



SALA PENAL

Medellín, viernes once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 97

Radicado No. 05 001 60 00207 2019 00158

Delito: actos sexuales con menor de 14 años agravado

Acusado: James Silva Acevedo

Sentencia de Segunda Instancia Nro. 19

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: martes 15 de diciembre, 2020. Hora: 08:00 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el representante de víctimas, contra la sentencia absolutoria proferida el 4 de mayo de 2020 por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín dentro del juicio adelantado en contra de JAMES SILVA ACEVEDO, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado previsto en el art. 209 del C. Penal y 211.5 ibídem, cometido en concurso homogéneo sucesivo en dos oportunidades.

1. AFIRMACIONES FÁCTICAS

Según la Fiscalía los hechos objeto de investigación habrían ocurrido en dos ocasiones en enero de 2019 en la vivienda con nomenclatura carrera 9B Nro. 44-22, barrio Buenos Aires de la ciudad de Medellín, en donde JAMES SILVA ACEVEDO, tío de la menor de siete años de edad I.S.G.¹, en una primera

¹ En procura de la protección de la intimidad de la menor de edad víctima en el caso de autos solo se utilizan las iniciales de sus nombres y apellidos, en concordancia de lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de Infancia y Adolescencia.

oportunidad en horas de la mañana y mientras la peinaba en la sala de la vivienda familiar, habría introducido su mano en medio de la falda y la ropa interior de la niña hasta alcanzar su vagina por encima de las prendas de vestir, y en un segundo episodio en horas de la tarde en la misma estancia, habría llevado la mano de la menor hasta tocar su miembro viril. En aquella calenda, además de la niña y el acusado en el inmueble se encontraba la abuela paterna de la pequeña.

La denuncia penal en contra del prenombrado fue presentada el 30 de enero de 2019, una vez iniciado el proceso de restablecimiento de derechos por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 6 de septiembre de 2019 se legalizó la captura de JAMES SILVA ACEVEDO ante la Juez Segunda Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, imputándole la Fiscalía un concurso homogéneo y sucesivo de dos conductas punibles de actos sexuales con menor de 14 años agravado, de conformidad con lo previsto en el artículo 209 del C. Penal y canon 211.5 ibíd. (cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza), respectivamente, sin allanamiento a cargos. A petición del ente acusador se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2.- El 4 de octubre de 2019 la Fiscalía presentó escrito de acusación sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica cuyo conocimiento le correspondió al Juez Trece Penal del Circuito de Medellín, quien presidió las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral, y tras agotar el debate probatorio y escuchar los alegatos de cierre en los que la Fiscalía solicitó condena por los cargos de la acusación, en tanto la defensa y el Ministerio Público coincidieron al deprecar la absolución del enjuiciado, emitió sentido de fallo absolutorio cuya lectura realizó el 4 de mayo de 2020, ordenando la libertad inmediata del procesado.

3.- La anterior decisión dejó inconforme a la delegada del Fiscal General de La Nación y a la representación de víctimas, quienes interpusieron el recurso vertical de apelación que sustentado en la audiencia de lectura de fallo de manera oral abre las puertas a la competencia de esta sala para resolver la alzada.

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Tras consignar la filiación del acusado y ocuparse de la sinopsis de los hechos y de la actuación procesal, así como de lo atinente a los alegatos y práctica probatoria esencialmente testimonial, y de realizar algunas precisiones sobre el grado de conocimiento y el estándar legal exigido para condenar, así como de la naturaleza de la criminalidad investigada, consagración legal y estructura del tipo penal recogido bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años, el a quo concluye que tras la valoración probatoria en el caso presente no se obtiene la certeza racional para emitir fallo de condena.

Frente al testimonio de la víctima (único testigo directo de los hechos), considera que le asiste razón a la Fiscalía cuando sostiene que el mismo se aprecia coherente, claro y conserva el hilo conductor; lo mismo puede concluirse de lo noticiado por el investigador que realizó entrevista forense con la pequeña; no obstante, para la primera instancia la declaración de la menor carece de elementos de corroboración periférica, subsistiendo duda probatoria que debe resolverse a favor del acusado.

Al funcionario de primera instancia le llama la atención la forma como se produjo la develación de los hechos, pues solo la progenitora y la abuela materna refieren que la menor presentaba problemas de excesiva sudoración, conectando una tía de la pequeña dicha circunstancia con un caso similar de abuso que había conocido de cerca, luego de lo cual la víctima le habría narrado a su madre lo que le había sucedido. Sin embargo, los profesionales que valoraron a la pequeña no observaron dicho fenómeno y conocieron sobre la hiperhidrosis a través de la progenitora, a lo que se suma que, a pesar de haber sido remitida por los especialistas para

evaluación endocrinológica, tampoco surgieron evidencias de dicho fenómeno, o por lo menos nada de esto se dijo en juicio.

En su criterio no se entiende por qué la madre de la menor tan solo dio a conocer una serie de síntomas y cambios asociados a la ausencia del padre ante la sicóloga que valoró a su prole, relatando un comportamiento totalmente diferente ante el médico que a su vez la valoró físicamente, lo que así mismo contrasta con lo dicho por la abuela materna de la pequeña, quien refiere que después de los hechos su nieta se quería enterar de todo lo de los adultos porque decía que ya era grande.

Para el funcionario durante el contradictorio surgió evidente el estrecho vínculo entre la menor y su padre, y cómo dicha relación se ha visto afectada desde la separación de los progenitores. Incluso en la historia clínica de la paciente aparece que la madre pensó inicialmente que los problemas de comportamiento de su hija se debían al distanciamiento y separación de la pareja.

De manera que para el juez singular surge duda en cuanto a si las afectaciones o cambios comportamentales en la niña se deben a los supuestos tocamientos o a la separación de sus padres, a lo que se suma que la psicóloga que la valoró concluye que dentro de la exploración emocional que se realizó a través de material de apoyo, se logró identificar que la niña no reporta una afectación asociada directamente a una situación de abuso.

De otra parte señala el funcionario que el hecho de que en las terapias la menor haya ubicado al acusado en el círculo de desconfianza no prueba que este sea responsable de los vejámenes que se le endilgan, con mayores veras cuando según la profesional la pequeña no fue específica en el motivo que generaba dicho sentimiento, ni aclaró a cuál de los dos tíos paternos se refería, agregando que tampoco conectó los sentimientos de culpa por la captura del acusado con posibles abusos sino con el hecho de que se habían generado muchos cambios a nivel familiar.

De otro lado el médico general que atendió a la paciente es claro en cuanto a que los hechos fueron narrados por la madre, y que según lo plasmado en la respectiva historia clínica la niña no habló. Por su parte el defensor de familia solo dio a conocer los trámites adelantados desde su competencia, en especial lo que tiene que ver con la ruta de atención inicial y restablecimiento de derechos, mientras que el investigador escuchado en juicio se limita al recuento de las manifestaciones realizadas por la entrevistada sobre lo ocurrido, y tal como quedó consignado en la respectiva entrevista, lo cual no deja de ser un elemento de referencia en tanto la testigo acudió al juicio.

Por el contrario, gracias a los testimonios ofrecidos por la defensa quedó claro que entre los padres de la menor y el acusado se presentaron varios altercados por la situación económica que se vivía en la casa de la abuela paterna, pues el acusado era el único que trabajaba y asumía las obligaciones económicas del grupo familiar, incluidos los padres de la niña, siendo amenazado por la progenitora con enviarlo a la cárcel si los seguía importunando por no colaborar en este aspecto. Algo similar ocurrió con el padre de la niña en fechas cercanas al juicio, a quien esta le habría pedido \$17.000.000 para firmar el divorcio. Situaciones a las que se sumaría el romance que el acusado y la madre de la menor habrían sostenido en el año 2010 a espaldas de la familia, y justo cuando el padre de la pequeña se encontraba detenido en un centro juvenil.

De un lado, el a quo señala que el procesado denunció a la acusada por calumnia y concluye que las discusiones entre los miembros del grupo familiar podrían ser un detonante de la noticia criminal que dio inicio a la presente causa penal. De otro, que el resto de pruebas a las que no se ha hecho alusión poco o nada aportan al esclarecimiento de los hechos.

Estas, grosso modo, las razones por las que decide absolver por duda probatoria al acusado ordenando su libertad inmediata.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

1.- Inconforme con la absolución la fiscal del caso interpone el recurso vertical de apelación el cual sustenta de manera oral en audiencia de lectura

de sentencia, señalando que el a quo no se refirió a lo dicho por la menor en juicio y abordó tópicos diferentes a los narrados por esta, y que contrario a lo que opina el funcionario, el testimonio de la víctima es digno de toda credibilidad, dando a conocer la forma en la que el acusado, a quien señala sin dubitación, la habría sometido en dos oportunidades a vejaciones sexuales sin que se haya valorado suficientemente dicha circunstancia en la sentencia.

Queda claro además que ninguno de los testigos indica que se trate de una persona mentirosa o que su relato sea fruto de la fantasía, y que en desarrollo de las terapias psicológicas la paciente incluyó al procesado dentro del círculo de personas que le generan desconfianza.

Lo que sucede es que al delito sexual se suma la problemática por la ausencia de la figura paterna en razón de la separación de sus progenitores, hecho perfectamente diferenciable de aquel, expresando la menor que sentía culpa tras observar la captura del acusado por lo que le había hecho, y no por las dificultades entre sus padres.

Tampoco habría tenido en cuenta la primera instancia que fue desde el colegio que se activó el código fucsia, luego de que la estudiante señalara espontáneamente en desarrollo de cierta actividad sobre el cuidado de las partes íntimas que había sido violada por su tío, lo que descarta que se trate de una venganza de parte de la madre de la menor, caso en el cual la mencionada ruta de atención habría sido activada por la mujer.

Para la Fiscalía el supuesto romance entre la madre de la menor y el acusado responde simplemente a un asunto de estrategia defensiva, no resulta creíble, generando suspicacia el que solo diez años después se ventile el supuesto amorío en juicio, a lo que se suma que la menor no tendría motivo para inventarse la incriminación cuando ha sido querida y protegida por la familia paterna.

En criterio de la censora los problemas entre los padres de la agraviada, la ausencia de la figura paterna y las dificultades económicas de la familia

referidas por los testigos comunes, no son motivo para que la víctima o su madre inventen una situación de abuso sexual.

Tampoco se tuvo en cuenta que la víctima dio a conocer que la primera vez el adulto le pidió perdón por haberla tocado, advirtiéndole la niña que si la volvía a tocar no lo toleraría nuevamente, o que desde la cocina al lugar en donde en una oportunidad se desarrollaron las vejaciones no se tiene visibilidad, por lo que la afectada es la única testigo de los hechos.

Nada se dijo igualmente sobre las incongruencias en las que incurre el padre de la víctima, quien aseguró en su paso por el estrado que se enteró de los hechos dos meses antes del juicio y tras hablar con su hija, mientras que la madre de la menor informa que cuando la llevaron al hospital se habría comunicado con este, acudiendo el varón a dicho centro médico, es decir, desde que se activó el código fucsia el testigo sabía de los abusos, quedando claro que solo busca favorecer a su hermano en juicio. Para sumar en razones el testimonio del sicólogo que entrevistó a la menor concuerda con lo dicho por esta en el foro público.

En definitiva, la impugnante no encuentra aquilatada la duda que observa la primera instancia, estimando que se debe valorar mejor y con mayor profundidad el testimonio de la afectada y solicita la revocatoria del fallo absolutorio, para que en su lugar se emita sentencia condenatoria en los términos de la acusación y petición final de condena elevada por la Fiscalía.

2.- A su vez el representante de víctimas señala que el sentido del fallo basado en los problemas sentimentales, o aparente trío amoroso entre el acusado y los progenitores de la niña se aleja de aquello que demuestran las pruebas allegadas a la foliatura, dejando de valorar el a quo la totalidad del testimonio de la víctima a pesar de señalar claramente, mediante un lenguaje natural y al margen de presiones indebidas que el acusado es el autor de los actos sexuales en su contra.

En términos generales coincide con lo dicho por la Fiscalía, particularmente en lo que hace a la crítica sobre el supuesto romance que se ventila en juicio al cabo de una década, y que se conecta por la primera instancia con una

posible venganza de parte de la madre de la menor, así como lo que tiene que ver con la falta de correlación del acto delictivo con la ausencia de la figura paterna, estimando que el procesado se aprovechó en dos oportunidades de esta circunstancia y abusó de la confianza depositada en él por la víctima.

Estas las razones por las que el letrado solicita que se revoque el fallo apelado y en su lugar se dicte sentencia de condena.

5. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1.- La representante del Ministerio Público solicita que se mantenga la decisión de primera instancia, en tanto estima que no se desvirtuaron las dudas planteadas en el curso del juicio y en consecuencia se torna imposible la emisión de un fallo condenatorio pues no se supera en este caso el estándar legal exigido en el art. 381 de la ley 906/04.

En ningún momento la primera instancia cuestiona lo dicho por la menor, lo que se plantea es que subsisten dudas, como la que se cierne sobre la existencia de un romance entre el acusado y la madre de la víctima que no fue desvirtuado por la Fiscalía como le correspondía. Por lo tanto, aquellas deben resolverse a favor del acusado.

En el trascurso del juicio salió a relucir la mala relación de la madre de la menor con el padre de la pequeña, y la nula o poca que tenía con la familia del varón en razón a que el acusado se cansó de actuar como un benefactor, de asumir las obligaciones que les correspondía a los progenitores de la presunta agredida.

2.- A su vez la defensa del acusado solicita que se declare desierta la apelación presentada por la Fiscalía y el representante de víctimas, señalando que aquella se limita a esgrimir razones que no son claras y suficientes para desvirtuar el argumento sobre duda probatoria planteado por el a quo.

Por su parte el funcionario de primera instancia estima que los apelantes sustentaron en debida forma la alzada, concediendo el recurso vertical de apelación que se apresta a resolver esta Sala de Decisión Penal.

6. CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En virtud del factor funcional contemplado en el numeral 1° del art. 34 de la ley 906/04, esta Sala de Decisión Penal es competente para conocer y abordar el estudio de la decisión de condena proferida por el a quo en el caso de la especie.

Vale anotar, además, que de acuerdo con lo normado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, la competencia de esta Magistratura se limita a decidir sobre los pedimentos elevados por los recurrentes, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes, advirtiendo además que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

Siendo en esencia el recurso de apelación una controversia de fondo, en criterio de esta Sala los apelantes plantean en sus intervenciones las razones que permiten que este cuerpo colegiado revise, compare y contraste los argumentos que soportan la decisión apelada, siendo ese precisamente el límite de la competencia funcional de esta segunda instancia, por lo tanto no se atenderá la solicitud de declarar desierta la alzada.

Descendiendo en el caso de autos, y visto lo que es materia de inconformidad para la Fiscalía y los sorites que a su vez plantea la representación de víctimas, la Sala concreta su pronunciamiento en verificar si la prueba debatida en juicio permite superar el estándar legal para condenar, esto es, transmitir el conocimiento más allá de toda duda y en grado de certeza sobre la ocurrencia de las conductas investigadas, así como sobre la responsabilidad del acusado en el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, tal cual lo demandado por el ente

persecutor en su petición final de condena, o si por el contrario, tal como lo concluye el juez de primer grado en el sub iudice subsiste duda probatoria que demanda la absolución en aplicación del principio in dubio pro reo.

De conformidad con la temática abordada, del todo pertinente iniciar por realizar algunas breves consideraciones sobre la descripción comportamental contenida en el modelo típico contenido en el art. 209 del C. Penal.

De esta manera, tal como lo acostumbra la Sala como prolegómeno en este tipo de casos, es menester señalar que el mencionado tipo penal busca proteger a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de tal naturaleza. Tal falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, tal como se desprende del contenido del artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008 que a su letra reza.

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de 14 años. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

Según la doctrina el mencionado canon 209 de la obra sustantiva tutela el bien jurídico: “... de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales².”

En la misma línea de pensamiento la CSJ, Sala de Casación Penal, en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000 indicó: “... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por

² *Universidad Externado de Colombia, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, William Torres Tópaga, pág. 883.*

eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad”.

A su vez la agravante enrostrada al acusado se encuentra prevista en el numeral 5° del canon 211 del C. Penal, y consiste en que la conducta se cometa aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno de los partícipes. Con criterio de autoridad y de manera consistente tiene dicho al respecto la CSJ que este tipo de agravantes, propias de esta clase de delincuencias deben estar suficientemente probadas en cada caso.

Así, al analizar la primera de las causales, el alto tribunal expuso que es incorrecto predicar que la simple existencia de una relación familiar, “cercana-lejana, de afinidad o de consanguinidad- necesariamente comporte un vínculo o percepción de autoridad entre el victimario y la víctima, sino que tales aspectos deben estar debidamente probados dentro de la actuación”³, reflexión que contextualizada se hace extensiva en el caso de la confianza depositada en el sujeto activo de la criminalidad.

Hechas las anteriores precisiones en punto de la normativa legal que regula el delito bajo análisis, la naturaleza del bien jurídico tutelado con dicho dispositivo penal, trayendo a colación jurisprudencia y literatura especializada que se ocupa del tema, previo a entrar a resolver de fondo los episodios fácticos objeto de juzgamiento en este proceso, resulta imperativo señalar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 de la ley 906/04, en el juicio se admitieron una serie de pruebas documentales y testimoniales, aportadas por los sujetos procesales en disputa y que versan sobre hechos relevantes para el caso presente.

En esta oportunidad los extremos jurídicos en tensión estuvieron de acuerdo en dejar al margen de cualquier controversia ciertos hechos y circunstancias relacionadas con lo que interesa al debate de fondo, logrando las siguientes estipulaciones probatorias: la plena identidad del acusado, quien se identifica civilmente como JAMES SILVA ACEVEDO, con cédula de ciudadanía número 1.017.211.012, expedida en Medellín; la identidad de la menor I.S.G

³ Cfr. CSJ, SP SP789-2019(50589) del 13/03/19. M. P. José Luís Barceló Camacho.

y su minoría de edad; y finalmente la carencia de antecedentes penales del acusado.

De otro lado, es claro que los censores critican la valoración probatoria desarrollada por el a-quo, fundamentalmente por considerar que su análisis se encuentra alejado de aquello que realmente demuestra el recaudo probatorio, reclamando un escrutinio más profundo de lo atestado por la víctima, en tanto la primera instancia considera que dicho testimonio se encuentra huérfano de material de corroboración periférica.

Como puede colegirse, en virtud a que la temática abordada en la censura se conecta indefectiblemente con la prueba debatida en juicio, esencialmente de naturaleza testimonial, resulta del todo pertinente significar que, de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción racional luego del análisis individual, y finalmente tras el aunado estudio del caudal probatorio practicado en el foro de fondo con sujeción a los principios de inmediación, publicidad y contradicción, garantizando la controversia y confrontación de las partes, en cuyo estudio se deben tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica formal, la equidad, las ciencias y artes afines y auxiliares, así como la dialéctica.

Es claro entonces que el juez debe formar su convicción a partir del análisis conjunto del material probatorio que le permita una aproximación racional a la verdad, aspectos sobre los que el tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria tiene dicho.

“... entendida como el conocimiento para condenar, se produce en el juicio, con inmediación y confrontación, y no por fuera de él (artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En ese orden, el conocimiento más allá de toda duda razonable, uno de los más altos valores y que más exigencias de objetividad plantea en el proceso penal, requiere de un juicio sistémico que implica apreciar individualmente cada evidencia –conforme a las reglas de cada medio— y el análisis sistemático con los demás medios de prueba, método legal con el cual se pretende garantizar que la conclusión que se obtiene puede soportar todos los intentos de refutación de un discurso racional.

De manera que el testimonio, que versa sobre hechos que le constan al declarante (artículo 402 de la ley 906 de 2004), se debe apreciar teniendo en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los

sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, la rememoración, el comportamiento en el interrogatorio, la forma de las respuestas y la personalidad del testigo (artículo 404), y mediante una visión holística o en conjunto con los demás medios de prueba.”⁴

A voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el mencionado material de conocimiento debe generar en el funcionario el: “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”; sin que la sentencia de condena pueda fundarse únicamente en prueba de referencia, consagrando de esta manera una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría generar un falso juicio de convicción tal como lo tiene aquilatado la jurisprudencia. De ahí que sea necesario superar el mencionado estándar legal para dictar un fallo en contra del acusado.

En caso contrario, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del enjuiciado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutorio, en aplicación del principio in dubio pro reo, y en respeto del principio de inocencia consagrado en el art. 7º de la Ley 906/04 y 29 de la Carta; de lo contrario, al tener la convicción de la realización del delito y la responsabilidad en cabeza del acusado con fundamento en lo demostrado por la ristra probatoria con la plenitud de garantías para las partes e intervinientes, se impone la emisión de sentencia condenatoria en contra de quien resiste las consecuencias represivas que devienen al delito. No está por demás señalar que la duda probatoria a la que se alude es aquella de entidad suficiente para enervar el fallo de condena.

Ahora bien, cabe significar así mismo que si bien esta Sala de Decisión participa de la doctrina según la cual un testimonio único puede ser suficiente para producir la convicción requerida para condenar, y que es usual que las víctimas de los atentados sexuales normalmente no puedan ofrecer más sus palabras como fuente de conocimiento personal para demostrar la agresión de que han sido objeto; lo cierto es que para que un testimonio sea soporte suficiente de una sentencia condenatoria no puede dejar de ofrecer entera credibilidad, acorde a las condiciones y particularidades del caso bajo escrutinio.

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 15 de mayo del 2019, radicado SP1721-2019, 49.487, M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

Lo anterior, porque de todos modos opera la presunción de inocencia que obliga a considerar las hipótesis más favorables al procesado en la reconstrucción del acontecer investigado, a lo que se suma que el principio in dubio pro reo demanda que cuando subsiste duda probatoria se le absuelva de los cargos por los que fue llamado a responder en juicio. En consecuencia, cuando existen dos o más posibles explicaciones de los hechos no se logra la certeza requerida para emitir fallo de condena y se impone la absolución por duda probatorio.

En tal sentido, la doctrina y la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza (ahora convencimiento racional más allá de toda duda), art. 7° y 381 de la ley 906/04, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor en este tipo de delitos contra la libertad e integridad sexual a partir de la declaración que rinda la víctima.

Las mencionadas reglas se contraen a lo siguiente:

“a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”⁵.

En el caso presente, es un hecho inconcuso que la teoría de cargos se funda esencialmente en el testimonio de la menor de edad; de ahí que se ocupe a continuación la Sala de su análisis, aterrizando las pautas vistas en precedencia con miras a develar si su dicho se muestra coherente, tanto interna como externamente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso; si resulta corroborado y obtiene confirmación en otros medios de convicción debatidos en juicio, sin develar incredibilidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad o ánimo de perjudicar al

⁵ Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

acusado con una falsa incriminación, quedando descartado igualmente evidencias de algún síndrome que permita concluir que se están realizando señalamientos infundados, o que existe algún motivo de peso para restarle credibilidad y que lleve a descartar parte o todo lo dicho por el testigo, aplicando además el principio de selección probatoria una vez escuchados con detenimiento los audios del juicio y oteada la foliatura.

*Ubicados en el testimonio de **I.S.G.**, la menor manifestó en juicio que vivió en el barrio Buenos Aires, en la casa de la mamá de su padre. En cuanto a los hechos adviera que en unas vacaciones que pasaba en la mencionada residencia y tras ducharse le pidió a su abuela que la peinara, y esta le dijo que no podía pues se encontraba ocupada preparando los alimentos de la familia, ella le insistió y la matrona le dijo que esperara entonces a que terminara, pero la niña le propuso que la peinara su tío James que estaba jugando video juegos en la sala.*

Se sentó en el mueble y alrededor de las piernas de su tío, quien empezó a peinarla y unos momentos después sintió que empezó a bajar sus manos y le tocó la parte íntima por encima de las bragas, “que se llama la vagina” (sic); ella le dijo que iba a ir al baño, pero aprovechó para contarle a la abuela lo que había sucedido; en ese momento el adulto salió y cuando regresó la matrona le preguntó por qué había actuado así y este le habría pedido perdón, no sabía qué decirle y finalmente le dijo que “bueno” (sic) que lo perdonaba. Al rato la mujer le dijo que no le comentara a la mamá porque no la dejaban volver a esta casa.

Continuando con la narración de los hechos, afirma que nuevamente se sentó en un mueble de la sala y puso una almohada “para que no me hiciera más daño” (sic), el acusado ocupó otro sillón; luego se pasó a la silla junto a su sobrina y le quitó el cojín, tomó su mano mientras ella le decía que la soltara hasta que finalmente el adulto posó la mano de la pequeña en su miembro viril, esta se fue del sitio y le contó nuevamente a su abuela, en tanto el acusado volvió a pedirle perdón y ella le dijo que era la última vez, ella se quedó al lado de su abuela y el varón salió y le compró unas “papitas” (sic). Aclara que el adulto la tocó con su mano izquierda y que no sabe cuál era su trabajo.

En el momento de los hechos su papá había salido a conseguir trabajo. Cuando el adulto la tocó sintió miedo y “como rabia” (sic), como que no debería estar en ese lugar. Aquel día lucía una falda con un short debajo, y con una blusa con manga larga. Justo en el momento de tocarla el acusado le decía que no le dijera a nadie, concretamente que no les contara a sus padres ni a la abuela, agregando que los hechos ocurrieron hace mucho y no recuerda la fecha y que desconoce actualmente a qué se dedica su tío.

De otro lado sostiene que conoce las partes de su cuerpo, entiende cuales son las partes privadas en la mujer y el hombre y las señala por sus nombres, vagina, colita, senos, pene, tetillas; su mamá y la profesora le han hablado de ese tema. La persona que acarició sus partes íntimas se llama James Silva.

Nadie vio lo que su tío le hizo. Todo sucedió en una oportunidad, en un mismo evento, no recuerda la hora, era de día, en aquella época tenía cinco o seis años, su abuela Marina la estaba cuidando. Pasaron dos días y le contó lo sucedido a su progenitora que estaba sentada en la máquina de confecciones, se le acercó y le dijo que tenían que hablar a solas, luego le develó lo ocurrido. Al día siguiente también le contó a su profesora lo que había pasado, y sus amigos que estaban allí las escucharon hablando. Cuando conversó con su madre esta se paralizó y le preguntó si se sentía bien, que estuviera tranquila. La llevaron al médico. Cree que su tío no sabe que ella contó lo que pasó entre ellos, no lo volvió a ver y enfatiza que no lo quiere volver a ver.

No sabe decir que es un pene, pero sabe que lo tiene los hombres, ha tocado el pene del acusado, en la casa de la abuela y cuando estaba sentada en un mueble. Su mamá la protege, y su padre a veces, pero él ya no está pendiente de ella por que ya no la puede ver, pues a veces no tiene plata, tiene moto, pero no puede ir a verla. Entre sus familiares, los que le resultan más agradable y quiere ver señala a su abuela paterna Marina y a su padre, porque han sido muy buenos con ella y se siente feliz cuando está con estas personas. La única persona de la familia que no le gusta es James por lo que le pasó. Cuando esta sola con esta persona se quiere alejar. En

razón de los hechos recibió tratamiento médico, pero sostiene que no ha recibido terapia y que en estos momentos se siente bien.

La niña aclara que: “cuando le tocó el pene a él, fue como después que él me tocara, eso creo que fue por la tardecita” (sic), el mismo día. Su abuela esta en la cocina y no podía ver desde ese lugar hacia la sala. Allí vivía su papá, la abuela y el acusado. Iba muy poco a esa casa. Sabe que su abuelo se llama William y que este reside en otra parte.

Realizada de esta manera la sinopsis de lo dicho en juicio por la presunta agredida, considera pertinente la Sala señalar que la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ⁶ ha refrendado la línea de pensamiento plasmada por las convenciones internacionales y desarrollada por la Corte Constitucional, conforme a la cual los testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual no deben ser desestimados por el simple hecho de no provenir de personas que hayan alcanzado la mayoría de edad, o que por esta sola circunstancia deben simplemente ser valorados como creíbles.

“En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”⁷.

*Por lo que para validar los dichos de la menor se requiere entonces la aplicación del criterio de **coherencia narrativa**⁸, para deducir que no sólo su testimonio la tenía, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba resulta ampliamente concordante.*

*Para lo anterior es preciso entonces apreciar las demás pruebas practicadas en juicio, iniciando por **EDWIN ALEJANDRO GUISAO BALBIN**, quien se enteró de los hechos a través de su hermana en enero de 2019, cuando le llevó algunas cosas hasta el hospital en donde estaban valorando a la meno*

⁶ Cfr. CSJ., SP. de 26 de enero de 2006, Rad. 23706; SP. de 7 de diciembre de 2011, Rad. 37044; SP. de 12 de septiembre 2012, Rad. 32396; SP. de 10 de julio de 2013, Rad. 40876; SP. de 8 de Agosto de 2013, Rad. 41136; SP. de 16 de abril de 2015, Rad. 43262; SP. de 6 de Mayo de 2015, Rad. 43880; SP. de 29 de julio de 2015, Rad. 9805.

⁷ Cfr. CSJ., SP. de 19 de enero de 2011, Rad. 30073.

⁸ CSJ., SP. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ Magistrado Ponente. AP6291-2015. Radicación 42783. (Aprobado Acta No.380). 28 de octubre de 2015.

por presuntos tocamientos de parte del acusado en sus partes íntimas, a quien reconoce en sala de audiencias. En ese momento solo tuvo contacto con la madre de la niña. La menor simplemente le ha dicho que el acusado la tocó y le hizo tocar el pene.

*A su vez el médico **JUAN FERNANDO PÉREZ MORENO** manifiesta que valoró a la víctima el 19 de enero de 2019, no obstante, la fuente de la historia fue la madre que señalaba presuntos tocamientos de parte del acusado. En la historia clínica se plasmó que la progenitora refirió que la menor mostraba un comportamiento extraño y que en principio pensó que se debía a la separación de los progenitores. En el examen genital no se encontraron lesiones compatibles con el motivo de consulta que refirió la paciente, aunque en estos casos generalmente no quedan evidencias. La pequeña egresó con orden, entre otros, para atención psicológica, por nefrología y endocrinología para descartar pubertad precoz.*

En la historia clínica figura que la psiquiatra plasmó que la niña ingresó con su madre por presuntos tocamientos por parte de un tío paterno, con evidencias de una familia protectora y buen vínculo emocional, con afectación emocional conforme a ciertos síntomas, presentando somatización e irritabilidad en los últimos meses conforme lo dado a conocer por la madre. No recuerda si conversó o no con la menor, o el motivo para no consignar nada de la versión de la niña.

*A su turno la psicóloga **LUISA FERNANDA VALENCIA ORTIZ** indicó que tuvo 35 terapias con la paciente, encontrando como sintomatología pérdida del apetito, dificultades asociadas al sueño, tendencia a la agresividad, sentimiento de culpa y vergüenza, y tristeza y ansiedad a raíz de la preocupación por la ausencia del padre; por su parte las conductas sexualizadas fueron referidas por la madre. Dentro de la exploración emocional no reportó una afectación directamente asociada a una situación de abuso, la paciente no verbalizó dicha circunstancia ni lo demostró a través de lo gráfico, centrándose en exponer aquellas afectaciones relacionadas con la ausencia de su progenitor, y que se derivaron del proceso de restablecimiento de derechos, gracias al cual tampoco puede ver a su abuela y a sus tíos, sin comprender muy bien el por qué de dicha situación, y*

empieza a generar un sentimiento de culpa. De otro lado aclara la profesional que dentro de la atención psicológica no se pretende descartar ni confirmar la existencia del abuso.

La menor sabía distinguir las partes privadas del cuerpo humano y ubicó dentro del círculo de la desconfianza a un tío paterno sin especificar a cuál se refería, desconoce su nombre, ni concretar el motivo para esta sensación. Sin embargo, en su informe consignó que se trataba del presunto agresor en tanto la madre así lo mencionó, más no por señalamiento concreto y en esos términos por parte de la paciente.

En otra consulta identificó que la niña se sentía afectada tras enterarse que su tío había sido capturado. La menor no le manifestó exactamente que se sentía culpable por la captura de pariente, por tantos cambios en el ámbito familiar, nunca verbalizó o señaló algo con relación al abuso sexual. Al abordar el tema manifestó que se sentía triste, que no entendía el motivo de la captura. El sentimiento de culpa es una inferencia suya de acuerdo a la observado e igualmente por lo referido por la madre de la niña, de ahí que consigne en su informe que evidenció cierto grado de culpabilidad en la pequeña.

Finalmente aclara que para analizar la sintomatología primero se escucha a la progenitora, quien se limita a contestar lo que se le pregunta al respecto, identificando en este caso además que la niña tiene claridad sobre las partes del cuerpo. Para cuando se exploró la relación familiar la pequeña manifestó que tenía una buena relación con su padre, pero que últimamente se había visto afectada ya que se estaban viendo con poca frecuencia.

*A su turno el padre de la menor **JONATHAN SILVA ACEVEDO** refirió que tras separarse de la madre de su hija, la niña continuó visitando la casa de la abuela paterna, que era la persona que estaba encargado de cuidarla; en esas oportunidades se mostraba feliz con los tíos, con el abuelo. Allí vivía junto al acusado y la abuela Luz Marina Acevedo, pues el padre tiene otra pareja. Antes del nacimiento de su hija vivió con la progenitora de esta, dos años en la casa de la abuela paterna, y cuando llegó la menor, otros cuatro años y medio, en total convivieron allí seis años y medio. Su ex pareja le*

tenía “la mala” (sic), rabia al acusado. En algunas ocasiones se llegaron a humillar “por reparos” (sic), por comida, por asuntos de convivencia. La relación de su hija con el procesado ha sido muy buena. A la casa de la abuela llegaban otros sobrinos y nunca pasó nada. Cuando se quedó sin trabajo el procesado le colaboraba con los pasajes para que llevara a la niña al médico, para la alimentación de la menor, a quien no dejaron volver a esa casa tras el proceso.

Esta, dice, solo le contó lo sucedido tras veinte días; le comentó que el tío James la había tocado en la vagina cuando se encontraba en la sala, no le dijo cuantas veces ni quiénes se encontraban en el inmueble. Ese día la estaban cuidando; la abuela estaba preparando el almuerzo en la cocina que queda diagonal a la sala de la casa, y entre las cuales hay un muro diagonal que no impide la visibilidad. Al momento de los hechos él se encontraba haciendo un “mandado” (sic), regresó al inmueble y su hija no le manifestó nada, la observó igual, como si nada hubiera pasado, incluso se quedó amaneciendo con él. Para la época se encontraba desempleado. En este caso las mujeres simplemente habrían concluido que como a la niña le sudaban las manos se trataba de un abuso; en un comienzo fue ingenuo, se dejó convencer de entrar en discordia con su hermano.

*Continuando con los testigos de la Fiscalía, la abuela materna de la menor de edad **SANDRA MARYORI BALBIN OSORIO** manifestó que fue a través de su hija que se enteró que el acusado tocaba a su nieta. La develación de los hechos se produjo un día en que la niña sudaba mucho y una familiar les manifestó que pusieran atención, pues lo mismo le sucedía a una niña que conoció y que había sido abusada. Ya en horas de la noche madre e hija dialogaron y la víctima narró que el tío de nombre James la tocaba. En una oportunidad estaban en la sala y el adulto llevó su mano hasta el miembro viril, y también dijo que le tocó la vagina.*

Los hechos ocurrieron en enero de 2019, en la casa del procesado en donde este vivía con la abuela paterna Marina y el padre de la niña Jonathan. Esta iba cada mes a visitar al papá, las visitas no eran constante, duraban dos o tres días, los fines de semana. La niña era tierna, cariñosa, y luego de los hechos se volvió despierta, “le despertaron como todo” (sic), quiere saber

todas las cosas de los adultos, manifiesta que ella “ya es grande” (sic). Le decía a su hija que tuviera cuidado llevando a la niña a esa casa, en donde la cuidaron y vivió hasta los tres años con su progenitora, pero en la actualidad observaba que cuando regresaba mostraba signos de pañalitis, sin embargo, su hija respondía que en esa casa no había problema.

*A su turno la madre de la menor **YOLMI NATALIA GÓMEZ BALBIN** averó que para enero de 2019 llevaba aproximadamente un año de haberse separado del padre de su hija, quien en vacaciones o los fines de semana, cada ocho o quince días la llevaba a la casa de la abuela Marina en donde vivía con el acusado. Coincidiendo con la abuela materna en la forma en que se produjo la develación de los hechos, logrando dialogar en horas de la noche con la niña, quien le habría dicho que le tenía que contar algo, pero que le daba miedo porque no podría volver a ver a su papá, dándole a conocer que estando en la residencia de la abuela paterna su tío James la había tocado.*

Según relato de la agredida, una mañana luego de bañarse le pidió a la abuela que la peinara y esta le contestó que estaba preparando el desayuno que le dijera al tío James, la niña le dijo que no, que mejor esperaba pero finalmente aceptó y buscó al adulto que se encontraba en la sala del inmueble viendo televisión, quien la habría sentado entre sus piernas y de un momento a otro comenzó a sentirse rara porque luego de colocar sus manos en el pecho el adulto las bajó y la tocó; ella se fue a buscar a la abuela y le contó lo que había pasado, pero cuando la mujer confrontó al varón este la acusó de mentirosa, sin embargo, finalmente pidió perdón y la víctima le manifestó que lo disculpaba solo por esa vez, no obstante, en otra ocasión el acusado tomó su mano y la puso sobre su pene, también le pidió perdón pero la niña no accedió. Aclara la testigo que el primer episodio habría sucedido en horas de la mañana, en tanto el segundo evento habría tenido lugar ese mismo día, pero en horas de la tarde.

Consideró que debía denunciar y buscar ayuda, por lo que ese lunes madrugó y fue al colegio en donde habló con la maestra de la niña y se comprometieron a darle una cita con la psicóloga de la institución. Precisamente aquella calenda en la institución estaba hablando sobre el

cuidado de las partes íntimas, su hija alzó la mano y manifestó que había sido violada por un tío y que contaba para que no les sucediera lo mismo a otros niños, por lo que desde el centro educativo activaron el respectivo protocolo de protección denominado Código Fucsia.

Tras hablar con la psicóloga la estudiante fue remitida al hospital San Vicente para su valoración. Las dejaron tres días en el hospital mientras Bienestar Familiar investigaba el caso; desde allí se comunicó con el padre de la menor, quien se trasladó hasta el sitio y las acompañó durante su estadía y sostuvo una discusión con los familiares, luego de lo cual el acusado empezó a marcar al teléfono celular de la testigo, pero esta no le contestó. El defensor de familia preparó la denuncia y ella se presentó en el CAIVAS de la Fiscalía. Su hija estuvo ocho meses con psicólogo, el proceso ha sido largo y duro, se han visto afectadas a nivel familiar y económico, como quiera que sostiene sola a la niña y por tanto afirma que no tiene sentido inventar algo tan grave.

Incluso adviera que hace una semana grabó una conversación con el papá de la menor en la que este admitió que el acusado le pidió perdón por los hechos, que no sabía por qué lo había hecho, pero el padre de la niña manifestó que por situaciones económicas al interior del grupo familiar necesitaban que James estuviera afuera para ayudarlos. El padre de la agraviada al principio estuvo de su lado y firmó los documentos de la denuncia. La niña no inventaría estas cosas pues tenía un vínculo tan fuerte con la familia de su progenitor, luego llegó al punto de no querer verlos ni ir a esa casa. De otro lado la testigo afirma que antes de esta situación no habría ocurrido un problema grave entre ella y la familia de su ex pareja. Allí tuvo a su hija y vivió los primeros años. Según su conocimiento del inmueble en donde ocurrieron los hechos desde la cocina no se puede ver la sala de la casa.

No tiene quejas en contra de la abuela paterna, que era la persona encargada de la casa. Cuando su niña iba a este inmueble ella llamaba en la mañana, tarde y noche a verificar como estaba, es sobreprotectora. Es amiga del padre de la menor, quien ha hecho lo posible para ayudarla económicamente, en la medida de sus posibilidades. La niña ha aceptado la

ausencia de este, recibiendo el apoyo emocional de ambos progenitores. No tiene contacto ni conflictos con la familia del acusado ni con este. En alguna oportunidad frente a cierta dificultad las cosas se solucionaron dialogando, y agrega que nunca la acusaron de “recostada” (sic), desde que llegó a esa casa empezó a laborar mientras el padre de la niña se graduaba del colegio, nunca le hicieron reclamos por temas económicos. El comentario sobre el abuso de otra niña la llevó a dialogar con su hija, mas no le generó predisposición. Gracias al colegio y a sus padres la pequeña conoce palabras como pene, vagina, partes íntimas.

En este punto de la hilatura es pertinente señalar que estos testigos tienen un contenido mixto: de una parte, realizan aseveraciones acerca de circunstancias fácticas que percibieron de manera directa; y de otra, aseveraciones que tienen que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos de las conductas punibles endilgadas, que no fueron percibidas en forma directa.

*Ubicados en otros de los testigos que desfilaron por el estrado judicial, la abuela paterna de la víctima **LUZ MARINA ACEVEDO SÁNCHEZ** señaló que la menor vivió hasta los cuatro años en su casa, luego de lo cual acostumbraba visitarla y llegaba a quedarse hasta ocho días en su casa; bien fuera el padre o la madre, alguno la llevaba y se la entregaba en la casa en donde vive junto al procesado y a su otro hijo que es el progenitor de la pequeña, aclarando que en vacaciones la niña no acostumbraba a quedarse allí.*

De otro lado considera que los hechos que se le enrostran a su parentela en este caso son falsos, y que nunca llegó a descuidar a la niña, siempre estaba pendiente de ella, quien tan solo hace dos meses la visitó y ante una pregunta de su padre contestó que no sentía miedo de estar allí, que no había motivo para ello. Desconoce cuánto tiempo llevan separados los padres de su nieta. En relación con la distribución de su casa indica que la cocina queda diagonal a la sala y desde allí se observa perfectamente dicha estancia en donde la pequeña acostumbraba a sentarse a ver televisión desde un mueble que queda derecho a la cocina. Realiza a mano alzada un croquis del lugar el cual se expone en juicio e ingresa a la foliatura. Ella es

quien organiza la casa, barre, limpia, etcétera, y señala que con excepción del baño en el interior del inmueble no hay puertas.

Sostiene que siempre tenía tiempo para peinar a su nieta y niega que en alguna oportunidad le haya dicho que buscara al acusado para que cumpliera dicha tarea por ella. El inculpatado laboraba en vigilancia y adiestrando caninos anti explosivos; por su parte el papá de la niña permanecía la mayor parte del tiempo con esta en la casa, pues apenas había renovado un curso para retomar la búsqueda de un trabajo. Ella era la encargada de bañar a la menor y siempre que salía a la calle la vigilaba desde la casa, incluso iban juntas a sus clases de gimnasia para adultos.

Ni el papá de la niña ni esta se quejaron porque un tercero molestara a la menor, a la cual considera muy inteligente y dice que sabe como cuidarse. La niña ha querido mucho a sus tíos, y en general a todos en la familia. Hace poco le preguntó si le daba miedo ir a la casa y respondió que no, preguntó por el procesado, pero no le quiso decir en donde se encontraba, al parecer el papá ya le había contado que estaba detenido. De otro lado sostiene que su hijo James a tenido una relación de respeto con los niños, sus novias han sido mayores que él, no le gustan los menores, y que cuando le llevaban a la niña de visita esta usaba leggins no faldas.

La madre de la menor vivió cinco años en su casa, tiempo durante el cual tuvo dos discusiones con el procesado, quien estaba cansado de sostenerlos y decía que los padres de la niña ya tenían edad para trabajar. Este sostuvo la casa aproximadamente durante ocho años, pagaba la hipoteca, los servicios y mercaba. La madre de su nieta amenazaba al papá y al procesado con la Fiscalía, con enviarlos a la cárcel. Previo a la audiencia volvió amenazar al progenitor con enviarlo a la cárcel sino le daba \$17.000.000 que equivale a la mitad del divorcio. No niega que la joven trabajó durante algunos meses y durante este tiempo aportó económicamente en la medida de sus posibilidades al igual que Jonathan. No llegó a observar que su nieta presentara sudoración excesiva, ni esta le ha manifestado que el acusado la tocara.

Por su parte el defensor de familia **DARÍO DE JESÚS ZAPATA ALZATE** realizó ruta de restablecimiento de derechos en este caso y describe cuáles son sus funciones, agregando que el auto de apertura del proceso de restablecimiento de derecho le fue notificado a los representantes legales de la afectada.

A su vez el psicólogo **CARLOS MARIO ZULUAGA CHICA** adscrito al C.T.I. de la Fiscalía realizó entrevista forense con la víctima, procediendo a relatar en forma extensa y detallada lo que la niña le contó sobre los hechos (evidente prueba de referencia que la judicatura permitió que ingresara al juicio).

En efecto, en este apartado del análisis probatorio es procedente señalar que oteado el plenario y escuchados los respectivos registros de audio, no puede pasar inadvertido para la Sala en primer lugar, que el testigo desarrolló labores investigativas dirigidas a entrevistar a la víctima, en segundo orden y tal como lo tiene discernido la jurisprudencia especializada, que el contenido de los mencionados documentos en verdad contienen declaraciones anteriores, por lo tanto se utilizan para refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo o como medio de prueba directo excepcional admisible en juicio.

Precisando los anteriores derroteros esto dijo el juez plural al respecto:

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

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo –art. 392, literal d) íbidem– o para impugnar su credibilidad – arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem–, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y

posibilidad de conainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

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

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

En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste «como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió»⁹; surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004.»¹⁰

No obstante, tras escuchar los respectivos registros de audio queda claro para la Sala que el director del juicio permitió que a través del investigador ingresara lo que escuchó decir a la víctima en relación con la forma en que ocurrieron los hechos objeto de debate, información que sin lugar a dudas constituye prueba de referencia inadmisibile si se tienen en cuenta las precisiones realizadas más arriba.

⁹ CSJ, SP. AP, 28 ago. 2013, rad. 41764.

¹⁰ CSJ, SP. AP5013-2014 del 27 de agosto de 2014, rad. n° 44066.

En consonancia con las glosas transcritas y el análisis consignado en cuartillas anteriores, refulge nítido que esta segunda instancia no puede valorar la parte de lo dicho por el testigo que resulta prueba de referencia inadmisibles en el juicio, en tanto la menor de edad acudió y ofreció su testimonio en el foro público y no se configuró alguna de las circunstancias ni se solicitó su uso como prueba directa excepcionalmente admisible.

En orden entonces a una debida valoración de su testimonio, la tarea de la colegiatura frente a este testigo se restringe a analizar lo que escuchó o percibió directamente tal cual lo demanda el art. 402 de la ley 906/04, quien realizó entrevista forense y ostentan la doble connotación, ya de testigo directo de aquello que alcanzó a percibir de manera personal y directa por los órganos de los sentidos al momento de entrevistar a la menor, y que como tal puede ingresar a juicio sin el cumplimiento de condiciones especiales, ora indirecto de aquello que la le niña le reveló sobre la forma en que ocurrieron los ataques sexuales en su contra y así se consignó en la entrevista forense, y que como tal no puede ingresar sino de forma excepcional sin que este sea el caso.

Colofón a ello, se itera, tras escuchar los respectivos registros de audio no llama a duda que en la práctica probatoria la defensa y el juez permitieron que ingresara a juicio material de referencia a través del medio criticado, esto es, del testimonio del investigador, empero, el retiro de los apartados criticados en modo alguno dejan al proceso sin prueba para fundar una decisión de fondo, toda vez que en el proceso subsiste suficiente material probatorio para el efecto.

Aclarado lo anterior y ubicados de nuevo en lo dicho por el investigador, es claro que este señaló que la progenitora de la menor autorizó la entrevista y su grabación, que la mujer acompañaba a la niña y con aquella se inició el espacio para generar confianza, luego la entrevistada quedó a solas con el profesional y la diligencia se realizó de manera individual; la niña ya identificaba las partes íntimas del cuerpo humano. La observó tranquila, dispuesta, atenta, colaboradora, cordial, con un lenguaje claro, espontánea y coherente. En la actualidad se espera que un niño de siete años conozca las partes íntimas de su cuerpo. El hecho de que la entrevistada mirara a la

madre cuando al inicio se le preguntó si alguien le había dicho lo que debía decir o si la habían amenazado, no significa necesariamente que existan presiones que no llegó a observar en este caso; tampoco que la menor mintiera.

*Como testigo de la defensa el señor **WILLIAM SILVA ACEVEDO** tío de la presunta agraviada indicó que actualmente reside con su señora madre. También vivió allí durante algunos años con su esposa, su hija, los padres de la víctima, la niña y el acusado. La abuela es la encargada de cuidar a los niños de la casa. El inculpatado es el que siempre ha aportado económicamente en dicho hogar, trabajando como guarda de seguridad y guía canino, y cumpliendo horarios de trabajo muy extensos, debido a lo cual salía temprano en la madrugada y regresaba tipo diez de la noche a la casa. Los padres de la pequeña no tenían trabajo y el procesado les prestaba para llevar a la niña al médico, para los pasajes de la pareja, incluso cuando iban a llevar hojas de vida, y hasta para sus salidas privadas.*

El acusado le hizo saber más de una vez a la madre de la niña que la carga económica de la casa le estaba quedando muy pesada, lo que en más de una oportunidad le molestó a la fémina e incluso a su hermano Jonatham. La dama siempre amenazaba al acusado con la Fiscalía; lo mismo al padre de la niña por el asunto de la manutención. Como se dio cuenta que el conocimiento de los presuntos abusos que se le enrostran a su hermano provenía de terceros llevó al procesado a la Fiscalía, y allí denunciaron por calumnia a la madre de la niña, el mismo día de la denuncia en contra del enjuiciado: de otro lado señala que tiene grabaciones de WhatsApp en los que esta mujer le aceptó a la compañera sentimental del abuelo de la niña que no sabía nada, que desconocía el motivo de la captura del acusado, y asegura que a lo mejor debía tener otras denuncias por este tipo de delitos.

Cuando el procesado ya se encontraba detenido la menor estuvo yendo a la casa de la abuela y preguntaba por el tío James, pero no le llegaron a decir nada, la niña no les llegó a mencionar algo irregular con el acusado. La abuela es siempre la que bañaba a la nieta, duerme con ella, se mantenían juntas, la casa no tiene puertas. La vestían generalmente con leginnes u overoles. Las dificultades con la madre de la niña siempre han sido por

motivos económicos. Para diciembre de 2018 no vivía en la casa de su madre. Para la época en que el acusado, su hermano Jonathan y su madre vivían en dicho inmueble, el último se encargaba del aseso de la casa y se quedaba con la menor pues no tenía trabajo.

*Renunciando a su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse **EL ACUSADO** señaló que su madre construyó la vivienda familiar y los hijos la han ido mejorando, y que antes de ser capturado se dedicaba a ser guía canino en un centro comercial de la ciudad. No ha tenido buena relación con la madre de la presunta agredida, con quien tiempo atrás tuvo una relación amorosa que data del año 2010, cuando él era menor de edad, y a pesar del tiempo y de haber terminado como amigos, la fémina ha ido mostrándose celosa con las novias que va consiguiendo. No le comentó a su hermano sobre esta relación porque le daba pena. De otra pare señala que les reclamaba porque económicamente le era difícil mantener la casa, en donde descansaba muy poco, unas nueve o diez horas, pues en términos generales su trabajo demandaba mucho tiempo, extensas jornadas. A la menor la veía de vez en cuando. Para la fecha de los hechos era el único que trabajaba, su hermano mayor laboraba, pero tiene sus propias responsabilidades, esposa e hijos.*

La relación con Natalia duró unos dieciséis o diecisiete meses, fue antes de que naciera su sobrina, cuando aquella aún vivía con su mamá y llevaba como dos o tres años de noviazgo con su hermano, y terminaron cuando este salió del centro de menores Carlos E. Restrepo “La Pola”. Él era menor de edad y ella tenía diecinueve o veinte años; fue ella quien primero lo invitó a bailar, nadie en su familia se enteró de la relación y luego de su captura poco a poco y cuando ya estaba detenido les fue contando, a su madre y a William su hermano mayor, y manifestó que iba a tener que renunciar a su derecho a guardar silencio. Para el año 2019 laboraba en la empresa Expertos Seguridad y cuenta con los respectivos certificados. En la denuncia no mencionó el romance. Su hermano conoció primero a Natalia.

Ahora bien, según el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, un testigo únicamente puede declarar “sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o de percibir”, surgiendo indiscutible

que los testigos ofrecidos por la Fiscalía que incriminan al procesado, en relación con la materialidad de la conducta penal investigada ostentan la condición de ser pruebas de referencia, figura sobre la cual tiene aquilatado la jurisprudencia se presenta cuando:

“...a instancia de las partes —o de los intervinientes— en el juicio se pretende incorporar, o se introducen de manera efectiva, manifestaciones o declaraciones extraprocesales relacionadas con un determinado suceso o hecho con incidencia sustancial en el debate, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa lo percibió, con el propósito de que la fuente indirecta sea estimada como prueba de la veracidad del correspondiente supuesto fáctico, se está indefectiblemente ante prueba de referencia”¹¹.

Así mismo la jurisprudencia¹² especializada ha sido insistente en señalar que con la denominación de prueba de referencia se alude al medio de conocimiento¹³ llevado al debate oral para transmitirle al juez la declaración¹⁴ realizada fuera de este por un tercero, con el objeto de demostrar que son ciertos los sucesos a los que se contrae la aludida fuente indirecta.

“...[L]a prueba de referencia, no sólo se enfrentará a inconvenientes sobre el poder suasorio, sino a cuestiones que afectan el debido proceso constitucional en lo que atañe a los principios que regulan la práctica de los medios de convicción en el juicio, de allí que su admisibilidad se torne inusual, exista una cláusula de exclusión de este medio de convicción, se haya establecido una tarifa legal negativa, artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y el legislador en su artículo 438 ibídem regula las situaciones en las que pueda permitirse una prueba que no ha sido practicada en presencia del juez de conocimiento en el escenario propio del juicio”¹⁵.

Por su parte dispone el artículo 439 de la Ley 906 de 2004:

“Cuando una declaración contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible, deberán suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad”.

Es claro entonces que en la práctica de varios de los testimonios surgieron señalamientos en contra del procesado que constituyen prueba de referencia inadmisibles y que por lo tanto deben ser suprimidos; son estos los de la realización de los actos constitutivos de la conducta punible por el acusado,

¹¹ CSJ. SP6700-2014, 28 may. 2014, rad. 40105.

¹² CSJ. SP8611-2014, 2 jul. 2014, rad. 34131.

¹³ grabación, escrito, audio, o incluso testimonio

¹⁴ entendiéndose por tal la manifestación de hechos pasados

¹⁵ CSJ. SP 21 sep. 2011, rad. 36023. También: SP, 27 feb. 2013, rad. 38773; SP, 9 oct. 2013, rad. 36518, y SP10986-2014, 20 ago. 2014, rad. 41390.

cuyo conocimiento se genera a raíz del relato que realiza la presunta agredida (quien acudió al juicio) o la madre de esta a cada uno de estos.

Por tanto, realizando la lectura en conjunto de los medios de prueba, como lo reclaman la Fiscalía y la Representante de la Víctima, hallamos que la presunta existencia de la conducta punible endilgada al acusado se soporta, excluida la prueba de referencia inadmisibile, exclusivamente en los dichos de la menor, presuntamente víctima de tocamientos por parte de su tío James.

Ante tal panorama probatorio, es preciso entrar a determinar con base en el aunado análisis del caudal probatorio si emerge aventurado el conferirle plena eficacia o credibilidad al único testimonio de cargos como lo reclaman los censores, y si en la foliatura cuenta con otros elementos de juicio, ya para corroborar las imputaciones, ora para descartarlas en forma plena¹⁶, y en términos generales si se logra sin hesitación alguna tener por demostrada la materialidad de los hechos denunciados y la responsabilidad del procesado en su comisión, o si del material de convicción emerge una explicación diferente de los hechos, o dudas que en este estado del proceso se tornan insalvables y que en consecuencia exigen la aplicación del apotegma in dubio pro reo, artículo 29 Carta Política y 7° de la Ley 906/04, ya que como lo tiene decantado la Sala de Casación Penal de la CSJ:

“ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva talladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria”¹⁷.

Vale acotar además que la duda probatoria a la que se alude es aquella de entidad suficiente para enervar el fallo de condena, pues no cualquier incertidumbre que surja en el proceso probatorio genera la anunciada y trascendental consecuencia jurídica.

¹⁶ CSJ. SALA DE CASACIÓN PENAL. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO Magistrado Ponente. SP1100-2015. Radicación N° 43.075. Aprobado acta N° 44. 11 de febrero de 2015.

¹⁷ CSJ, SCP. Radicado 40105 del 28 de mayo de 2014.

Al respecto, habrá de decirse que, a partir del análisis individual y aunado de las pruebas practicadas en juicio, no puede pasar inadvertido para la Sala que, si bien la menor rindió testimonio de manera clara, en un lenguaje entendible y manteniendo un hilo conductor, surgen inocultables inconsistencias con lo dicho por otros testigos ofrecidos por la Fiscalía.

En efecto, basta reparar en la forma en que la menor noticia sobre los detalles de la secuencia fáctica que ocupa la atención de la Sala para advertir que pese a los esfuerzos de la fiscal del caso en desarrollo del interrogatorio cruzado, la menor que inicialmente describe dos eventos, parece aludir a una sola secuencia fáctica que se desarrolló en horas de la tarde, mientras que otros testigos dicen que la escucharon noticiar con relación a ese primer episodio que la abuela se encontraba preparando el desayuno y que ocurrió en horas de la mañana y el segundo en horas de la tarde, eso sí, en una misma calenda.

Aunado a lo anterior, no deja de generar suspicacias que si la abuela materna es una persona de confianza, celosa con su tarea como protectora de los niños del núcleo familiar, tal como se infiere de los testimonios de la propia víctima, e incluso lo reconocen varios testigos de la Fiscalía en su paso por el estrado señalando que no tienen reproches frente a esta persona, si los tocamientos se presentaron en diferentes momentos del día, tras un primer sorprendimiento y llamado de atención al agresor, la matrona descuidara por segunda vez a su nieta y ante nuevos hechos simplemente insistiera en reprender a su prole y casi consintiera actos tan reprochables, lo que no guarda lógica con el carácter que se dice tiene la dama frente al cuidado de los niños.

Pero más allá de las inconsistencias frente al testimonio de la menor, la Sala concuerda con la primera instancia en que este no encuentra mayores elementos de corroboración periférica.

Y es que bajo el panorama perfilado por los propios testigos en juicio, no pueden desconocer los apelantes que la versión rendida por la menor en el foro público resulta carente de coherencia externa, no se conecta en aspectos esenciales con lo dicho por algunos de los familiares que

atendieron el llamado de la justicia, e incluso no encuentra material de corroboración periférica con lo dicho por los diferentes profesionales que la valoraron, por demás ajenos a los involucrados en estos hechos.

Su dicho no solo genera dudas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sobre aspectos previos, concomitantes y posteriores a los supuestos atentados contra su integridad, formación y libertad sexual a manos del acusado, y a diferencia de lo que estiman los impugnantes, para este cuerpo colegiado refulge prístina la orfandad de material que corrobore sólidamente y de forma conexa la versión inculpativa que ofrece la víctima en juicio, tal como pasa a explicarse.

Para una correcta sindéresis de la problemática que se viene analizando, la Sala considera oportuno traer a colación en este punto algunos extractos de la jurisprudencia especializada, en los que se analiza que la labor de ponderación de la prueba testimonial no solo se desarrolla siguiendo los criterios previstos en el art. 404 de la ley 906/04, a su vez se requiere tener en cuenta otros parámetros para definir la fiabilidad del testigo.

“La Corte¹⁸ también ha proporcionado parámetros a tener en cuenta al valorar la fiabilidad del testigo, tales como la ausencia de interés de mentir, las condiciones subjetivas, físicas y mentales del declarante para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la coherencia de su discurso, la correspondencia con otros datos objetivos comprobables, la verificación de los asertos con distintos elementos de prueba, la intención en la comparecencia procesal, entre otros, y ha descartado la condición moral del atestante como parámetro suficiente para restarle poder de convicción¹⁹.

Respecto a la recordación de los hechos, la Colegiatura²⁰ ha afirmado que ello depende de múltiples factores tales como la entidad de los mismos, la manera en que afectaron al testigo, la forma en que se produce la percepción, la naturaleza principal o subsidiaria de los datos recogidos por la memoria, su lógica, coherencia, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dice haber advertido, la forma, época y justificación del por qué se declara, y si sus afirmaciones encajan en las demás pruebas, al tiempo que ha insistido en la importancia de corroborar los dichos del testigo con otros elementos de prueba.”²¹

¹⁸ Cfr. Entre otras, CSJ. SP. de 13 de marzo de 2013, Rad. 33799; SP. de 4 de marzo de 2015, Rad. 38635.

¹⁹ Cfr. SUJ. de 23 noviembre de 2016, Rad. 44312.

²⁰ Cfr. CSJ. SP. de 24 de septiembre de 2014, Rad. 38097.

²¹ CSJ, SP. Sentencia del 30 de enero del 2019, radicado SP083-2019, 51.378, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Como puede verse las circunstancias analizadas afectan profunda y decisivamente la credibilidad de los parientes de la menor que se escucharon en juicio, las inconsistencias o contradicciones detectadas tornan forzado encuadrarlos en lo que suele denominarse parámetros normales de inconsistencias o contradicciones que en veces se producen por diversos factores, tales como el paso del tiempo, la personalidad, desarrollo y capacidades cognitivas, el entorno y diversas circunstancias que rodean el caso, entre otros que pueden explicarlos fácilmente y que no infirman la tesis incriminatoria, obstáculos ante los que en no pocas oportunidades la memoria humana es altamente falible, particularmente en el caso de la víctima menor de edad de abusos sexuales y que permiten descartar que respondan a posturas falaces o maledicentes de parte de los testigos.

Empero en el caso presente la situación es distinta, en criterio de la Sala las contradicciones e inconsistencias en que incurren los testigos no son secundarias, se tornan esenciales y de fondo, quedando descartado que “se trate de matices o variaciones” que no logran restarles mérito o poder suasorio a sus deponencias, y que, en aplicación de ley de la lógica conocida como principio de no contradicción, en vez de confirmar los aspectos fundamentales de la conducta material investigada ciernen un grueso manto de duda que debe resolverse a favor del acusado.

Las siguientes glosas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que con criterio de autoridad tocan el tema, resultan del todo ilustrativas al respecto:

“Las discrepancias sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad del testimonio aunque si la aminoran sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud, pero al recaer sobre contenidos secundarios terminan siendo un desacuerdo aparente, esto es, no real y por ende superable o conciliable que habrá de ser valorado con ponderación y razonabilidad adoptando una especie de hermenéutica de favorabilidad apreciativa al interior de las expresiones fácticas dispares en lo no esencial.

Lo que destruye el valor y la credibilidad de los testimonios vistos en su unidad, esto es, confrontadas sus ampliaciones o con relación a otros es la verdadera contradicción sobre aspectos esenciales relevantes y esa depreciación será mayor cuando sea menos explicable la contradicción, divergencias de esa naturaleza que para el evento objeto de examen no se advierten.

Es cierto que uno de los presupuestos para la eficacia probatoria del testimonio es su claridad, precisión y conformidad, es decir, que no comporten contradicciones internas en sus expresiones, ni externas en relación a otros medios de convicción.

Puede afirmarse que el testimonio en general, incluido el testimonio de la víctima, se puede ver afectado en su credibilidad por ser ambiguo, difuso o excluyente (en lo interno o externo) en sus referencias fácticas a los aspectos principales, esenciales de la conducta punible materia de investigación o juzgamiento, por obstáculos o minusvalías en su capacidad intelectual, sensorial, visual o auditiva, o por la imposibilidad de registros, o en circunstancias en que hubiese tenido motivos que le generaran una intención de engañar por odio o venganza hacia su victimario...”²²

En efecto, tal como lo expone la primera instancia, la forma en que se produjo la develación de los hechos no deja de sembrar un manto de duda, en tanto la sudoración excesiva en las manos de la presunta agredida solo fue observada por la madre de la menor y su abuela materna, en tanto los profesionales en salud que la valoraron no dan cuenta de dicha problemática física.

Pero, además, otro aspecto que llama la atención y emerge del escrutinio de los testimonios, es que mientras la menor adviera que le dio a conocer los hechos a su maestra y que los compañeros que estaban allí escucharon, su progenitora sostiene que su hija estaba interesada en que a ningún otro menor le sucediera lo mismo, alzo la mano para pedir la palabra, y procedió sin dificultad a contarle a sus compañeros y a su maestra que su tío la había violado. En lo que nuevamente no coinciden las deponentes, a lo que se suma que lamentablemente el debate no contó con el testimonio de la docente para aclarar dicho aspecto.

Quedó así mismo decantado que en la historia clínica de la menor figura que la madre pensó inicialmente que los cambios de comportamiento de la paciente se debían a la ausencia de la figura paterna, dejando en claro el profesional de la salud que no encontró lesiones compatibles con el motivo de consulta, aunque reconoce que en este tipo de casos no suelen quedar evidencias de los tocamientos, y que la somatización e irritabilidad la dio a conocer la madre de la niña no la menor.

²² CSJ, SP. Decisión del 15 de septiembre de 2010, radicación N° 34.372.

Tampoco puede pasar inadvertido que otra de las profesionales asocia la tristeza y ansiedad de la menor con la preocupación que genera en la paciente la ausencia de la figura paterna, y que las alusiones a conductas sexualizadas, y el señalamiento directo en contra del presunto agresor fueron realizadas por la madre y no la menor, fue la profesional en psicología con quien se desarrolló la nada despreciable cantidad de 35 sesiones de terapia, sin que tras la exploración emocional encontrara una afectación directamente asociada a una situación de abuso, conectándola al parecer por tantos cambios a nivel familiar, lo que indudablemente incluye la separación de sus padres y la imposibilidad de visitar a sus seres más queridos dentro de su núcleo cercano, su abuela materna y su padre, sin que el que incluyera a un tío sin identificar en el círculo de la desconfianza resulte suficiente para los efectos perseguidos por los apelantes.

En síntesis, no pueden pretender los impugnantes que la Sala pase por alto que la profesional señaló categóricamente que la paciente: “nunca verbalizó o señaló algo con relación al abuso sexual” (sic), y que el grado de culpabilidad al que alude en su informe es una inferencia personal derivada de lo observado y de lo dicho por la progenitora de la niña, quedando en evidencia que esta se sentía afectada porque en la actualidad no puede verse con la misma frecuencia con su padre.

Se apoya igualmente la tesis incriminatoria en la presunta clandestinidad que le brindaría al agresor sexual la separación de la sala y la cocina en el inmueble de la abuela paterna. Sin embargo, basta otear los planos que a mano alzada realizó dicha testigo en juicio y uno de sus hijos y que fueran arrimados al sumario, para observar que entre las dos estancias al parecer no se interponen elementos que dificulten o tornen nula la visibilidad.

Aunado a lo anterior, en el caso de autos se encuentra aquilatada la incredibilidad subjetiva en virtud de las difíciles relaciones y problemas familiares, principalmente de la madre de la menor con el acusado, lo cual puede ser la causa, o “detonante” para utilizar las palabras del a quo, de la denuncia penal en contra del aquí enjuiciado, dejando sus declaraciones sin la aptitud requerida para generar la certidumbre que requiere un fallo de condena.

En este caso no se desvirtuó la ocurrencia de varios altercados entre la madre de la menor y el acusado, fundamentalmente por situaciones de orden económico al ser este el único con trabajo y aportante en este rubro al hogar que se conformó en la casa de la abuela paterna; lo mismo sucede con las amenazas de la fémina de enviar a la cárcel al acusado e incluso al padre de su hija, y que la relación amorosa entre estos implicados también genera sospechas al no haber sido desacreditada tal afirmación.

La persistencia en la incriminación, aspecto este que de manera alguna niega la Sala, no va más allá de insistir en la ocurrencia de los hechos investigados y de atribuirle su autoría al procesado. Entonces, además de este prolongado señalamiento en el tiempo, la acusación se muestra plena de inconsistencias y contradicciones que analizadas en el contexto que se viene reseñando generan duda probatoria, incluso resulta válido preguntarse si los cambios exteriorizados presuntamente por la niña son el producto de tocamientos sexuales por parte del acusado, o el estudio objetivo de los antecedentes del caso y las conclusiones de los profesionales que valoraron a la menor permiten inferir que se relaciona con la ausencia de la figura paterna.

En términos generales los señalamientos directos en contra del acusado, adolecen de verosimilitud, en el sentido de la constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen la versión de la víctima. Más allá de que esta no recuerde la fecha exacta en que ocurrió la presunta agresión sexual (algo normal o propio de la edad de la menor, de apenas cinco años para el momento de los acontecimientos investigados), llama la atención, por ejemplo, la seguridad con que recuerda la mano con que la tocó su agresor.

Concretamente estima esta Sala que el testimonio de la menor de edad, el cual sirvió de piedra angular en la teoría el caso defendida por la Fiscalía, resulta del todo débil y minado en su credibilidad a la luz de los criterios establecidos en el 403 de la Ley 906/04, siendo evidente que al ser esta la única forma de vincular al procesado con los hechos investigados la duda probatoria refulge en el sub iudice, de manera que al no contar la actuación con el conocimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad

penal del acusado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 7° y 381 de la Ley 906/04 procede la absolución del enjuiciado, pues en tales condiciones es imposible que en justicia se condene a un ciudadano sin quebrantar las más elementales garantías que le asisten dentro de la sistemática acusatoria y a la luz de los principios constitucionales y las garantías legales que le asisten a este.

No se requieren grandes esfuerzos analíticos para observar que el señalamiento en contra del acusado por parte de la madre de la menor puede responder a un interés diferente al de hacer justicia.

Y es que para corroborar la existencia de los vejámenes y de la responsabilidad del acusado se requiere de otros elementos de juicio, diversos a los aquí practicados, máxime al estar ínsita en la teoría del caso de la Fiscalía un indicio de oportunidad de realización de la conducta punible, concluyendo que están dados el ambiente y la oportunidad para la consumación del punible: la presencia de quien se aduce como agresor en la residencia, la ausencia de la misma del padre de la menor, y la imposibilidad de la abuela de observar claramente hacia el sitio de los tocamientos.

A pesar entonces de los esfuerzos de la Fiscalía, estima la Sala que en el caso de la especie no se supera el estándar legal exigido por el art. 381 de la ley 906/04 para dictar fallo de condena, temática sobre la cual tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-609 de noviembre 13 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz:

“Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta —pues ella es imposible en el campo de lo humano— sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable. Además, las dudas que implican absolución del condenado son aquellas que recaen sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se pudieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo, tal y como esta Corte ya lo ha señalado”.

Y es que si la Fiscalía como ente en cabeza del cual se encuentra el ejercicio de la acción penal no prueba con certeza la responsabilidad del enjuiciado, la presunción de inocencia cobra su verdadera fuerza y se consolida en la

actuación, por lo que no cabe otra opción que la de absolver al individuo que resiste la acción punitiva del Estado; en fin, que corroborado por la Sala al analizar la prueba existente en la investigación que la presunción de inocencia que constitucional y legalmente cobija al procesado no logró ser desvirtuada en este caso y ello, como se anunció, demanda que se confirme íntegramente el fallo confutado.

Al respecto tiene dicho el órgano de cierre de la Jurisdicción Penal:

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado²³. (Subrayado nuestro).

En fin, que como lo ha sostenido el a quo, en la actuación no se cuenta con suficientes elementos probatorios de calidad como para acreditar la certeza que demanda una sentencia de condena.

En síntesis, las pruebas analizadas en conjunto no arrojan la certeza racional respecto de la ocurrencia de los hechos investigados y la responsabilidad del acusado, y que la misma sea más allá de toda duda, debiendo reconocer la Sala que las incongruencias y contradicciones detectadas son de una entidad tal que le restan credibilidad y poder suasorio a la incriminación, y llevan a desdibujar y afectan gravemente la teoría del caso de la acusación, a lo que se suma que al existir otras posibles explicaciones de los hechos, bajo tales circunstancias resulta imposible emitir un fallo de condena sin desdibujar la arquitectura misma del sistema acusatorio, violentando y desconociendo los más elementales derechos que le asisten al ciudadano.

En esta oportunidad el material directo aportado resulto de débil factura al no encontrar sustento ni eco en los demás medios de prueba, y a pesar que no

²³ CSJ, SCP. Sentencia del 9 de marzo de 2006, radicado 22.179. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

se trajo al proceso una contundente prueba de la inocencia del enjuiciado, al existir además otras posibles explicaciones de los hechos necesariamente concluye la Sala que debe confirmarse el fallo absolutorio por duda probatoria, pues con fundamento en lo probado emergen múltiples situaciones o interpretaciones que impiden darle plena credibilidad a la versión inculpativa de la menor, que acrecientan las dudas sobre lo realmente acontecido, tornan plausibles otras posibles explicaciones para la inculpativa en contra del justiciable, y por ende difícil se torna para la sala el apartarse de lo decidido por el a-quo bajo dicho panorama.

Apoyados entonces en la jurisprudencia²⁴, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la duda que conlleva a la absolución es aquella que: “recae sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se pudieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo”. Y en el sub examine, se insiste, el recaudo probatorio no logra transmitir la certeza que exige el racero legal para endilgar responsabilidad por el punible contra el patrimonio económico.

De ahí que dificultades probatorias relacionados con la acreditación más allá de toda duda, como lo exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, de la ocurrencia de la conducta imputada como delito y la responsabilidad del acusado²⁵, requieren la aplicación del principio y derecho fundamental del in dubio pro reo, como lo decidió el a quo, “pues el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena debe estar anclado en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, siendo la justicia que administra el hombre falible, se impone en nombre de esa misma justicia decisión absolutoria, disyuntiva falladora que previene el inaceptable riesgo de condenar a un inocente”²⁶, siendo consecuente con lo hasta este punto analizado debe ratificarse la absolución decretada por la primera instancia.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-609 de noviembre 13 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

²⁵ C.S.J. SALA DE CASACIÓN PENAL. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER Magistrado Ponente. SP7248-2015. Radicación N° 40478. (Aprobado en Acta N° 205). 10 junio de 2015.

²⁶ *Ibidem*.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia absolutoria de primera instancia apelada por la Fiscalía y la representación de víctimas, acorde a los motivos analizados en la parte considerativa de este proveído.

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

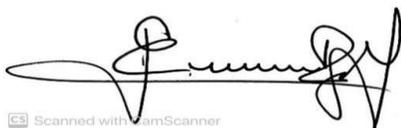
TERCERO. Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados²⁷,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

²⁷ El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas".