



SALA DE DECISION PENAL

APROBADO ACTA 268 (Sesión del 30 de octubre de 2024)

Radicado: 05001-60-00207-2019-00641
Sentenciado: Bayron Eliécer Daza Daza
Delito: Actos Sexuales con menor de catorce años Agravado
Asunto: Defensa apela sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 6 de noviembre de 2024
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 30 de junio de 2022 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se condenó a Bayron Eliécer Daza Daza como autor penalmente responsable, del delito de Actos sexuales con menor de catorce años Agravado imponiéndole pena de 151 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por lapso igual, negándose la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados penales.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

En el año 2011, Bayrón Eliécer Daza Daza, le realizó tocamientos libidinosos de índole sexual a la menor A.C.G. Z¹, quien para ese momento contaba con 7 años de edad, con sus manos en la vagina de la menor, lo que ocurrió luego de que la niña se bañó y le pidió una toalla al procesado para secarse, evento que se presentó en la residencia de Bayron, que para ese momento estaba ubicada en el barrio Manrique, sector la Honda de la ciudad de Medellín.

¹ Se omite identificar a las menores por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de los delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU. Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia con lo enunciado en el Código de Infancia y Adolescencia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 24 de marzo de 2021 el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, llevo a cabo audiencia preliminar de formulación de imputación en donde la Fiscalía le atribuyó el cargo de Actos sexuales con menor de 14 años Agravado conforme a los artículos 209 y 211 # 2 del Código Penal, el procesado no aceptó los cargos. Tampoco se interpuso medida de aseguramiento puesto que no fue solicitada.

3.2. El 22 de julio de 2021 el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, llevo a cabo la audiencia de formulación de acusación, donde el fiscal sostuvo los cargos imputados y el procesado no se allanó a ellos.

3.3. La audiencia preparatoria se realizó el 17 de agosto de 2021.

3.4. El juicio oral se evacuó los días 27 de agosto, 4 y 26 de octubre de 2021, el 4 y 19 de mayo de 2022, el cual finalizó cuando el Juez anuncio el sentido del fallo de carácter condenatorio.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* inició su análisis con la declaración de la víctima, que en términos generales manifestó que cuando tenía aproximadamente 7 años, en 2011, su hermana Aida Luz, vivía con el procesado Bayron Eliécer, en Manrique, en razón de eso iba los fines de semana a visitarla y a estar con su sobrina, hija de ellos dos, con la que se bañaban juntas. Adujo frente al primer ataque que se presentó un domingo en el que ella se le olvidó llevar la toalla para bañarse, le gritó a su hermana Aida Luz, para que se la llevara, pero llegó Bayron con la de la niña (su hija) y le dijo que esperara que ya traía la de ella, pero una vez volvió, le quitó los cacheteros y empezó a tocarle la vagina con la mano; la segunda vez, él sacó a la niña menor del baño, cuando regresó volvió a tocarle la vagina y manosearla, ella le decía que no, llorando, y él respondía “chito”, declaración a la que después de verificar los requisitos de Ley, le otorgó íntegra credibilidad.

A continuación, se refirió a la corroboración de la declaración de la menor con los demás medios probatorios, de la cual determinó que se encuentra corroborada en aspectos o circunstancias fácticas que rodearon la comisión de la conducta punible, y aunque algunas de esas corroboraciones hacen relación a lo que escucharon

algunos testigos, estos lo oyeron directamente de la menor víctima y pudieron ser confrontados en juicio, por lo que no pueden ser tenidos como no válidos, en virtud del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, para el *a quo* los elementos de convicción aportados por la Fiscalía, soportan clara, expresa y coherentemente los dichos de la menor, pruebas que fueron validas porque también cumplieron los citados requisitos de ley, presentan gran poder suasorio, ya que son coherentes interna y externamente. En ese sentido, la Fiscalía sí demostró su teoría del caso con elementos de convicción serios, precisos y legítimos que soportan cada uno de sus pilares.

Respecto a la práctica probatoria de la defensa, la primera instancia se refirió a la declaración de Rosmira Fanny Daza, madre del acusado, y del propio acusado, de las que concluyó que, aunque son válidas porque reunieron los requisitos de ley, antes de generar duda sobre los hechos denunciados por la niña, lo que hacen es fortalecer su versión inculpativa, pues confirmaron las visitas de la niña a esa casa, que algunas veces coincidía con la presencia de Bayron, que él jugaba con la niña, que el baño no tenía puerta y, a su vez, que no existía problemas entre la menor y el acusado, tampoco entre el último y la madre de la primera.

Aunque la defensa alegó que no se alcanzó el conocimiento más allá de toda duda razonable, ya que el motivo del proceso obedece a celos y venganza por parte de la menor para perjudicar al defendido, el despacho de primera instancia determinó que ello no es así, pues en primer lugar, Aida Luz hermana de la víctima, se había separado de Bayron hacía ya 4 años, además que la manera cómo se hizo la revelación por parte de la menor, es decir, en un hospital donde fue llevada porque se había desmayado, aclarando la madre que era algo que ya se venía presentando sin conocer la razón, por lo que en esa oportunidad, el médico que la atendió, auscultando las posibles causas, logró que la menor le revelara lo ocurrido. Revelación que no fue impugnada, desconocida o desvirtuada de manera alguna.

Precisó la primera instancia que, si se tratara de una implantación de la verdad, o en todo caso, existiera un ánimo avieso como el que la defensa pretendía generar, resultaría ilógico que, existiendo una maquinación o ánimo ilícito o vengativo, se esperara cerca de 2 años (después de la separación de Bayron y Aida Luz) o se creara una situación médica para sacar a la luz tal triquiñuela. Además, la hipótesis de celos formulada por la defensa no es creíble porque el mismo procesado admite en su declaración que ha sostenido buena relación con Aida Luz, incluso, después de su separación, por lo que de ninguna manera se probó y ni siquiera se puede inferir, que dicha denuncia tenga un móvil de celos.

Después de referirse a los cuestionamientos de la defensa en los alegatos de cierre, concluyó que ni las pruebas de descargos, ni los cuestionamientos valorativos de la defensa, logran desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía, y menos aún, generar la duda que pretende.

En última consideración se refirió a la estructuración del agravante del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal porque para el momento el procesado era compañero sentimental de la hermana de la víctima, es decir, cuñado de esta, lo que ocasionó que se depositara en él la confianza, tanta que no se tenía un especial cuidado sobre la niña, incluso, pasaba desapercibido que fuera al baño y entrara hasta donde la niña estaba bañándose; siendo estas circunstancias que no solo facilitarían la ejecución de la conducta, sino que por ende, la hacen mucho más reprochable penalmente, pues no solo arremetió contra el citado bien jurídico, sino que defraudó la confianza depositada por su entonces compañera sentimental.

Finalmente precisó que la menor dio cuenta de dos eventos concretos y distintos en los cuales fue agredida por parte del procesado, sin embargo, como la fiscalía solo imputo un delito y así mismo en los alegatos de conclusión solo pidió condena por uno de ellos, no podrá la Judicatura condenarlo por el concurso homogéneo, pues ello desconocería el principio de congruencia, además de la estructura básica del proceso penal, en la cual el Juez es un tercero imparcial que, si bien debe fallar con base en lo probado, ello debe ir acompañado de lo pedido y acusado, y aquí aunque el segundo delito fue probado, no se acusó, ni se deprecó su condena.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la defensa interpuso recurso de apelación, refiriendo que el Juez tiene la obligación de poder inferir razonablemente que la persona es autora del delito y que los hechos existieron, que para acusar necesita una probabilidad de verdad, y para condenar, un conocimiento más allá de toda duda razonable, cosa que no ocurrió en este caso, toda vez que el procesado fue condenado con puras suposiciones, deducciones, sospechas e indicios, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Arguyó que en este caso todo fue acomodado para que fuera una hipótesis probable, pero que no se pudo establecer fecha clara, ni hora exacta de los hechos, tampoco la dirección de la casa donde se produjeron, solo que fue en el barrio Manrique, además no se demostró estrés postraumático, tampoco afección en la vida social, personal y familiar de la víctima, por el contrario, en juicio se le vio a la menor relajada, sosegada, tranquila y como si nunca le hubiese ocurrido nada.

Respecto a los tocamientos dijo que no se demostró su ocurrencia, porque según la norma, para que haya tocamientos de esta naturaleza, debe haber libido, lujuria, lascivia y lubricidad del miembro viril de Bayron, cosa que no se probó, como tampoco los dichos de la menor, quien manifestó que estos tocamientos fueron durante aproximadamente 5 minutos, donde las reglas de la experiencia indican que en estos casos se debe presentar alteraciones de erectilidad de su pene.

Refirió que en este caso armaron en contra del procesado hechos de forma abusiva, a su vez calificó los hechos de fantasmagóricos, imaginables y de ciencia ficción, pues no existió ni una sola prueba contundente en su contra, insistió que el delito no existió y la condena violó la presunción de inocencia, que cobija a Daza Daza.

En el deficiente y confuso escrito de alzada, refirió la defensa que en el proceso existieron razones y motivos para formular la denuncia, a saber, la custodia de la hija de Bayron y Aida Luz, L.M.D.G., pues el mismo acusado bajo la gravedad de juramento manifestó que existía un interés en perjudicarlo por la custodia de su hija y su separación con Aida Luz. Insistió el censor que el delito no existió y que, de haber existido, el procesado no tuvo defensa técnica ni material, pues no es posible que un testigo este todo el tiempo acompañado de otra persona lo cual nunca se objetó y está expresamente prohibido por el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, resaltando que la menor cuando no sabía la respuesta le preguntaba a la mamá Sandra Milena, volteando la cabeza hacia donde estaba ella, a pesar de que se le había llamado la atención por ello. Es por eso que el testimonio de la menor se percibe entramado, sugestionado y preparado con antelación.

Respecto a la nulidad formulada, adujo que al procesado se le violó el debido proceso, pues no se le brindaron garantías, el defensor público que anteriormente lo representaba, no lo asesoró en debida forma, no le advirtió las consecuencias jurídicas de dicho delito, tampoco objetó ni se opuso a que la menor víctima al momento de rendir declaración estuviera acompañada de su señora madre, quien primero declaró, lo cual está expresamente prohibido.

Reprochó que, si el presunto ataque sexual duró 5 minutos, tal y como la menor lo indicó, cómo no se dio cuenta nadie más de la familia pues, si estaba llorando, es imposible que no se dieran cuenta de sus lágrimas ya que la casa es pequeña, y en concordancia a las reglas de la experiencia si una menor fue abusada, sufre de angustia, miedo, vergüenza y sentimientos de culpa, cosa que aquí no se evidenció.

Extrañó que la denuncia fuera presentada 8 años después de los tocamientos, y aunque la menor refirió que estaba amenazada por el procesado, se pregunta la defensa, ¿todos los 8 años estuvo amenazada? Además de que resulta muy

coincidental que la denuncia se haya interpuesto 4 meses después de la separación de su hermana Aida Luz con Bayron.

Criticó también lo tendiente al agravante del numeral 2° del artículo 211, pues refirió *“es porque en el escrito de acusación, que anexo; dice mi cliente está acusado por el delito de Actos Sexuales con Menor de 14 años Agravado, según el artículo 209, junto con el artículo 211 numeral 2 del CP; y ya después en la audiencia de alegatos y sentido del fallo, la señora FGN del caso, manifestó, que porque fue un solo toque, no era en concurso sucesivo ni homogéneo, donde no lo explicó este agravante, ni en qué consistió ...”*

Finalizó solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva al procesado con fundamento en lo expuesto en precedencia, además, solicitó se declaré la nulidad por falta de defensa técnica y material del procesado, por ausencia de esta.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver el asunto en cuestión según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

6.2. Problema Jurídico

Enfrenta la Sala un problema jurídico de índole probatorio, el interrogante que deberá resolverse se concreta en determinar si debe mantenerse la condena con fundamento en la apreciación suasoria del testimonio de la menor A.C.G.Z, como prueba fundamental de cargos, respecto de la que deberá determinarse si es creíble o no, vista su coherencia intrínseca y extrínseca. Adicional a ello, determinará si la hipótesis alternativa de la venganza formulada en la alzada quedó fehacientemente establecida y, si en virtud de ello y el *in dubio pro reo*, debe absolverse al procesado.

6.3. Valoración y solución al problema jurídico.

6.3.1. Previo a la resolución del problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará frente a la solicitud de nulidad elevada por la defensa de Bayron Eliécer Daza por la

² Artículo 34 CPP. De los tribunales del distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

falta de defensa técnica, la cual presuntamente derivó en la violación de las garantías fundamentales del procesado, que finalmente tuvo como consecuencia una sentencia condenatoria en su contra.

En ese sentido habremos de señalar que la declaración de nulidad se constituye como el remedio extremo para rehacer una actuación judicial ante la ocurrencia de una irregularidad insanable, lo que ha sido objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades, donde se ha concluido que para formular la nulidad deberá acreditarse el cumplimiento de ciertas reglas, a fin de determinar la afección con incidencia en el debido proceso que vislumbra el solicitante; así entonces cuando la nulidad es formulada a solicitud de parte, la misma debe identificar los preceptos que considera vulnerados, la razón de su quebranto y los límites temporales que puede abarcar la nulidad, a fin de que quien resuelva de la misma, conozca a cabalidad la hipótesis del recurrente.

Además de eso, quien solicita la nulidad debe acreditar que no existe otra vía procesal distinta para restablecer el derecho afectado y que la anomalía tuvo incidencia perjudicial y decisiva en la decisión apelada, pues la nulidad no podrá fundarse en especulaciones o afirmaciones carentes de demostración, sino en elementos de juicio que hayan quedado fehacientemente establecidos y que deriven en consecuencias procesales para la parte afectada, las cuales incidan en la sentencia.

Bajo esas consideraciones, deberá estudiarse si se violó el debido proceso en la actuación judicial adelantada en contra de Bayrón Eliécer Daza Daza por falta de defensa técnica, fundada en la carencia de una estrategia adecuada por parte del defensor que presidió el proceso hasta el fallo de primera instancia, además de que no habría asesorado al procesado de las consecuencias jurídicas del proceso que se adelantaba en su contra, inclusive adujo la defensa, que la Fiscalía en sede de conainterrogatorio habría intimidado los testigos de la defensa con preguntas capciosas y sugestivas, por último, que la menor siempre estuvo acompañada por su madre durante declaración en juicio, lo que al tenor del artículo 396 del Código de Procedimiento Penal está prohibido y, en consecuencia, viciaría la actuación de nulidad.

En primer lugar, frente a la presunta falta de defensa técnica del procesado, originada por el defensor público que presidió el proceso hasta la sentencia de primera instancia, precisa la Sala recordar que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la defensa material y la técnica, es decir, la que adelanta particularmente el procesado y su abogado, constituye un todo que se retroalimenta de lo favorable que individualmente cada uno realiza, aunque, para favorecer la

dinámica de la pretensión común, es factible que se desarrolle de manera separada o mejor, se faculta que por vías diferentes, el procesado y su abogado hagan solicitudes independientes o de manera autónoma estén habilitados para interponer recursos. Esa articulación no obsta para que, en determinados eventos, prime el criterio de uno o de otro, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos en el proceso, por ejemplo, en los eventos de allanamiento a cargos, primará la voluntad del procesado, sobre la de su defensor.

En concordancia con lo anterior y para el caso en concreto, la Sala considera prudente recordar además que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática y uniforme en entender que la divergencia de criterios entre el defensor y sus antecesores no deriva en la nulidad de la actuación. Sobre el tema, tiempo atrás ha sostenido esa Corporación que:

“Frente a la índole del ataque intentado en el primero de los reproches, hay que enfatizar en que no son cotejables los presupuestos de estas nociones en que se funda la razón de ser de la defensa técnica con la argumentación a posteriori que procura reivindicar su quebranto simplemente bajo el enunciado de haber estado -quien así lo alega-, en mejor condición profesional o de estrategia de defensa frente a quien hubo de intervenir en desarrollo de la actuación.

Se trata de una perspectiva eminentemente subjetiva y arbitraria que desde luego resulta más que insuficiente para acreditar un pretendido quebranto de este derecho. La Corte ha rechazado en forma radical que se pretexto un argumento semejante en orden a discutir la eficacia de la defensa técnica, al señalar como deleznable que:

“...profesionales del derecho entren a postular mejores estrategias defensivas que las asumidas por quien tuvo a cargo durante el trámite judicial la representación de los intereses del procesado, habida cuenta que el ejercicio de profesiones liberales como lo es la del derecho parte de la base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa, sin que sea posible determinar en forma acertada o por lo menos irrefutable frente a cada asunto cuál hubiera sido la más afortunada estrategia defensiva, pues cada individuo especializado en estos temas, tiene de acuerdo a su formación académica, experiencia y personalidad misma, su propia forma de enfrentar sus deberes como tal” (Cas. 10.424)”³

Posteriormente, con respecto a la estrategia defensiva por cambio de abogado defensor, tal como en el *sub examine*, ha expuesto de manera pacífica la Corte que:

“Para responder el punto, debe recordarse, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Corte tiene decantado que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de completa iniciativa, y si con posteriormente el nuevo defensor no comparte la estrategia defensiva asumida por su antecesor, no puede sostenerse, en ese solo hecho, que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, ya que la ley no le impone al abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate”⁴

³ Auto de 28 de septiembre de 2006, Radicado 25247.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 29 febrero de 2008, Radicado 29118, MP. Sigifredo Espinosa Pérez

Así mismo, sobre la supuesta inactividad o inexperiencia del anterior abogado defensor, en el sistema acusatorio penal el Órgano de Cierre expuso que:

“No bastaba, entonces, con denunciar de manera genérica la supuesta inactividad de su antecesor, tópico sobre el cual, ha sido bastante prolífica la producción jurisprudencial de la Corte en un tema de suyo subjetivo que dice relación con la independencia y autonomía propias del profesional del derecho en la que entiende la mejor manera de afrontar la estrategia defensiva, cuando claro se halla que en este tipo de asuntos no existen verdades reveladas ni mecanismos únicos y es precisamente la particularidad de cada caso el factor a examinar para definir si hubo o no comportamiento negligente u omisivo y, a renglón seguido, si esta falta de actividad tuvo efectos trascendentes que perjudicaron la condición sub iudice del vinculado penalmente”⁵

En el mismo sentido, en sentencia del 18 de enero de 2017 enfatizó la Corte en que:

“Se predica que el derecho a la asistencia letrada es permanente, pues debe ser ininterrumpido durante el transcurso del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juzgamiento. Por tanto, la no satisfacción de cualquiera de estas características, al ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia.

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.”⁶

Sentado el anterior presupuesto y abordando el argumento sugerido por el recurrente, relativo a la supuesta falta de preparación y conocimiento de su antecesor frente al sistema penal acusatorio, tiene por indicar la Sala que se trata de una aseveración carente de respaldo objetivo, pues una vez analizada detalladamente la actuación, actitud y aptitud del anterior abogado, en la audiencia de juicio oral objeto de censura se observa que la defensa formuló su interrogatorio encaminado a demostrar la inocencia del señor Bayrón Eliécer Daza Daza y no lo contrario.

Además de eso, la Sala observa al revisar la actuación registrada en la carpeta que el abogado defensor realizó una participación activa dentro del proceso, cumplió con las obligaciones a su cargo dentro de su leal saber y entender, controvertió la prueba de la fiscalía, solicitó y practicó medios de prueba, que aunque no llevaron al Juez al estadio procesal de la duda probatoria, ello no implica un indebido

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 20 octubre de 2010, Radicado 33752, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁶ CSP, SP154-2017, Radicado 48128, MP. José Francisco Acuña Vizcaya.

ejercicio del derecho de defensa, por eso la Sala no evidencia de modo alguno la gravedad de tal situación y la repercusión en la decisión de primera instancia, además de que el recurrente no demostró que se perjudicó con el presunto acto viciado, indispensable ello para decretar la nulidad.

Por otro lado, frente a la presunta violación del artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, constituido por el acompañamiento de la madre de la víctima Sandra Milena Zapata a la menor víctima A.C.G.Z durante su declaración en juicio oral, considera la Sala que ello no viola las garantías fundamentales del procesado, ni el debido proceso. Lo anterior porque en Colombia se han emitido varias normas orientadas a la protección de los intereses de los niños que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas y/o testigos, las cuales deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia orientados a proteger niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, la Ley 1098 de 2006, hace referencia en la prelación que debe dársele a este tipo de casos, a efectos de lograr la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de derechos vulnerados, cuando haya lugar, así como también tomar las medidas necesarias para la no revictimización del menor.

Entre las medidas que deben adoptarse para evitar la “victimización secundaria”, se tienen: **(i)** procurar que el menor este acompañado de sus padres, representantes legales o las personas con quienes conviva, cuando no sean estos los agresores; **(ii)** ordenar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia; **(iii)** evitar que la víctima este frente a frente con el agresor; **(iv)** disponer que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible de acuerdo a su edad, y; **(v)** se podrá limitar la publicidad de la actuación.

En ese sentido el menor víctima de un ataque sexual, por su condición de infante está amparado por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, en los cuales se protege al infante y lo faculta para acudir a juicio en compañía de su madre -en este caso- para garantizar un entorno seguro, de confianza en el que él menor no se sienta revictimizado por la hostil contienda del juicio, en ese sentido, la solicitud de nulidad elevada por la defensa en la alzada, será desestimada.

6.3.2. Resuelta la solicitud de nulidad, procede la Sala a analizar el problema jurídico en cuestión, para ello partiremos por delimitar y precisar el concepto de duda probatoria; en ese sentido, la sistemática procesal penal acusatoria, desarrollada armónicamente por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de

Justicia, ha establecido que no es cualquier duda la que debe llevar al operador judicial a declarar que la prueba practicada en juicio no es suficiente para que su convencimiento racional supere la exigencia impuesta por la Ley, sino que, tal como lo ha dicho, “*puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante*”⁷.

Así, el concepto de “*conocimiento más allá de toda duda razonable*” para proferir sentencia condenatoria, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional, se concibe en términos de certeza racional, no absoluta, es decir, fundada en la prueba lícitamente ingresada y practicada en juicio, respecto de los elementos esenciales del delito y la responsabilidad del procesado, convencimiento al que debe llegarse después del ejercicio intelectual de la valoración probatoria y que impone, de no lograrse, la aplicación del principio constitucional y legal del *in dubio pro reo* en favor del ciudadano llamado a juicio por el Estado; así ha dicho la Corte:

(...) La convicción más allá de toda duda corresponde a un estado del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación del sujeto que aprehende y el objeto aprehendido. Impera recordar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal.

(...)

*En consecuencia, solo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, **dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elemento de convicción ideales o imposibles**, ahí en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad en favor del procesado.*

*Así las cosas **no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta**, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son mínimos o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo condenatorio.*⁸ (Subrayas y negritas de la Sala de Decisión)

⁷ CSJ, SP 1467 del 12 de octubre de 2016, Radicado 37174

⁸ CSJ, SP-43262 del 16 de abril de 2015.

Precisado lo anterior, es oportuno referirse al tratamiento que la Corte Suprema ha dado a los delitos sexuales; de vieja data la jurisprudencia y la doctrina han establecido que el testimonio único de la víctima puede ser suficiente para llevar al Juez el conocimiento más allá de toda duda razonable, necesario para emitir sentencia condenatoria, tratándose de víctimas de delitos sexuales, las que por lo regular no pueden ofrecer más elementos de juicio que su versión de los hechos, ello siempre y cuando el mismo sea confrontado conforme los criterios del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal y decantada su credibilidad a partir de los postulados de la sana crítica.

Por eso el testimonio de la víctima constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para corroborar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor. Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual es posible reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria subsanada con los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia para la valoración del testigo especialísimo:

La Alta Corporación ha establecido jurisprudencialmente pautas de valoración probatoria, las cuales bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, permiten establecer el valor suasorio de la declaración de la víctima, por lo que además de estudiar la credibilidad del testimonio se deberá probar **(i)** la ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima, que se deriven de relaciones preexistentes entre el presunto victimario y la postulada víctima, que pudieran sustentar la existencia de resentimiento o enemistad; **(ii)** la verosimilitud de la declaración, la cual hace referencia a que cuente con elementos de corroboración periférica en declaración o medios probatorios diferentes, y permitan fortalecer la versión aportada por la víctima, y **(iii)** la persistencia de la declaración, la cual debe ser coherente, consistente, sin contradicciones y ambigüedades.

En igual forma, el Tribunal Supremo de España, acogido en reiteradas decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que:

“Tales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima

puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad.

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”⁹

A pesar de lo anterior, es preciso recordar que tal como lo ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de niños, no por el hecho de serlo es imperioso creerles sin mayores explicaciones, pues no siempre que declaran dicen la verdad, por el contrario, *“sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate”*¹⁰ por lo que deben valorarse sus dichos sin prejuicios y atendiendo a las reglas fijadas por la citada Corporación; ese cuidado especial permitirá al operador judicial no caer en extremos de postular que los menores nunca mienten o que siempre debe creérseles, ya que al igual que los adultos, los niños pueden ser altamente influenciados, mintiendo, tergiversando o alterando los hechos, con el fin de atender intereses o particulares o inclusive por la manipulación de un tercero.

6.3.3. Declaración de A.C.G.Z. como prueba fundamental de cargos.

Con fundamento en el marco teórico explicitado en precedencia, lo primero que debe valorarse en el *sub examine* para corroborar o desestimar la teoría vengativa del impugnante, es la credibilidad del testimonio de la menor víctima como prueba fundamental de cargos. En ese sentido, A.C.G.Z. declaró en juicio que *“yo tenía 7 años en ese entonces, yo siempre los fines de semana de vez en cuando, cuando mi mamá me dejaba, iba donde mi hermanita con mis hermanos a visitarla a ella; de vez en cuando el señor Bayron estaba ahí, otras veces no, un día normal, la niña y yo nos despertamos,*

⁹ ATS 6128/2015

¹⁰ Sentencia Rad. 35080 del 11 de mayo de 20211, reiterada en la Sentencia SP880-2017; Rad. 42656, M.P. Eugenio Fernández Carlier

comenzamos a jugar y nos ensuciamos y nos fuimos a bañar la niña y yo, siempre hasta este año, nos seguimos bañando juntas, nos bañábamos y se nos olvidaba la toalla, no sé por qué, éramos unas niñas. Comenzamos a bañar y a jugar y yo le gritaba a mi hermanita que si por favor me traía la toalla a mí y a la niña y no sé por qué siempre él la llevaba cuando estaba (Bayron) y sacaba a la niña y me decía a mí, espere yo le traigo la toalla a usted, le dije bueno, cuando él me la traía, yo pues me quité mi cachetero y me puse mi toalla, en ese entonces, él entra, me comienza a hablar y me manosea, yo tímida no decía nada, era llorando, cuando ya había como que alguien intentaba llegar al baño, ahí si se retiraba y yo ya salía, pero no contaba nada por lo que él me amenazaba, pasó como 3 veces, porque de ahí yo ya no volví donde mi hermanita, volvía cuando el señor no estaba, estaba trabajando.”¹¹

Manifestó que eso ocurrió en la casa de su hermana Aida Luz González en Manrique, sector la Honda, para el tiempo en que vivía con el procesado Bayron Eliécer Daza Daza, en la casa de este último, agregó que ella iba a esa casa solo para ver a su hermana y a su sobrina L.M.D.G, ya que prácticamente se habían criado juntas y solo iba cuando su mamá la dejaba, lo que ocurría generalmente los fines de semana.

Refirió que eso ocurrió en 2 o 3 oportunidades, pero solo narro dos y, aunque no pudo referir una fecha exacta, sí precisó que ello ocurrió un domingo, antes de regresarse a su casa, y aunque tampoco refirió directamente una hora determinada de la agresión, adujo que ella se bañaba entre las 11 y 12 de la mañana y que primero el procesado sacaba a su hija L.M.D.G., previo a traerle la toalla a ella; además agregó que nunca dijo nada de la agresión porque él la tenía amenazada con hacerle daño a su hermana, y le decía que a ella no le iban a creer por su condición de menor, por eso A.C.G.Z. tenía miedo ya que era una niña muy pequeña.

Cuando se le preguntó por la segunda ocasión, refirió que el ataque siempre ocurría de la misma manera, cuando llamaba para que le trajeran la toalla a ella y a su sobrina L.M.D.G., primero llevaba la toalla de la niña L.M.D.G, la cogía, se la llevaba para la habitación, posteriormente le llevaba la toalla a A.C.G.Z. y salía de la habitación, pero cuando A.C.G.Z. se estaba cambiando, él nuevamente entraba y le realizaba tocamientos en sus partes íntimas. Preciso que esos tocamientos ocurrían *“cuando él ya me traía la toalla, yo me la ponía y al instante entraba y yo soy muy chiquitica, entonces yo me la ponía, él se agachaba, se ponía de cuclillas y comenzaba a tocarme, llegaba a la parte mía, mi vagina, yo tenía mi toalla, entonces la toalla esta así*

¹¹ Sesión de juicio oral del 4 de octubre de 2021 – A partir del minuto 1:17:40

(muestra gráficamente como tenía la toalla) y *el hacía como este gesto* (muestra gráficamente el gesto empleado) y *me tocaba por ahí 5 minutos*¹²¹³

A.C.G.Z. le contó a su madre, manifestó que *“ella lloró, dijo que por qué no le había contado antes, que yo sabía que ella tenía la confianza en mí, yo le dije que no, que no era capaz y me tenía amenazada con mi hermana y yo no podía dejar que le pasara nada a mi hermanita”*; demás confirmó que ella no tuvo problemas de ningún tipo con el procesado. Manifestó que actualmente se sentía bien, pero al principio cuando apenas ocurrieron los hechos, sí se sentía mal, se sentía sucia y sola, inclusive que quería hacerse daño y refirió padecer emociones de tristeza y rabia, producto de no haber contado antes lo ocurrido.

También recordó que en la primera oportunidad en la casa de Bayron Daza estaban él, su hermana Aida Luz González, sus dos hermanitos, la menor L.M.D.G y la mamá de Bayron Eliécer, inclusive recordó que sus hermanos estaban jugando Play en la habitación de su hermana Aida Luz, que también se encontraba allí haciendo aseo, pero negó conocer que se encontraba haciendo la mamá del procesado en ese momento. Para la segunda oportunidad refirió que estaban su hermana, sus dos hermanos y Bayron Eliécer, sin más detalles de las actividades que ejecutaba cada uno.

En sede de contra interrogatorio, dio conocer cómo salió el ataque sexual a la luz, manifestando que *“en ese entonces yo sufría, no me acuerdo de qué, pero a mí un día así, me acuerdo que fue un viernes, mitad de año yo estaba haciendo educación física y de un momento a otro me empezó a doler el corazón y empecé como a marearme, y en ese entonces se me paró el corazón, me llevaron de una al hospital, cuando ya me estaban reanimando se puede decir así, llegó un doctor a decirme, el cómo me daban esos malestares y si yo había pasado por una situación de abuso, yo les dije que sí, ellos decían que si podía contar como fueron las cosas, yo les conté, ellos me dijeron que estaba bien relatado lo que había dicho y me dijeron que como cada hospital tiene la autoridad de anunciarlo a la policía porque fue un abuso, entonces ellos procedieron a llamar a la policía, cuando a mí me dieron de alta, fue cuando llegaron y me llevaron allá donde me hicieron las preguntas que la verdad no me acuerdo y allá fue donde comenzó todo este proceso.”*

Aunque eso ocurrió muchos años después de la agresión, explicó que no había dicho nada porque tenía miedo de que eventualmente le pasaría algo a su hermana Aida Luz y además el procesado le habría implantado la idea de que, por su edad, no le iban a creer.

¹³ Sesión de juicio oral del 4 de octubre de 2021 – A partir del minuto 1:55:32

En virtud de lo anterior, y a los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia, el primer interrogante que se apresta a resolver la Sala será verificar la presencia de incredulidad subjetiva derivada de posibles resentimientos o enemistades previas a la conducta punible entre el agresor y la agredida, con el fin de descartar la intervención de intereses personales o de terceros en perjudicar al procesado; en el *sub examine* tenemos que A.C.G.Z. negó tener problemas con el procesado, cuando se le preguntó cómo era su relación previo a los hechos investigados, dijo que el trato era normal, un saludo y ya, cuando no trabajaba los fines de semana que ella estaba ahí, él no salía de su cuarto, incluso que, posterior a la agresión, ella no volvió a la casa de su hermana, adicional a eso, su madre Sandra Milena Zapata, coadyuvó lo anterior manifestando que la menor no tenía ninguna razón para inventar una cosa así. Por otro lado, el procesado, que también declaró en juicio adujo que su relación con la menor era muy respetuosa, igual que con toda la familia de ella, la calificó como normal.

Así pues, los demás declarantes tampoco aportaron detalles que permitieran inferir la presunta hipótesis alternativa formulada en la alzada -a la cual nos referiremos más adelante-, por el contrario, todos coincidieron en afirmar que era una relación normal, respetuosa y de poco contacto, y es por eso que concluye la Sala que no existían relaciones previas a los hechos denunciados entre la víctima, su familia y el procesado que influenciaran de alguna manera la construcción ficticia del suceso o un interés perverso con el fin de perjudicarlo.

Ahora, frente a la verosimilitud de la declaración, consideramos que no es una declaración aislada, cuenta con elementos de corroboración periférica en pruebas independientes, más allá de la discusión sobre la crítica del apelante, la ocurrencia de los hechos se ve confirmada por el testimonio de la madre de la víctima, Sandra Milena Zapata, quien refirió que se enteró de los hechos *“en el momento mientras yo estaba haciendo el papeleo para ingresarla, ella fue recuperando el sentido y los médicos que le hicieron unas preguntas, como que entre esas preguntas le hicieron que si ella había sido manoseada y ella dijo que sí.”* Y aunque ella no lo escuchó de manera directa, coincidió en afirmar que habló con la menor *“cuando estaba más recuperada”*, tal y como A.C.G.Z declaró.

También declaró que la menor le dijo que *“(…) mamá sí es verdad, él me manoseo una vez que yo me estaba bañando con la niña en el baño.”* Además, que eso ocurrió cuando ella tenía 7 años, y que el único cambio que notó en la menor fue en su rendimiento académico, finalmente en el contrainterrogatorio explicó que su hija A.C.G.Z. se bañaba en la casa de su hermana Aida Luz con la menor L.M.D.G., *“porque las niñas han sido muy apegadas una a la otra (...).”*

Su hermana Aida Luz González y ex pareja del procesado -pareja para el momento de los hechos-, coadyuvó las anteriores manifestaciones, adujo que la razón por la que se encontraba en juicio era porque *“(...) el señor Bayron Daza manoseo en varios instantes a mi hermanita en el baño de la casa cuando ella iba a visitarme.”* Seguidamente dijo que *“(...) la había manoseado mientras ella se bañaba, en el instante en que ella me llamaba para que yo le llevara la toalla, que de verdad no comprendo porque no se la llevaba yo y se llevaba él, ella me dijo que en ese instante, yo misma me reproché y yo le dije a ella, pero por qué no le llevaba la toalla yo, se la llevaba él, y esas son cosas que no recuerdo.”* En atención a lo anterior, y además de que la defensa no impugnó la credibilidad de ninguno de los testigos de cargos, considera la Sala que la declaración de la menor no debe ser tachada como falsa, mentirosa o fantasiosa, no debe ser afectada en su valor suasorio ya que cuenta con corroboración en los demás medios probatorios incluidos en el acervo allegado por el Ente Acusador.

Por todo lo anterior considera la Sala que la declaración de la menor víctima no es una declaración aislada, cuenta con elementos de corroboración periférica que no solo fortalecen su versión, sino que confirman circunstancias previas y posteriores de la conducta punible, los motivos por los que la menor visitaba a su hermana, los días de la semana que lo hacía, con quién acudía a esa vivienda, además de precisar en qué momentos ocurrían las agresiones y quiénes se encontraban en la vivienda.

Por último, en cuanto a la persistencia de la incriminación, la menor víctima declaró que Bayron Eliécer Daza, la manoseó en el baño de la casa de él, cuando tenía 7 años, declaración que fue corroborada de manera general por todos los testigos de cargo, inclusive de descargo, a excepción del procesado, lo que era apenas lógico, ante las incriminaciones en su contra, mismas que no adolecen de incongruencias, aunque el censor alegó la poca credibilidad de la declaración de la menor al no poder referir las fechas exactas de las agresiones, la Sala no aprecia incongruencia alguna, pues lo que observamos es a una niña intentando recordar un hecho atroz que la marcó, pues tal como indicó ella, todavía siente rabia y tristeza por lo que pasó e incluso se quiso hacer daño, y a pesar del tiempo transcurrido, fue coherente, consistente y espontánea en todas las instancias en las que tuvo que revivir el hecho victimizante, frente al médico, frente a su familia y en el estrado judicial.

6.3.4. Superado este análisis, se referirá la Sala puntualmente a los cuestionamientos formulados por el censor en el escrito de alzada, tras argüir que no se superó el baremo impuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria, dijo que la sentencia de primera instancia se fundó en sesgos y suposiciones, criticó además que la menor no refirió un lugar ni una fecha, ignorando que aunque no aportó la dirección física de la

vivienda, sí coincidió en su descripción en cuanto a su distribución con los demás declarantes, además de que extrañó la falta de estrés post traumático, considerando además que no existió ninguna afectación en su vida social, personal y familiar, como si nunca le hubiera pasado nada.

Como se dijo, en cuanto a la falta de detalles frente al lugar de los hechos alegada por la defensa, considera esta Magistratura que, si bien no refirió la dirección de la residencia, sí la describió, descripción que coincide con las demás reseñas del inmueble dadas en juicio, aunado a que ese aparte de la declaración de la menor no fue controvertida por la defensa. En esa línea, la Corte Suprema de Justicia¹⁴, ha precisado que a un menor que ha sido sometido a una sorpresiva agresión sexual, no se le puede exigir exactitud en la narración del hecho, pues el relato de un niño sobre este tipo de casos no tiene por qué ser claro, lógico, sucesivo, ordenado y coherente en estricto sentido, por el contrario, ello inclusive podría representar una preparación de la declaración, como si se tratará de un libreto, pues cotidianamente la narración de la víctima en este tipo de delitos suele ser desordenada, inclusive confusa, más aún cuando el ataque se ejecuta a temprana edad, sin embargo, lo más importante es que el Juez pueda reconstruir el escenario y no se ate a nimiedades que conviertan el derecho a la presunción de inocencia, en uno a la impunidad, es por eso que no es exigible que la declaración de la menor tenga la precisión absoluta del lugar de los hechos, ni de la fecha exacta del abuso, como lo pretende el apelante.

Por otro lado, ignora el censor que la menor sí reportó afección en su vida personal pues dijo que al principio se sentía mal, sucia y sola, e incluso quiso hacerse daño, y su madre en el mismo sentido reportó bajo rendimiento escolar, pero aunque se acreditara la falta de afección, esta no constituye en sí misma una prueba que desacredite la situación de abuso, ya que el comportamiento de los menores generalmente se encuentra condicionado a su desarrollo cognitivo y a su edad, en ese sentido muchos de estos no son capaces de desentrañar el sentido de una conducta, de una manifestación u otras expresiones, en consecuencia su reacción a determinada conducta en su contra, en este caso punible, no tienen siempre que verse reflejadas en afectaciones directas en el comportamiento del menor.

Ahora, frente a la presunta falta de lubricidad del miembro viril de Bayron Eliécer, la Sala acoge el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ en el sentido de que en este tipo de delitos, la responsabilidad penal del acusado no se estructura en la finalidad última perseguida por el autor -sea la

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal SP-4316, Rad. 43.262 M.P. María del Rosario Gonzales
¹⁵ 15 CSJ SP1867-2021 de 19 de mayo de 2021. Rad. 56950 M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

satisfacción sexual o el acceso carnal, dependiendo el caso- sino en la actividad desplegada y probada en el juicio, pues el ánimo erótico de la conducta no tiene relación directa con la erección del miembro viril del agresor, acoger la tesis de la defensa implicaría que siempre que no se pruebe ese elemento de lubricidad o de erección, el delito no se configure, lo cual desconocería el bien jurídico tutelado por el legislador, además de que se trata de un elemento casi imposible de determinar, pues reposa en la *psiquis* del autor, difícil de explorar.

Además de lo anterior, teniendo en cuenta que cuando la víctima es menor de catorce años, resulta irrelevante su consentimiento para llevar a cabo el acto sexual, ya que se ha establecido que en ningún caso cuenta con capacidad de disposición sobre su sexualidad, lo que obedece a la especial protección legal y constitucional que se le da a los menores, por su condición, tal como lo regula la Constitución Política en su artículo 44, en ese sentido, se presume sin que admita prueba en contrario, la incapacidad de los menores de catorce años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, razón por la cual el ordenamiento jurídico sanciona el aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima, derivada de su edad, más allá de la consumación de las apetencias de la libido.

Siendo importante en todo caso recordar que la gratificación sexual perseguida por el procesado con el acto sexual no siempre se consolida, debido a las circunstancias en las que ocurren esta clase de delitos, por lo que la sanción impuesta por el legislador respalda la mera intención libidinosa del agente, siempre y cuando se hayan desplegado actos que objetivamente involucren al menor y por ende, lesionen ese bien jurídico de libertad e integridad sexual, el cual el legislador, busca proteger.

Formuló en la alzada la defensa una hipótesis alternativa que busca generar duda razonable en segunda instancia, basado en que presuntamente la denuncia habría sido motivada por el interés de perjudicar a Bayron Eliécer, para quitarle la custodia de su hija L.M.D.G., producto de la separación de éste y Aida Luz González, hermana de la víctima. Para ello entonces es claro que la hipótesis alternativa plausible exige al Juez que frente a una acusación –como la investigada- se adelanten y evalúen todas las explicaciones racionalmente posibles, además de la aportada por la Fiscalía, ello no solo para asegurar que la carga de la prueba recaiga sobre quien acusa, sino que también busca evitar condenas injustas basadas en análisis incompletos o sesgados de los hechos, pero dichas explicaciones deben estar congruentemente respaldadas por los medios probatorios obrantes en el expediente sin dejar al margen explicaciones alternativas de cualquier índole.

Sin embargo, nada de eso se probó en el proceso, ni siquiera fue tratado por los declarantes, por el contrario tal como declaró el procesado y la familia de la víctima, no existían relaciones enemistosas entre estos que pudieran sustentar la construcción ficticia del hecho, inclusive el procesado manifestó que a pesar del actuación que se adelanta en su contra, él tiene una buena relación con Aida Luz, hermana de la víctima y madre de su hija, por lo que carece de sentido conforme a lo probado, que la denuncia haya obedecido a los intereses de la hermana Aida Luz, más aún cuando la revelación se da en un entorno hospitalario mientras la víctima recibía atención médica.

Insistentemente refirió el censor que todo se trataba de una mentira, ya que existían conflictos personales y familiares por celos y odio hacía la nueva pareja de Bayron Eliécer Daza Daza, además, conflictos por la custodia de la menor L.M.D.G., pero nada de eso fue objeto de interrogatorio en el juicio oral; de hecho, el procesado en su declaración ni siquiera hizo alusión a estos presuntos problemas, además de que la defensa técnica del procesado aunque fue concreta y determinada no estuvo encaminada en el juicio oral a la demostración de la presunta hipótesis formulada, por lo que es menester precisar que el Tribunal Superior como órgano judicial de Segunda Instancia, no se constituye como una nueva etapa procesal de juzgamiento, sino que tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia *“el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio factico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente”*, y más recientemente *“que la limitación para el ad quem representa cabal materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez de segundo grado se aparta de ese objeto concreto de debate.”*

Así pues, si la inconformidad de la parte recurrente no guarda relación con la responsabilidad penal del acusado, por la razón de que en la primera instancia no existió pronunciamiento sobre ese tópico -alegado en segunda instancia-, resulta evidente que el análisis del *ad quem* no puede extenderse a ese ámbito de la controversia, en atención también al principio de congruencia en la actuación.

Le extrañó al abogado defensor que la denuncia fuera interpuesta casi 8 años después de consumado el abuso sexual y 4 meses después de la separación de Aida Luz con Bayron Eliécer, sin embargo, para esta Sala ello no implica que lo narrado por A.C.G.Z. sea fantasioso o ficticio, ya que en primer lugar estuvo bajo coacción por parte del acusado, el cual la amenazó con hacerle daño a su hermana Aida Luz González si ella llegaba a contar algo sobre el abuso, además que según

consta en el expediente la denuncia no se interpuso 4 meses después de la separación, que fue el 22 de agosto de 2017, sino que pasaron alrededor de dos años, en ese sentido es dable concluir que la menor se sintió amenazada y presionada desde que se le hizo esta primera advertencia, es decir, después de consumado el primer ataque sexual hasta que terminó la convivencia entre Bayron y Aida Luz, casi 7 años después y, aunque no se probó que las amenazas fueran reiterativas, Aida Luz González, siempre estuvo expuesta a que el procesado materializara su amenaza, por ello la menor solo habría dejado de sentir presión de las amenazas cuando finalizó la convivencia entre su hermana y el procesado, lo que tiempo después la liberó para sacar a la luz el abuso sexual del que fue víctima.

Aunado a ello, en armonía con lo decantado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁶, que la víctima deba denunciar de inmediato los hechos padecidos, puede constituir un ideal, pero no una regla de la experiencia con pretensiones de universalidad pues la práctica enseña, por el contrario, que las víctimas callan más de lo usual y de lo deseado, por muchas razones tales como que no creen en la eficacia o transparencia de las autoridades, o porque entran o permanecen en estado de negación de su condición de víctimas, o porque no quieren exponerse a la revictimización, o temen a sus victimarios, o el olvido del trauma constituye un recurso psicológico de la mente, o por ignorancia o sentimientos de culpa o, como en este caso, por las amenazas hechas por el procesado a la víctima. En ese sentido, debe acotar esta Sala que no es exigible ni debe esperarse que la víctima denuncie inmediatamente el abuso y menos aún que el tiempo que la víctima mantuvo silencio sea valorado en su contra o de manera negativa a ella, por eso la hipótesis del censor frente a este tópico, no constituye una regla de la experiencia y en ese sentido, no será tenida en cuenta, ello aunado también a la falta de pruebas en este aspecto.

Concluimos entonces, que la duda solicitada por el apelante como argumento para revocar la decisión de primera instancia y absolver al procesado, no se configura, la presunta hipótesis alternativa presentada por la defensa en la alzada que describe un móvil de celos y odio como fundamento de la denuncia, no tiene la fuerza probatoria suficiente para establecer que la denuncia haya sido motivada por la custodia de la menor L.M.D.G. y sentimientos de celos y odio en contra de la nueva pareja sentimental del procesado, por lo tanto, no se acreditó relación de causalidad entre estos, ni se desprestigió el testimonio de la menor durante el interrogatorio cruzado.

¹⁶ Sentencia del 2 de agosto de 2023 SP306-2023. Rad. 54809, M.P. Gerson Chaverra Castro

Así las cosas, para esta Sala quedó demostrado más allá de toda duda razonable que Bayron Eliécer Daza Daza, sí realizó tocamientos de índole sexual a la menor A.C.G.Z. y, aunque formuló una serie de yerros y una hipótesis alternativa a la comisión delictiva, no quedó probado que el hecho investigado fuera ficticio, fantasioso o exagerado, no tampoco que estuviera influenciado por intereses en la custodia de la menor L.M.D.G. pues, como se expuso en precedencia, se verifican una serie de elementos como la concordancia de la declaración de la víctima, la corroboración periférica y la persistencia de la misma, que permiten fortalecer y corroborar el relato de la menor, en ese sentido, la sentencia de primera instancia no merece ningún reproche y habrá de ser íntegramente confirmada.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por ministerio de la ley, **CONFIRMA** la sentencia condenatoria proferida el 30 de junio de 2022 por medio de la cual el Juzgado Diez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, condenó a Bayron Eliécer Daza Daza a la pena de 151 meses de prisión tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Actos sexuales con menor de catorce años Agravado por el grado de filiación entre la víctima y el procesado.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

(En permiso concedido por la Presidencia del TSM)

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8f7e98653097ba6044e746a6b6c64e4be693f930cc41dad2e07e4fbb84e17843**

Documento generado en 30/10/2024 10:52:28 AM

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