella le refirió que porque le daba miedo; también le expresó que le ponía el pene detrás de la nalguita.

Le indicó a la niña que eso no se podía quedar así, entonces la menor le dijo que no le podía contar a la mamá porque el papá le decía que a él lo echaban de la casa y que la mamá no le iba a creer y a ella le pegaban y tampoco le podía contar a *la mamita* porque ella le creía todo a su mamá, entonces no le iban a creer.

Anotó la testigo que cuando llegó la hora de salir en el transporte la menor le preguntó si la dejaba ir para la casa de ella, entonces le respondió que sin permiso de la mamita la regañaban, pero que estuviera tranquila que ella le guardaba el secreto, y la cosa se quedó así; como su deber como psicóloga era informarle a la rectora para que activaran el código fucsia, le dio tranquilidad a la niña, le comentó a la rectora porque en el momento había otro caso de abuso, al día siguiente la rectora llamó a la menor, y le hizo una carta donde le contaba lo que el papá le había hecho.

Expresó que ese día tenían una cita en la defensoría del pueblo, por el caso de la otra niña que estaba siendo abusada y cuando fueron la rectora comentó los dos casos, entonces mandaron una psicóloga al colegio, Liliana Ramírez, quien fue un viernes, pasó por los salones haciendo el taller de promoción y prevención, y su sobrina le contó y fue ella quien activó el código fucsia, la llevaron a

Comfama, y L. reveló todo lo que le contó a ella. Ese mismo día cuando se la llevaron, llamó a su mamá del colegio y le dijo.

Posteriormente, y de manera contradictoria, afirmó que había hablado con la madre, pero el día que L. le contó y su mamá le dijo que *sí creía que hubiera sido el papá porque ella lo veía en muchas cosas raras con la niña, que él se ponía a jugar con ella en la cama, la mordía, la acariciaba y terminaba con erecciones en el baño; que tanto era que su mamá ya había hablado con su primo Gustavo y aquel le expresó que en los juegos no era normal que se tuvieran erecciones con los hijos.*

Narró que Gustavo meses atrás, en su casa, le había contado que *también había visto a Néstor tocándole la vagina a la niña por encima de la ropa; entonces estaban el testimonio de su madre, Gustavo y las infecciones urinarias que la niña había sufrido desde pequeña, y la mamá decía que era porque tenía la vejiga pequeña, lo que se anudaba con lo que la niña estaba diciendo.*

Por su parte, **Liliana María Restrepo Corrales**, profesional en psicología y quien se desempeñaba, para la fecha de los hechos, como delegada de infancia, juventud y adulto mayor de la Defensoría del Pueblo, indicó que, desde la parte de atención de la entidad, se va a las instituciones educativas para realizar talleres de prevención de cualquier tipo de vulneración y se dirigió a hacer un taller a la Emiliana en Aranjuez.

Manifestó que estando allí se presentó una situación, donde hizo un taller de sensibilización del abuso sexual con las niñas de tercero y quinto, y al finalizar se hace un ofrecimiento para los niños

que quieran hablar, la madre rectora le dio un espacio y cuando terminó el taller L. se acercó a contarle algo; le compartió la situación a la rectora y le dijo que activaran el código fucsia, por un presunto abuso sexual con la niña y la llevaran a la unidad hospitalaria más cercana, al lado de la institución.

Indicó que llamaron a la psicóloga de la institución y le compartió la situación, no entró en detalle con la niña, pero sí se evidenció que había una situación de angustia y se tomaron todas las medidas, la llevó a la unidad hospitalaria, se activó el código fucsia, y empezaron a hacer el acompañamiento. Expresó que la psicóloga es tía de la niña, Luz Dary.

Refirió que cuando la menor la abordó luego del taller, se acercó con dos niñas más pero entendiendo que era ella quien tenía la necesidad, le pidió a las otras que se retiraran y L. empezó a decirle que pasaba algo en su casa relacionado con lo de la clase, **dice que su papá la toca**, fue muy complejo abordar la situación, ella se angustió, se puso muy nerviosa pero en el discurso se denotaba que la situación sucedía hace mucho tiempo, que de alguna manera era cotidiano y no esporádico, había como un ritual expuesto por el padre frente a la hora del tocamiento y ahí estaba la situación, como en la noche cuando empezaba la novela.

Expresó que la tía Luz Dary no hizo parte del taller, ella sola hizo varios talleres ese día, con quinto y tercero, once, ella en ningún momento participó; pero habló con ella, presencialmente en el colegio, después del taller, **su reacción fue de mucha tristeza, la vio descompuesta**, en ningún momento ella entró a hablar con L; pero ella no se ofreció a acompañar a L. en el proceso de activación del código fucsia,

lo que creía era lo más adecuado, aunque sí la llamo después y le indicó donde estaban a informarle todo lo que hacían.

Afirmó que no llamó a la mama de L. en tanto la menor le dijo que no lo hiciera porque le iba a pegar muy duro, solicitándosele con lágrimas, y entró otro tema y es que la mamá como que ejercía violencia con la niña, de hecho, en el reporte puso en consideración que había otra menor allá.

Al revisar estas dos deponencias, realmente no logra determinarse con claridad, tal y como lo analizó la juez de primera instancia, ante quién se dio la revelación inicial de los hechos constitutivos de abuso sexual por la menor.

La tía Luz Dary refirió que a ella luego de un taller en el que narró a las menores del grado tercero el cuento de Candela, y la psicóloga indica que luego del taller de sensibilización, a ella le informó lo que estaba acaeciendo con su padre y que le transmitió la información a su tía Luz Dary, a quien notó muy triste y descompuesta por la situación, dando a entender que aquella no tenía conocimiento de la situación; y tampoco hizo referencia a la presencia en las instalaciones de la Defensoría previamente por parte de Luz Dary y la rectora y que de allí se derivaran las charlas de abuso sexual que dio ese día en el colegio, cuando la menor L.V.U. le reveló el presunto abuso sexual del que estaba siendo víctima.

Y esta circunstancia es de especial relevancia, ante la retractación en juicio de la presunta víctima, pues la menor refiere que lo hizo a su tía Luz Dary cuando se encontraba en el colegio, luego del taller en el que su tía leyó el cuento de candela, le pidió que fuera a su oficina y en ese momento, aquella le dijo ante la rabia que

sentía con su padre, porque hacía sufrir a su madre, que expresara que la había abusado sexualmente; corroborándose por Luz Dary que fue ante ella que la menor hizo la revelación inicial de los hechos, y que posteriormente, fue la defensora del pueblo, y a ella se le confirmó la situación.

No puede pasarse por alto el testimonio de Yuly Andrea Urrego Cespedes, frente a este aspecto, ya que dijo que se enteró de lo que estaba sucediendo a las 6:50 de la tarde porque la defensora del pueblo, Lilibiana Correa, la llamó y le informó que tenían retenida a su hija porque en el colegio dijo que el papá la estaba abusando sexualmente; inmediatamente llamó a su casa y su mamá le indicó que su hermana la había llamado, que Laura estaba en un taller en el colegio, pero que no sabía que ese proceso se estuviera realizando, pues la institución lo hizo solo con su hermana.

Explicó que, luego de llegar a su casa y hacerle el reclamo a Néstor, habló con su hermana Luz Dary y le preguntó qué era lo que estaba sucediendo, y aquella le explicó que Lilibiana le había informado que le iban a entregar los cuidados temporales de su hija menor a Luz Dary.

Relató que su hermana le manifestó que estaban en un taller sobre abuso en el colegio con la Dra. Lilibiana, quien le había contado un cuento y L. se levantó y dijo que el papá la tocaba, y que ella no sabía que era, que solamente la habían llamado para indicarle que le entregaban los cuidados temporales de L., que cuando ella llegara a la casa podía ir a hablar con L.

Narró que ese día se fue para donde Luz Dary con su mamá, habló con L. y le preguntó si el papá le hacía eso cuando *estaban dejados* y él se la llevaba para donde vivía y ella le contestó que no, se volteó y le manifestó que estaba cansada y se fue a dormir.

Indicó que al día siguiente, madrugó para la casa de Luz Dary a hablar con su hija, sola sin su mamá ni la bebé y L. le preguntó qué le iba a pasar al papá, le dijo *que qué le iba a pasar de qué* si ella no sabía lo que estaba sucediendo y su hermana le manifestó que hablara con ella, entonces le preguntó qué era lo que pasaba, y le dijo: *es que mi papá me toca*; le preguntó, cómo te toca el papá, y ella le manifestó que con la mano hacia arriba, y su hermana se la quitó de las manos y le dijo que no le preguntara de esa manera.

Su hermana empezó a preguntarle que, si el papá le introducía los dedos, si la ponía a que lo masturbara y su hija a todo respondía que sí; le indagaba dónde le ponía el pene, cómo la sentaba, cómo la apretaba, y la menor empezó a contestar las preguntas. Se quedó mirándola, indagándole cuándo sucedía todo eso, y ella le respondió que cuando estaban en la casa, cuando ella salía a *servirle el tete a Salo*.

Aseveró que al lunes siguiente formuló la denuncia y cuando le hicieron la valoración psicológica, salieron y le dijeron que eso sí estaba sucediendo, que NESTOR JERONIMO se tenía que ir de la casa porque ella tenía la otra bebé y se la podían quitar, entonces llegó a la casa y le explicó al acusado que se tenía que ir, narrando que él se puso a llorar porque no quería perder la familia.

Expresó que ella le creyó a su hija, pero que empezó a entrarle la duda cuando su hermana la cogió de las manos y empezó a preguntarle a L. y ella a contestarle que sí, y más duda cuando en el examen de la médico legista, dijo que ella no había sido desflorada que estaba bien, porque le habían explicado que él le introducía los dedos en la vagina hacia adentro, que le ponía el pene en los genitales, quedó confundida y *salieron de allá*.

Refirió que cuando *salieron de allá*, su hermana empezó a regañar a su hija, y más enojada se puso, porque se suponía que no le podían preguntar nada porque era revictimizarla y ella empezó a preguntarle a L. qué le había dicho al médico, porque a ella no la dejaron ingresar y se enojó con la menor.

Es decir, de esta deponencia se infiere que Luz Dary sí le realizó a L.V.U, ante su madre, una serie de preguntas que pueden considerarse sugestivas respecto a los tocamientos específicos que el enjuiciado realizaba en su cuerpo y entonces surge duda, de sí la narrativa de la menor realmente fue espontánea o insinuada, sobre todo cuando ésta información fue corroborada en el juicio oral por la presunta víctima, quien manifestó que su tía, ante su progenitora, empezó a hacerle una serie de cuestionamientos que no entendía y ella respondía que sí.

De significativa relevancia resulta lo expuesto por la madre de L.V.U, que relató que cuando le entregaron el caso a la Comisaría Cuatro, no entendía por qué si al principio le dijeron que la persona que había hecho el taller era la Dra. Liliana, después se enteró que quien inició el proceso fue Luz Dary, lo que le resultó extraño porque su hermana había sido como una madre para ella, ha estado siempre con ella, y le parecía muy raro que no se lo hubiera contado,

sabiendo que tenía una niña de un año, con un presunto abusador en su casa; pero Luz Dary decía que era L. la que se había parado y lo había manifestado, entonces le preguntó a su hermana que por qué no se lo había dicho; y se quedaba callada; y siempre le aseguró que L. nunca le había dicho nada, sino a la doctora Liliana y con ella no había hablado.

Así, analizando las deponencias de las Psicólogas Luz Dary y Liliana, así como de la menor L.V.U. y su madre, no entiende la Sala la imprecisión de la información suministrada por las dos primeras respecto a la forma en que se dio la revelación, pues no compaginan entre sí y cobra relevancia lo dicho por la madre, cuando narró que le causó suspicacia que su consanguínea le indicara que la niña no le había hecho ninguna revelación a ella en el colegio, sino que había sido ante la psicóloga de la defensoría, pese a que se había enterado en la Comisaria de Familia que sí se lo había manifestado a Luz Dary, pero aquella le negó esa situación.

De otro lado, si se analiza cada una de las revelaciones que hizo la menor en los diferentes escenarios, en lo que narró lo que le había ocurrido, evidentemente se encuentran inconsistencias.

En la entrevista forense refirió que su padre le tocaba la vagina con los dedos por dentro de la ropa y por fuera y que le dolía porque la aporreaba muy duro; también relató un hecho puntal en que el padre la sentaba encima de su pene con la ropa puesta y la movía adelante y atrás; mientras que a la médica legista solo le informó que su padre le tocaba las partes íntimas (vagina y nalga) **por encima de la ropa**.

Ante su tía Luz Dary, según la testificación de ésta, que le metía la mano por dentro del interior y le tocaba la vagina, que

también la ponía a tocarle el pene, se bajaba la pantaloneta y que le ponía el pene *detrás de la nalguita*, en algunas ocasiones, a la hora de almuerzo y otras en la noche.

Por su parte, la médica de Comfama que activó el código fucsia reveló que la menor y la defensora de familia, indicaron que el papá la tocaba, que le llevaba las manos a su miembro para que lo tocara, le introducía sus dedos por la vagina, le colocaba su pene en el ano, entre los glúteos y le daba besos en la boca e informó que la mayor parte del relato se lo brindó L.

Frente a este aspecto, la psicóloga Liliana María Restrepo Corrales, dijo que la menor indicó que su papá la tocaba, como en la noche cuando empezaban a ver la novela, que había besos y quizá algo de sexo oral.

En consecuencia, si bien es cierto la menor coincide en algunas partes del relato respecto a los tocamientos sexuales que presuntamente le hacía su padre, no fue uniforme en sus manifestaciones en los diferentes escenarios.

Por ejemplo, a la médica legista le indicó que era solo por encima de la ropa y en otros eventos incluso se habló de maniobras como sexo oral y besos, o colocación del pene en el ano de la menor, lo que genera más duda que certeza respecto a esa situación puntual, y de ahí resulte creíble el relato de la madre L.V.U cuando indicó que al salir de la valoración por el médico legista, Luz Dary se enojó con la niña, diciéndole que debía decir la verdad, pues lo que allí refirió fueron tocamientos por encima de la ropa.

También es importante destacar lo narrado por Ana Libia Céspedes, abuela materna de la menor, quien desmintió lo informado en la vista oral por su hija Luz Dary respecto a que ésta dice que su madre le reveló lo presuntamente acontecido cuando la llamó a contarle lo que estaba sucediendo con L. en punto al comportamiento del enjuiciado cuando en medio de juegos con la niña terminaba con erecciones. Precisó que nunca vio malas acciones de NESTOR JERÓNIMO ni nada incorrecto con las niñas, y respecto a la supuesta erección, dijo que eso sería una calumnia porque de verdad en ningún momento le comentó nada de esas cosas a Luz Dary.

Por tanto, las manifestaciones de Luz Dary en este aspecto se quedan sin ningún tipo de corroboración y tampoco compareció a juicio el primo Gustavo, de quien ella dijo que, meses atrás, le había indicado en su casa, que había visto a NESTOR JERONIMO, tocando la vagina de la menor por encima de la ropa; además, la deponente Luz Dary afirmó en el juicio oral, que tanto a su madre como a él se le había olvidado esta situación, preguntándose la sala si ello fue así, por qué en el momento que su primo le hizo esa revelación, no corroboró con la menor si ello era verdad o no y por el contrario, decidió dejarla expuesta ante su presunto agresor sexual.

Tampoco las infecciones urinarias pueden constatar el relato inicial de la menor; la propia Luz Dary refirió que L.V.U. las presentaba desde que era muy pequeña y que la madre le indicó que era porque tenía la vejiga muy pequeña, y recuérdese que los hechos endilgados, se dice que, venían ocurriendo, no desde que la niña era muy pequeña sino, uno o dos años atrás a la fecha de la entrevista forense.

De ahí que incluso lo que evidenció la médica Daniela Quinchía respecto al flujo y eritema que presentaba la menor en sus partes íntimas al momento del examen físico, también pudo haber sido consecuencia de aquel padecimiento que presentaba la menor y por ello la misma niña podía causarse ese eritema, si presentaba algún tipo de piquiña en el cuerpo; además, si el último hecho se había dado en agosto y la valoración médica se efectuó en octubre, sería realmente especulativo indicar que era consecuencia de los actos sexuales que se dice, le realizaba el procesado.

Finalmente debemos afirmar, que aunque en efecto la experiencia ha enseñado, como bien lo plasmó la delegada de la fiscalía, que este tipo de actos sexuales se pueden dar en instantes cuando los cuidadores de los menores se encuentran desprevenidos, no es menos cierto que en realidad se trataba de una residencia muy pequeña, de escasos 35 metros, cuando la abuela, la madre de la menor y su hermanita pequeña se encontraban en el hogar, que si bien la progenitora podía salir de esa habitación, donde se dice ocurrían los supuestos actos sexuales, a preparar los teteros de la otra infante, la cocina quedaba frente de esa habitación, a unos escasos pasos, y de ahí que pueda pensarse que pudo ser difícil que los hechos se presentaran en tales circunstancias.

Aunque es probable que VERGARA MARTÍNEZ hubiese tenido la oportunidad para cometer los actos libidinosos endilgados, lo cierto es que la restante prueba evacuada no permite afirmar con probabilidad de verdad que aquellos ocurrieron.

En juicio quedó establecido que la menor tenía un resentimiento hacía su padre, quien había sido infiel a su madre cuando aquella se encontraba en embarazo, lo que ocasionó la primera

ruptura de la relación, y en algunas oportunidades cuando aquel se fue de la casa y quedaba de recoger a la menor L.V.U no lo hacía, también en aquellos eventos en que la abuela la llevaba a la residencia de aquel, la menor llegaba triste de ese lugar porque su padre no le prestaba mucha atención.

Por tanto, surge como una hipótesis válida que la tía Luz Dary influenciara a la menor para que incriminara falsamente al enjuiciado, de quien se dijo, se distanció pese a que tenían una excelente relación y aquel no solo la acompañaba a hacer vueltas, sino que lo hacía con los hijos de Luz Dary y de un momento a otro, sin razón aparente se rompió esa buena relación.

De esta manera, aunque tampoco se puede afirmar con certeza, que Luz Dary sembró en la menor esa idea del abuso sexual, porque realmente la prueba debatida en la vista oral no permite llegar a esa conclusión, sí existen dudas, que deben resolverse a favor de NESTOR JERONIMO VERGARA MARTINEZ, porque no se cuenta con elementos de juicio para darle peso a las manifestaciones iniciales de la niña, o a las reveladas en el juicio oral en su retractación quedando entonces ese espacio de duda razonable que impide elevar juicio de reproche en contra del acusado.

Y es que no puede pasarse por alto que aunque no existe tarifa legal, se echa de menos la declaración de Ana Catalina, la psicóloga de Jugar para Sanar y la de la rectora de la Institución Educativa donde se encontraba cursando grado tercero la menor L.V.U, sus versiones pudieron haber sido determinantes para esclarecer los hechos. Recordemos que se indicó que ante esa psicóloga fue que se dio la retractación inicial de la menor, la atendió por un periodo

aproximado de un año y era ella quien podía ilustrarnos claramente cómo se dio la misma, dado que tuvo una atención terapéutica profunda con la menor y si lo allí expuesto por L.V.U. podía ser digno de credibilidad o no; empero la fiscalía renunció a su testimonio.

La rectora del Colegio Emilia Riquelme también era importante, como quiera que pudo haber brindado luces respecto a la forma en que se dio esa manifestación inicial de los abusos sexuales, pero tampoco compareció a la vista oral a rendir su testimonio.

La tesis esbozada por la delegación de la Fiscalía General de la Nación, como probabilidad es válida, pero, insiste la Sala, con las pruebas arrimadas al debate, creemos, acertada estuvo la funcionaria de primera instancia cuando desestimó la pretensión punitiva habida cuenta que el estándar probatorio reclamado por el artículo 381 de la ley 906 de 2004 no logró acreditarse.

En tal virtud, en aplicación del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, entonces, la duda probatoria se resuelve a favor de los acusados, por lo que se deberá confirmar la sentencia de primera instancia emitida por la Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del dos (02) de junio de dos mil veintiuno, proferida por la Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual absolvió a **NESTOR JERÓNIMO VERGARA MARTÍNEZ** como autor material, del delito de Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, agravados.


SEGUNDO: En contra de esta decisión procede el recurso de casación que deberá ser interpuesto y sustentado conforme a lo previsto en el artículo 183 de la Ley 906 de 2.004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2.010 y normas concordantes.

TERCERO: Partes e intervinientes quedan notificados en estrado judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado


JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado


MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado