



## SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00207-2019-00504  
Procesado: Duván Arley Restrepo Mejía  
Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado  
Acceso carnal violento agravado  
Actos sexuales con menor de 14 años agravado  
Asunto: Apelación de sentencia absolutoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 023

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

### 1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la representante de víctimas en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado 14° Penal del Circuito de Medellín, que absolvió al señor Duván Arley Restrepo Mejía del concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, acceso carnal violento agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado, por los que había sido acusado.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. De los hechos

Fueron reseñados en la formulación de acusación de la siguiente manera:

*“Entre los años 2017 y 2018, en el barrio Luis López de Mesa de la ciudad de Medellín, cuando el menor JMBB contaba con 10 años de edad y era dejado bajo el cuidado de la señora Luz Estella Mejía, madre del acusado, y el acusado, por la confianza que la familia del menor tenía en ellos, el acusado (SIC) Duván Arley Restrepo Mejía realizó en el citado menor actos sexuales abusivos que consistieron en abrirse el cierre del blue jean y mostrarle su pene, hecho que ocurre en una de las habitaciones del citado inmueble.*

*Pero ese no fue el único hecho pues, en una segunda ocasión, realizó en el citado menor acceso carnal violento que consistió en bajarle los pantalones, los pantaloncillos, cogerle las dos manos a la fuerza, amarrárselas con sus manos, taparle la boca y meterle el pene por el ano, a lo que el menor manifiesta sentir dolor, pero no poderse mover o gritar.*

*En una tercera ocasión realizó en el citado menor acceso carnal abusivo que consistió en cogerlo de la mano, bajarle su ropa de manera rápida y encontrándose el acusado sentado, proceder a sentar al menor encima de él introduciéndole el pene por el ano, momento en que el menor, al parecer por un movimiento que realiza, comienza a sangrar”.*

## 2.2. De la actuación procesal

La Fiscalía, en audiencia del 5 de julio de 2019, le imputó a Duván Arley Restrepo Mejía la comisión del concurso de delitos de acceso carnal violento agravado por razón de la confianza que la víctima depositaba en el acusado y haber abusado de esa confianza, y por ser la víctima menor de 14 años (artículos 205 y 211 numerales 2° y 4° del C.P.), acto sexual con

menor de 14 años agravado (artículos 209 y 211 numeral 2° del C. P.), y acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (artículos 208 y 211 numeral 2° del C. P.). En la misma audiencia se impuso medida de aseguramiento, la que fue confirmada en segunda instancia, el 25 de julio de 2019.

El 7 de noviembre de 2019, se formuló acusación en los mismos términos de la imputación. El 10 de febrero de 2020, tuvo lugar la audiencia preparatoria en la que se presentaron las solicitudes probatorias y se estipuló la plena identidad del acusado y de la víctima, así como la minoría de edad de esta última. Las audiencias del juicio oral se efectuaron los días 1 de diciembre de 2020, 15 y 22 de enero, 12 de febrero, 28 de abril, 17 de junio, 1, 2 y 13 de julio, 6 de septiembre y 27 de octubre de 2021, fecha última en la que se presentaron los alegatos de conclusión.

El día 17 de noviembre de 2021 se emitió sentido de fallo absolutorio y se leyó la sentencia, contra la cual la Fiscalía y la apoderada judicial de víctimas interpusieron el recurso de apelación, que oportunamente lo sustentaron en conjunto.

### 3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La juez de primera instancia juzgó procedente absolver al acusado porque en el acervo probatorio no existe elemento de juicio que permita deducir con certeza la responsabilidad penal del acusado.

Naturalmente, aunque valoró el relato de la víctima menor lo consideró lleno de dudas sobre los sucesos que narra, por cuanto no recuerda diversos aspectos sobre los momentos y contextos de los abusos, sin que esté seguro de esas situaciones, enmarcándose en vacilaciones; que del parque se marchó para su casa, a sabiendas de que había dicho que el parque queda a 3 o 4 cuadras, lo que no puede ser porque estaba al cuidado de su madrina, dado que su procreadora se encontraba laborando en Montería y, aunque más adelante explica que se fue para la tienda de la madrina lo haría solo.

Así mismo, encuentra inconsistencias que la alegada víctima habría manifestado que a veces lo cuidaba Duván cuando salía su madrina; pero, no sabía si Duván vivía en esa casa, no contesta, pues solo dice que él casi nunca se quedaba en esa vivienda sino en la tienda de ellos. Igualmente, advirtió que el testigo refirió que estaba en el sofá de la sala viendo televisión con Duván y que este comienza a tocarle las piernas, siguiendo con su ano y pene, que tenía una edad entre 7 y 9 años, y era como la 1:30 de la tarde, lo que no concuerda para la juez porque, si cuando lo examinó la pediatra era marzo del 2021 y contaba con 12 años, se tiene entonces que los 7 y los 9 años corrían para las calendas de 2016 y 2018 respectivamente; sin embargo, la Fiscalía ubicó esos sucesos en 2018 y 2019, fecha en que Duván no vivía con su madre sino con su hermana en el barrio Villa Hermosa, teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento finalizó el 27 de noviembre de 2016, y la señora Stella ya no habitaba allí, porque se fue a vivir con su compañero en mismo barrio López de Mesa, mientras que Duván se marchó con su hermana y el esposo de esta que

le ofrecieron no quedarse solo, lo cual es dicho no solo por los testigos de descargo, sino también por la madre del menor supuesta víctima, y Ángela, hermana.

Apreció que el menor ante la pregunta de si expresó algo diferente a lo que decía en el juicio sobre el tocamiento de sus partes íntimas en la entrevista en el CAIVAS, dijo que no recordaba, porque para entonces tenía la cabeza muy caliente, aunque los hechos habían acaecido, según el menor, hacía como año y medio. De ahí que le extrañe al juez que el testigo recuerde un tocamiento a sus partes genitales y ano, que fue rápido, que él sacó la mano del enjuiciado ahí mismo, y olvide que dijo a su mamá que fue penetrado vía anal dos veces por Duván, la primera vez *“la puntica no más”* porque todo el falo no le cabía por grande y la segunda vez que sí se lo introdujo completo, que le dolió mucho y sangró por dos días; sin embargo, eso no lo recuerda.

Agregó que ese sería el relato que el menor hizo en el juicio oral, pero el que le hizo a las médicas e investigadora, Dra. Ana Paulina, Dra. Marta Elena y la investigadora Lucelly, fue de dos accesos carnales abusivos, uno habría ocurrido en horas de la mañana, a los pocos días, otra vez en horas de la tarde y el tercer intento fue fallido, expresando el niño que contaría y que por ello el procesado nada le hizo, sin que les hubiere relatado que también hubo un acto sexual, como sí se lo refirió a su madre.

En cuanto al testimonio de esta última, apreció que estaba angustiada porque su hijo ya le había expresado un hecho

distinto luego de ser confrontado y el niño le narró que el enjuiciado solo tocó con su miembro el ano y no fue más, y al preguntarle por el motivo de su mentira, respondió que estaba confundido y con miedo, por lo que la madre busca ayuda porque debe narrar esta nueva versión de su hijo, quedando así el tocamiento que habría ocurrido una sola vez. Además, señaló que, al parecer el acto sexual sucedió en la casa de la señora Stella donde vivía con Duván, entre mediodía y dos de la tarde, pero para ese entonces el niño tendría cinco años de edad.

Reparó en que la Fiscalía ubicó los hechos acontecidos entre 2017 y 2018, cuando el afectado contaba de 8 a 9 años, pero la presunta víctima explica que los hechos acaecieron cuando tenía 10 años, en el 2017, que su madrina vivía con su hija y con el procesado, que las mujeres habían salido, Johana a vender ropa, y la madrina no estaba, por lo que se quedó a solas con Duván, pero advirtió que para el año 2017 Johana vivía con su esposo en el barrio Villa Hermosa donde construyeron vivienda y estaban también con Duván, y dejaron esa casa de López de Mesa desde finales de noviembre de 2016 que se terminó el contrato de arrendamiento y la hermana de Duván se casó en septiembre del 2016 pero se fueron de esa casa el 26 de noviembre del mismo año, mientras que el niño fija los hechos en 2017 cuando tenía 10 años, pero esa edad la cumplió en 2019, pues para el 2017 contaba con 8 años.

Estimó que el relato que el menor hizo a la pediatra Ana Paulina Pamplona Sierra no fue libre ni espontáneo, pues el niño estaba con su hermano, quien escuchó atento lo que dijo, ya su familia estaba alertada, su padre vino desde los Estados

Unidos por este hecho, uno de sus consanguíneos se chocó en su moto por correr a casa del adolescente tan pronto conoció lo relatado por este a su madre, siendo para el niño demasiada presión cualquier verdad o realidad distinta que quisiera expresar, por ello se ve retraído, incómodo y dijo a la médica lo que inicialmente narró a su madre y esta trasmitió al resto de familia.

Así mismo, consideró que no fue objetiva ni imparcial la actuación de la psicóloga Mónica Jaramillo Carmona, la defensora de familia y la pediatra, porque todas manifestaron que el niño estaba muy afectado con la ocurrencia de ese abuso sexual, dándolo por hecho, olvidando examinar todo su entorno como es el familiar, esto es, un niño cuyo padre y hermanos están lejos, vive solo con su mamá, pero, esta viaja constantemente y lo deja con terceras personas fuera de su hogar y sin su familia. No obstante, todas las personas que tuvieron que ver con el restablecimiento de derechos del menor, expresaron que los cambios del niño son a partir del abuso, sin interrogar a la madre quien manifestó que no había notado cambios en su hijo sino a partir de que habló con él esa noche que estaba grosero y tiró el celular, y ella le llamó la atención, cuando venía la madre de un viaje a Montería, por lo que no se analizó entonces por este personal de salud y administrativo que el niño podría estar llamando la atención por su soledad familiar y por haber tirado su celular, pudiendo decir estas situaciones que involucraron al procesado y que ya entonces no iba a haber regaño, pero sí toda la atención para él y precisamente, su padre vino de los Estados Unidos y sus

hermanos lo rodearon, se preocuparon y le hicieron acompañamiento.

Tuvo en cuenta que, si bien entre la presunta víctima y el inculcado no existen motivos de enemistad, también lo es que las versiones del menor no fueron confirmadas ni por él mismo, y la inculcación no es persistente, como tampoco es coherente, lo que impide otorgarle algún grado de credibilidad.

Precisó que esas son las dudas que le asisten y no porque las especialistas que examinaron al menor no hayan encontrado huellas de abuso sexual en tanto resulta explicable que después de tanto tiempo de haber existido no se puedan percibir, ni tampoco le suscita duda la alegación de que la Fiscalía no identificó el inmueble donde el menor adujo que tuvo ocurrencia el abuso sexual en su contra, pues esto sí quedó claro.

#### 4. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

4.1. La Fiscalía y la representante judicial de víctimas, de manera conjunta sustentaron la apelación en contra de la anterior decisión con el fin de que sea revocada y se emita condena en contra del procesado.

Alegan que la juez de primer grado efectúa un análisis parcial de la prueba practicada, de tal forma que asume como inverosímil el testimonio de la víctima en lo que concierne a los tocamientos realizados por su conocido Duván Arley, en

momentos en los que se encontraba bajo el cuidado de su madrina, Libia Estella Mejía García, omitiendo la prueba de corroboración periférica, como serían los testimonios de Martha Ballesta, Libia Estella García Mejía y la víctima que no dejan duda sobre la relación de cuidado existente entre las dos últimas, la que perduró hasta el año 2018 y ocurría en el espacio de la madre del acusado, mas no en el del menor víctima.

Agrega que, según lo atestiguado por la señora Martha Ballesta, para el año 2019 el afectado reveló lo sucedido, lo que se hizo en un entorno en el que no existía animadversión hacia el acusado ni entre las familias, pese a que fue precedida por un incidente originado con la tenencia de un celular por parte de la víctima, además que no quedó demostrada circunstancia alguna que permitiera inferir que JMB estuviese influenciado para realizar falsas acusaciones, sin que exista motivo alguna que lleve a concluir que el afectado inventó lo narrado a fin de llamar la atención de la familia y evadir la represión de la madre.

Sobre esto último, indican que no se tuvo en cuenta que la doctora Mónica María Jaramillo, que participó en el equipo de restablecimiento de derechos, observó que se lograba identificar que el menor tenía unos padres protectores, amorosos y que mostraban interés por el niño, sin que hubiere maltratos en su contra y, por el contrario, estaban afectados por sus cambios conductuales.

Se quejan por cuanto se desestiman los testimonios de las profesionales que participaron en el restablecimiento de derechos alegándose que no fueron imparciales al haber asumido la existencia del abuso, cuando lo cierto es que no actuaban como investigadoras, sino con el fin de verificar la existencia de la afectación de los derechos del menor, mas no la ocurrencia de la conducta delictiva o la confrontación de los dichos de este último.

Alegan que no se analizó la convivencia constante de la víctima con Libia Estella y su familia, lo que se convirtió en una cotidianidad que, aunada a la corta edad de la víctima, genera la imposibilidad de recordar la época exacta en que ocurrieron los hechos en los años 2017 y 2018, aunque el afectado deja claro que sucedieron en los días en que salía a jugar fútbol con Duván Arley y compartían espacio en donde residía la señora Libia Estella, cuando se encontraba bajo su cuidado.

Con relación a esta última testigo, indican que en el contrainterrogatorio manifestó que hubo épocas en que Duván vivía con ella y que cuidó a JM cuando vivía en López de Mesa y donde Jorge, advirtiendo que con anterioridad convivió con este en Robledo hasta el año 2018 y que cuidó a la víctima hasta el año 2018, en contraste con lo que la misma testigo manifestó que su hijo había dejado de convivir con ella desde el año 2016 y que solo había tenido contacto con él para la entrega de los arriendos que cobraba en su nombre.

Aducen que lo anterior se contradice con lo manifestado por el señor Jorge Eleazar Zapata Gallo, quien indicó que su compañera vivía actualmente en Robledo y que conoce al procesado pues vivió con ellos en esa localidad, contradiciendo a su compañera al manifestar que Duván los visitó en otras ocasiones diferentes a las aducidas por Libia Estella.

Refieren que la víctima fue constante en la incriminación del procesado en lo concerniente a los tocamientos, motivo por el cual la Fiscalía desistió en los alegatos de la incriminación por otros delitos, pero no se puede sacar de tajo lo manifestado por la víctima desde el momento de la revelación.

Consideran que la sentencia incurrió en un falso juicio de identidad por supresión de algunas de las pruebas practicadas, en tanto no se tuvo en cuenta la prueba de corroboración periférica y la distorsión del testimonio del niño, así como, vulnera el principio de la sana crítica, por cuanto las conclusiones a las que arriba la falladora constituiría meras especulaciones sin asidero probatorio.

4.2. El delegado del Ministerio Público, como no recurrente, apoya los argumentos de las apelantes en tanto es menester analizar cómo surgen a la luz los hechos ocurridos y que estos no fueron sembrados por nadie, sin que exista intereses mal intencionados con el ánimo de causar daño al procesado pues, pese a que existen inconsistencias en lo narrado por la víctima, confrontado con la totalidad de la prueba, permite darle credibilidad.

En su sentir, no resulta clara la ubicación del procesado por fuera de la escena del delito, toda vez que su madre relata que este la visitaba en el tiempo de ocurrencia de los hechos y el que haya fijado su residencia con otros familiares no descarta la presencia del acusado en la casa de su progenitora y la concomitancia con la presencia del menor en el lugar.

Considera que ante la credibilidad reforzada de las manifestaciones de la víctima, la narración de las personas que atendieron el caso en sede de restablecimiento de derechos del menor, las afirmaciones de la madre del menor, confrontado con la prueba de descargos, aunque podrían surgir algunas dudas respecto a la temporalidad de los hechos, ello no da al traste con su ocurrencia, debiendo darse por sentado que la Fiscalía logró desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo que amerita la revocatoria de la sentencia absolutoria y, en su lugar, la emisión de una de carácter condenatorio, en los términos en que se alegó de conclusión.

## 5. CONSIDERACIONES

Como la Sala no observa motivo de nulidad de la actuación procesal, se ocupará de examinar las censuras que de consuno formulan las apelantes dirigidas a revocar la absolución y a obtener, en cambio, la condena del acusado por un solo delito de los tres atribuidos, valga decir, por actos sexuales abusivos, sin censurar la absolución por los accesos carnales, ora abusivo, ora violento, que también fueron atribuidos en la acusación.

Aunque apeló la Fiscalía y la representación judicial de víctimas, causa por la cual no opera la prohibición de reforma en peor, aplica la restricción de competencia de examinar solo los aspectos impugnados, de los cuales se excluyen, por la vía de la remisión de lo alegado en la conclusión del juicio oral, los delitos de accesos carnales que también le fueron atribuidos<sup>1</sup>.

El recorte de las pretensiones de la parte acusadora es apenas comprensible, por cuanto las versiones dadas por la considerada víctima por fuera de juicio, incluida la inicial ante el CAIVAS y la anamnesis que consigna ante el médico legista, constituyen pruebas de referencia inadmisibles, de modo que no pueden ser valoradas en tanto no ingresan en el acervo probatorio valorable, así deba quedar claro que hubo un cambio significativo de la exposición de los hechos.

La instauración del modelo de juzgamiento penal acusatorio en nuestro país conllevó no solo el visible cambio de imponer la oralidad en la actuación procesal, sino que varió sustancialmente el modo como se determina la verdad procesal con base en la cual se adjudica el derecho, puesto que se retrajo al juez de su indagación y quedó su demostración reservada a la actividad de las partes y, menos incisivamente, de los intervinientes, en un modelo sustentado en la contradicción de adversarios -acusación vs defensa- en el que las reglas de adjudicación no le permiten al juez dispensar del cumplimiento de las cargas que les corresponde a quienes se enfrentan en el

---

<sup>1</sup> C.S.J SP 341 – 2018, 21 FEB 2018, radicado 49.406: “... La sustentación, en otras palabras, fija el marco del examen y pronunciamiento sobre la cuestión debatida al funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad”

juicio oral, sin afectar la debida imparcialidad con la que se debe resolver la controversia.

Naturalmente, la sustracción del juez de la indagación de la verdad implica no solo que carece de facultades oficiosas para decretar pruebas con miras a esclarecer los reales fundamentos de las teorías de los casos que se enfrentan, sino aun de intervenir con autonomía en la averiguación que se hace en los interrogatorios, y al quedar el juez sujeto a percibir solo lo que la actividad de las partes le depara, se acentúa un aspecto de la carga de la prueba que ordinariamente suele no concedérsele demasiada importancia, esto es, que quien debe probar no solo debe ofrecer prueba del aspecto que pretende establecer en juicio, sino también del contexto, circunstancias y aspectos que la tornen creíble.

Este caso se caracteriza porque la prueba fundamental de cargos, como suele ser el testimonio de la víctima de abusos sexuales cuando se ejecutan en un ámbito privado, sufrió una variación significativa en cuanto a la naturaleza de la actividad sexual que se habría dado, el número de veces que se hizo y las circunstancias en que se desarrollaba, lo que no fue explicado, salvo con la alusión a que cuando se le entrevistó “tenía la cabeza muy caliente”.

Si las cosas eran así, no solo por imperativos abstractos, sino por necesidades pragmáticas de asegurar un buen resultado de las pretensiones de quienes auspician la acusación, estos no podían desentenderse de probar los

aspectos que tornan creíble la versión que testificó en juicio el menor.

No resulta afortunado para la causa del ente acusador que se abstuviera de ingresar como testimonio adjunto la primera versión del menor afectado, así como tampoco se le contrastara sobre las inconsistencias que evidencia que en alguna de ellas se alejaba necesariamente de la verdad, si es que no lo hace en las dos, para fundar racionalmente un juicio crítico, más que de prevalencia, de determinación de alguna de las versiones como veraz, y el descarte de que se trate de una sindicación que no corresponda a la verdad. Si bien es cierto que la Fiscalía intentó que a la víctima se le refrescara memoria en la audiencia respectiva, al parecer como paso inicial para hacer lo que hoy se echa de menos, por dificultades logísticas propias —que debió prever y remediar— y previa conversación con la apoderada de la víctima, prescindió de ello, sin que pueda considerarse que el testigo no estaba disponible.

De este modo, entendemos que, sin proponérselo, le restringió al juez la posibilidad de contar con prueba válida y contrastada de la principal fuente de información del caso, para cerciorarse en este contexto de contradicción sobre qué inspiró al joven a señalar al acusado como su abusador, tanto en uno como en otro momento, de manera que pueda establecer, sin dar lugar a dudas razonables, los aspectos que permitan verificar la sinceridad del testigo, juicio que, como advierte la jurisprudencia que será citada, no necesariamente se reduce a que una u otra versión sea verdadera, pues existe la tercera opción de que ninguna lo sea.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de enero de 2017, radicado 44950, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar, estableció sobre el tema de la retractación o cambio significativo de versión de los testigos parámetros importantes que les convendría a los litigantes tener en cuenta:

“(…)

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr

eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

(...)

Ante esa situación, la declaración anterior del testigo tiene el carácter de prueba de referencia, según lo indicado a lo largo de este proveído.

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta

manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.” (subrayas fuera del texto)

Esta doctrina no puede considerarse como una posición insular de la alta corporación, dado que los anteriores criterios fueron reiterados en la providencia del 21 de febrero de 2018, radicado 48959, con ponencia de quien tuvo igual responsabilidad en la sentencia citada, en la que se estudió un caso en el que el testigo principal habría cambiado su versión.

Sin embargo, en principio, de la valoración en abstracto del mero error de litigación que hemos precisado de la parte acusadora no se seguiría sin más la incertidumbre sobre los hechos del caso, puesto que, por causa de la libertad probatoria, de que los medios se incorporan para el proceso y de que se valoran en conjunto, puede darse el evento de que, con soporte en otras pruebas, tuviéramos el conocimiento que supone el Ministerio Público dándole como sentado, esto es, que está establecido el modo cómo surgen a la luz los hechos ocurridos y que estos no fueron sembrados por nadie, premisa que a la Sala no le queda fácil compartir, bajo la explicación del testigo de tener “la cabeza muy caliente” cuando rindió su primera entrevista, lo cual, además de no decir mucho, no nos dice nada de cuándo le hizo la revelación a la madre.

De entrada, se percibe que del abuso o la violencia sexual no existe prueba autónoma que por sí misma pueda dar cuenta de este evento: el dicho del menor es la prueba esencial de cargos y el único testigo que puede considerarse conoce lo que sucedió, en tanto el procesado no atestiguó en su propia causa.

En efecto, el dictamen médico legal no permite comprobar o desvirtuar la existencia del acceso, mientras que, de los abusos narrados en la segunda versión, que fue la única incorporada al acervo probatorio, de ser ciertos, no quedarían huella.

Como se anticipó, la entrevista no puede estimarse como prueba de referencia ni lo dicho en la anamnesis al respecto, ni

ninguna declaración del menor que se haya vertido sino la del juicio, de modo que esta ausencia de aducción válida de esos dichos impide valorarlos como tal, así racionalmente no pueda desconocerse, con base en lo que allí se expone, que han existido diferentes versiones, lo que quedó bien esclarecido con el testimonio de la señora madre del menor cuando rinde su atestación a instancia de la defensa.

De otro lado, de las exposiciones de las psicólogas con que tuvo contacto el procesado a raíz de acudir ante las autoridades, en cuyos testimonios se suprime la valoración de la prueba de referencia inadmisibles, se encuentra que de sus dichos no se podría estructurar una prueba fundante por sí misma de la existencia de la conducta punible ni de la responsabilidad penal del procesado, sobre todo, por cuanto, además de no ser testigo de los hechos, es sabido que no existen signos inequívocos que científicamente señalen por fuera de duda la existencia de abusos o violaciones y que estos fueron efectuados por alguien, de modo que las afectaciones emocionales podrían tener diversas causas o etiologías, incluso surgidas con la revelación o entrapamiento del abuso, que es lo que entiende la juez a partir del conocimiento de la madre del menor sobre la ausencia de signos anteriores del abuso a su develación.

Pareciera que las recurrentes partieran de una débil comprensión de los motivos de la absolución, puesto que realmente no se radica fundamentalmente en las deficiencias de las pruebas de corroboración, sino en la carencia de credibilidad que se le da a la invocada víctima, más otro motivo

relacionado con la divergencia de la época de realización de la conducta atribuida y demostrada —que puede anticipar la Sala de entrada descarta— que tenga fuerza para conducir a la absolución.

Entonces, veamos lo que el menor expone para establecer, de un lado, si con base en lo que atestiguó se superan los previsibles vacíos de la prueba y, de otro, si está a salvo la credibilidad del afectado, cuando menos en la existencia de un abuso sexual y de su perpetrador que sería el acusado, de cara a la argumentación de las apelantes y de la juez.

Aunque cabe remitir a lo expuesto por la primera instancia que en parte transcribe el testimonio del menor, recordemos que en síntesis se refiere exclusivamente a un tocamiento de zonas íntimas, conservando la identidad de su abusador, pues señala al acusado como quien lo habría hecho, y apenas se tratarían de dos sucesos, uno realizado y otro en conato en el que no se habrían efectuado tocamientos, y con modalidades distintas, puesto que con los accesos habría existido desnudez completa y con los tocamientos no habría despojos de prendas de vestir.

En cuanto al aspecto relevante de cómo se habría dado la revelación del suceso, y que se presentó un año o año y medio después, el afectado lo asocia a la presión que entiende le surgió de tener los mismos sueños, aspecto en el que no se profundizó en el interrogatorio pese a que se sabía que la madre lo asociaba a un episodio de violencia del afectado contra un celular que tiró al piso. Naturalmente, que como no se trata de aspectos antagónicos, pues subsiste la posibilidad de que a raíz de lo uno

podría haber surgido el llanto que después fue explicado por el menor como que no es entendido y que padecía un abuso, lo que se puntualiza es que este punto no quedó esclarecido.

Un indiscutible aspecto que debilita el testimonio del menor es la renuencia que aprecia la juez de primera instancia de recordar sus narraciones anteriores de cuando menos una penetración traumática, en tanto habría sangrado, por cuanto a esta funcionaria judicial le resulta incomprensible que no recuerde dicho asunto. Al inicio, cuando se le indaga al testigo víctima sobre si en su entrevista en el CAIVAS dijo que creía que sí, y ante la insistencia posterior de si había sucedido hechos muy diferentes al tocamiento, “si algo más pasó”, opta por decir que no recuerda mucho porque “en ese momento tenía la cabeza muy caliente”.

No sobra acotar que esta expresión no fue objeto de aclaración, de modo que pudiera precisarse su alcance, que en el entendimiento de la Sala pareciera apuntar a que se dicen cosas de las que no podría responderse por su veracidad, circunstancia que lleva a la juez a preguntarse retóricamente si cuando el menor le dijo a la mamá de la existencia del abuso también tendría la cabeza caliente.

Con base en la anterior apreciación, sumado a la carencia de persistencia del dicho del afectado, las vacilaciones y cambio de versión del menor, concluye la juzgadora que “no ha existido total claridad en relación con los episodios delictivos endilgados” causa por la cual, a pesar de que no se noticia

animadversión por parte del menor, la carencia de coherencia la conduce a restarle eficacia probatoria a su testimonio.

Se percibe, entonces, que es la falta de certeza la que informa este pilar de fundamentación de la absolución y no como se asevera en la apelación porque se haya juzgado por la primera instancia que se trataba de una invención para evadir una reprimenda por su grosería o por la desatención y soledad que padecía, puesto que se señala como una hipótesis probable no desvirtuada, al decirse que eso se podría pensar.

Aunque las recurrentes estiman que las conclusiones de la falladora de primer grado son especulativas, para la Sala lo que se percibe es una inferencia lógica de que no fueron desvirtuadas hipótesis que el contexto impondría desechar, pues resultaba imperiosa la contrastación con la fuente esencial de prueba o, en su defecto, el aporte de prueba que esclareciera que no mediara ninguna invención o mentira sobre la existencia de abusos y el señalamiento del acusado como su autor.

Quizás por esta razón las recurrentes apuntan a establecer en la sustentación de la apelación que la prueba de corroboración permitiría sacar adelante el caso. Veamos si se logra dicho objetivo:

Se invoca los testimonios de la madre del menor, Martha Ballesta, la madre del acusado, Libia Estella García Mejía y la considerada víctima para predicar con acierto la relación de cuidado que existía entre los dos últimos mencionados hasta el

año 2018; igualmente, se puntualiza que no existía animadversión hacía el acusado y aunque se reconoce que habría existido un incidente con un teléfono móvil, se estima que no se demostró circunstancia alguna que permitiera inferir que J.M.B. hubiere estado influenciado, interesado o predeterminado a realizar falsas acusaciones.

Por supuesto que puede concederse a las apelantes el acierto de la base de su argumentación, esto es, de donde parten, pero no de lo que concluyen, esto es, que estos aspectos puedan determinar la procedencia de la condena, con respecto a la primera razón la relación de cuidadora de la madre del acusado a la víctima nunca se ha puesto en discusión y aunque la defensa pretende desligar este hecho de la posible presencia concurrente del procesado con el menor como su cuidador, es asunto que a juicio de la Sala no logra, puesto que la oportunidad con la que contaría el acusado para abusar, con lo probado, se reduciría pero no se podría descartar, en tanto en últimas el contacto con la madre se mantenía, como quiera que el justiciable era el encargado de cobrarle a los inquilinos de su progenitora y de entregar el pago a ella, además de que el consorte de la misma dirá, como alegan las apelantes, que más que todo le llevaba los arriendos y reconoce que en algunas ocasiones, como domingos, visitaba a la madre, lo cual suele suceder o cuando menos no es un suceso extraño en una familia en que no se reporta distancia en el trato por motivo alguno.

De la misma manera se puede estimar veraz que no se noticia la existencia de animadversión alguna por parte del

supuesto afectado o de sus familiares con el acusado, circunstancia que tenía presente la juez, e incluso agregarle que, por el contrario, el menor asevera apreciar al justiciable y atribuirle a esa razón en no haber denunciado antes, en lo cual tampoco es claro ni la parte interesada indaga a fondo, puesto que había dicho que había decidido no contarle a su progenitora y que había relegado el suceso al olvido, lo que tampoco es muy claro puesto que a la vez dice no haberle hablado más al acusado por cerca de un año. Estos aspectos, a los que se agrega que no se indagara sobre la contradicción y no pueda conocerse lo que decía sobre la delación en su versión inicial, impiden partir de la premisa de que esté claro que la sindicación responde a un hecho real de responsabilidad del justiciable.

Y también se puede conceder lo que se menciona como una tercera razón, consistente en que no se demostró razón de influencia o determinación para acusar falsamente al procesado; sin embargo, lo que pierden de vista las apelantes es que tenían la carga de la prueba de apuntalar la credibilidad del testigo esencial de cargos, puesto que se estableció que fue capaz de mentir, por lo que, cuando menos, en general, no puede aseverarse que en este caso ofrezca la víctima una credibilidad reforzada.

Naturalmente, que el testigo esencial de cargos mintiera no significa en modo alguno que no pudiera estar diciendo la verdad sobre otros aspectos, por lo cual la jurisprudencia acepta que se pueda depurar su contenido siendo posible hacerlo para acoger y desechar en parte su versión, conforme

lo sostiene la jurisprudencia<sup>2</sup>. Cuando ello ocurre, siguiendo los lineamientos de la providencia citada, debe emplearse la sana crítica para tomar lo que se considere verídico, lógicamente que se da por sentado que del acervo probatorio pueda extraerse, pero esto último es precisamente lo que se echa de menos pues, juzga la Sala, para hacer esa labor de depuración de lo dicho por la víctima en una u otra versión demandaba la incorporación como prueba válida de aquella, además de la indagación sobre la capacidad en mentir, en general, sobre el suceso o su autor.

Por supuesto que, en todo caso, como advertimos con cita jurisprudencial incluida, corre a cargo de quien aduce la prueba proporcionar la base probatoria que permita considerar plenamente demostrada la acusación en lo concerniente al delito y responsabilidad del procesado, con mayor razón si la credibilidad de la fuente de conocimiento es puesta en duda fundadamente. A juicio de la Sala ello no ocurrió, causa por la cual deviene en razonable la duda de la juez, no porque esté demostrada la determinación para mentir, sino porque no se descarta la fabulación en la sindicación.

En efecto, por indicios puede estimarse posicionada la tesis de que la variación de la versión del menor se da con el ánimo de ayudar a su abusador; no obstante, habría que considerar que para esos efectos debería haber contado con la colaboración de su señora madre, por cuanto esta le imprime cierto contexto de espontaneidad a la develación de la nueva versión que reduce la conducta a abusos ligeros, en tanto sería

---

<sup>2</sup> Sentencia del 24 de julio de 2003, radicado 16737.

el procesado quien le habría advertido de que el menor no estaba diciendo la verdad y que debería indagarle por lo realmente sucedido.

Dado que no se desacreditó el dicho al respecto de la madre, la explicación lógica de que la retractación se hizo para beneficiar al procesado queda indicada, de modo que no es concluyente, puesto que la carencia de contrastación del motivo, con otros eventuales que podrían asistirle al menor, permiten que subsistan otras hipótesis como probables, entre ellas la atribución falsa de unas conductas al justiciable, que se aventura la juzgadora a apuntar como evitación de la represión por groserías o la necesidad psicológica de llamar y obtener más atención de su familia.

Las apelantes creen encontrar pruebas que permiten descartar que el menor tuviera necesidad de llamar la atención de la familia puesto que, según la profesional que definía la procedencia del restablecimiento del derecho, Dra. Mónica Jaramillo, contaría con unos padres protectores, amorosos e interesados en el bienestar del menor al que no lo maltratarían; pero además de referirse a cierta objetividad que no necesariamente equivale a lo que el sujeto se representa en su psiquis, dichas conclusiones no hacen parte de una pericia sino que se tratan de la valoración que se hace para calificar la necesidad o no de restablecer derechos del menor y con ello se avala al grupo familiar para que en su seno siga el adolescente desarrollando su vida; sin embargo, su conocimiento se da a partir de la intervención en el CAIVAS, naturalmente que posterior al suceso, lo que pudo observar o reconstruir a partir

de ahí, obviamente con fuentes interesadas en no ser privadas del cuidado del menor.

Es cierto, por demás, que las psicólogas estimaban afectaciones emocionales en el menor, pero de ahí a colegir que como el único hecho afectante que se denuncia es el abuso sexual, entonces este es existente, implica una inconsistencia lógica, puesto que las afectaciones emocionales pueden no solo tener otras causas, sino que también esas otras causas pueden estar radicadas en el manejo de la sexualidad, como queda indicado con las alusiones a la hipersexualización de algunas conductas del joven que no se lograron ubicar bien en el tiempo.

Como se percibe, la Sala estima que la alegación de las apelantes no lograron remover el soporte de la absolución consistente en las dudas que le asisten a la juez sobre la veracidad del testigo esencial de cargo, así podamos concederle razón en los ataques que hacen al segundo motivo de absolución puesto que la defectuosa rememoración de fechas o edades que apenas se dicen como estimados, y las imprecisiones sobre otros aspectos tangenciales, solo revelan que habría pasado tiempo del suceso y de que el menor es impreciso, pero podría quedar a salvo su credibilidad del aspecto central, por lo cual es más bien la ausencia de incorporación de pruebas y de su confrontación con el afectado lo que permite que subsista aún como probable que el señalamiento responda a una causa distinta de la verdad, y más si consideramos que la juez percibe el testimonio del menor como no espontáneo y carente de libertad, por la presión familiar de que podría ser objeto ante la reacción de la familia

a la revelación, pues su padre se desplazó de inmediato desde Estados Unidos de América y un hermano se chocó tratando de llegar a acompañar a la familia, de lo cual desprende un contexto de presión para el menor de modo que difícilmente dijera otra cosa, fuera verdad o mentira lo que decía. No sobra aclarar que las apelantes no rebaten ese estado de presión y la Sala percibe que ciertamente no se despejó si hubo incidencia de ello en el menor.

En cambio, el Tribunal no le da trascendencia a la eventual disparidad de las fechas en las que habría ocurrido el suceso, pues si algo está claro es que el procesado no la recuerda y que hace cálculos aproximados del momento de su realización, lo que en todo caso no generaría incongruencia entre formulación de cargos y sentencia si se considera el precedente contenido en la providencia AP 2494-2020, Rd. 54561, en que la descripción del abuso se asocia a cuando por ausencia de la madre que cuidaba al menor lo hacía el procesado y de hecho es lo que ha discutido la defensa intentando mostrar que este no vivía con su madre, lo que también había dicho el menor en una repuesta que se recortó en las interrupciones y dificultades de la virtualidad.

En consecuencia, examinados los motivos de apelación, aunque puede concederse razón en parte a lo expuesto por las impugnantes, la ausencia de prueba sobre la inicial versión dada por el procesado y su ausencia de contrastación frente al cambio de versión, aunado a la carencia de apuntalamiento de su credibilidad resquebrajada más que con el cambio de versión con la increíble alusión a que no recuerda la primera, tornan al

testigo en poco confiable y a su vez en razonable la duda de la primera instancia, lo que será causa suficiente para confirmar la absolución, en estricta aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

La duda se radica en que, si bien como hipótesis más probable de la versión del menor se debe a pretender favorecer al procesado para disminuir las consecuencias penales que pudiera padecer, lo cierto es que racionalmente no vemos excluida la probabilidad y solo apuntalada por el vacío probatorio, de que la sindicación no responda a la verdad, sin que ciertamente quede claro si el contexto familiar y la situación del procesado le permitirían hablar con libertad.

Dada la excesiva demora en remitir el asunto al conocimiento de la segunda instancia, pues su envío se dispuso el 25 de noviembre de 2021 y solo se hizo efectivo hasta el 31 de octubre de 2022, quedará a cargo de la juez de primer grado imponer los correctivos del caso, incluido de ser procedente, la compulsación de copias para la respectiva investigación disciplinaria.

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

#### R E S U E L V E

Confirmar la sentencia absolutoria proferida en favor de Duván Arley Restrepo Mejía por el Juzgado 14° Penal del

Circuito de Medellín, conforme con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

Quedará a cargo de la juez de primer grado imponer los correctivos del caso por la excesiva demora en enviar el expediente a la segunda instancia, incluyendo de ser el caso, compulsar copias para la respectiva investigación disciplinaria.

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



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO  
MAGISTRADO