



SALA PENAL

Medellín, viernes once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 20

Sentencia de segunda instancia Nro. 4

Radicado Nro. 05-001-60-00207-2020-00268

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Acusado: David Alejandro Atehortúa

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: martes 15 de febrero de 2022. Hora: 11:00 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del acusado DAVID ALEJANDRO ATEHORTÚA, contra la sentencia condenatoria proferida el 29 de noviembre de 2021 por el Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín, en desarrollo del juicio oral adelantado en contra del prenombrado acusado a quien encontró responsable del delito de acto sexual con menor de 14 años.

1. EPÍTOME FÁCTICO

Al aquí sub iudice se lo acusa de tocar indebidamente y con fines erótico sexuales los senos y vagina de la menor N.A.S.¹, sobrina de su cónyuge, para lo cual habría utilizado sus manos, lengua y pene durante varias ocasiones entre enero de 2015 y enero de 2020, y dentro del rango etario de los 8 a 12 años de edad de la víctima, quien frecuentaba la residencia de la pareja y para

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

finales del año 2019 y principios del 2020 residió por algunos meses en esta casa, añadiendo la Fiscalía que durante unas vacaciones en enero de 2020 en la ciudad de Santa Marta el adulto introdujo sus dedos en la vagina de la menor.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1). El 16 de julio de 2020 ante la Juez Veinte Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se legalizó la captura de DAVID ALEJANDRO ATEHORTÚA, a quien se le imputaron cargos como probable autor doloso de una conducta constitutiva de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, conforme las previsiones legales de los art. 208 del C. Penal y 211.2 ibid., por la confianza depositada por la víctima, cometido a su vez en concurso heterogéneo con varias conductas punibles (concurso homogéneo y sucesivo) constitutivas de actos sexuales con menor de 14 años agravado, acorde a dispuesto en el art. 209 ejusdem y 211.2 de la misma obra sustantiva y por la confianza depositada en la víctima, y canon 31 ejusdem, sin allanamiento a los cargos así enrostrados, imponiéndole la judicatura a solicitud del ente persecutor medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario. Los delitos en comento contemplan unas penas de 12 a 20 años y de 9 a 13 años, respectivamente, los cuales se aumentan de una tercera parte a la mitad en razón de la circunstancia de agravación punitiva.

2). La Fiscalía radicó escrito de acusación signado el 26 de septiembre de 2020, sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, agotándose audiencia de formulación oral de los cargos el 18 de noviembre de 2020, preparatoria del juicio oral el 18 de enero de 2021 y juicio oral en varias sesiones entre el 23 de marzo de 2021 y 10 de septiembre de 2021, anunciando al término del debate probatorio y tras escuchar lo que hace a las alegaciones finales, sentido de fallo de carácter condenatorio por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, cuya lectura se realizó el 29 de noviembre de 2021.

3). La anterior decisión dejó inconforme a la Fiscalía y a la defensa técnica del acusado, quienes interpusieron el recurso vertical de apelación; no obstante, el delegado del ente persecutor desistió de la alzada, en tanto la defensa del

procesado sustentó dentro del término legal y por escrito que allegó de manera virtual el recurso vertical que se apresta a resolver la Sala.

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Señala el a quo que la prueba arrimada a la foliatura permite emitir fallo de condena por el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado, cometido en las circunstancias dadas a conocer en la acusación, no así frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, apartado fáctico frente al cual subsiste duda probatoria que debe resolverse a favor del procesado.

Tras analizar puntualmente lo dicho por cada testigo durante el juicio, el funcionario de primer grado estima que la víctima manifestó con claridad y coherencia, sin contradicciones o ambigüedades, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los tocamientos por parte del adulto, resultando corroborado periféricamente por lo dicho por otros deponentes, concluyendo el a quo que la menor develó lo realmente vivido, y sin que se observe intención maledicente de parte de la agraviada o algunos de sus familiares.

Encuentra así el funcionario que la menor narró una historia coherente y sin modificaciones al relatar la forma en que vivió las vejaciones, así como la manera en que reveló lo ocurrido a sus familiares, y pese a mostrarse tranquila durante su testimonio, en cierto momento fue evidente su incomodidad y tristeza por tener que describir nuevamente lo sucedido ya que hacía tiempo que no tenía que revivir y hablar sobre los hechos investigados, aunado a que los demás testigos escuchados en juicio en relación con las circunstancias que generan mayor o menor probabilidad de la existencia de las vejaciones, y sobre la credibilidad de la menor de edad suma a favor del testimonio de la menor.

Aspectos estos que arrojan una evaluación positiva en relación con lo dicho por los profesionales que de alguna manera conocieron el caso, valoraron o atendieron a la víctima, entre otros, una psicóloga y un médico legista, sin que su credibilidad se viera afectada, y en el caso de los demás testigos, incluso

se observa que no conocen al acusado y en ciertos casos sienten agradecimiento con la suegra de esta persona, esto es, con la señora LUZ MARINA ÁLVAREZ, o gran aprecio frente al acusado, por lo que tampoco se evidencia alguna mala intención o motivo para inventar o tergiversar los hechos.

En cuanto a la agravante por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en aras de garantizar los principios de congruencia y legalidad considera que no es posible aplicar la agravante tal como fue enrostrada por la Fiscalía, toda vez que la situación de confianza no se constituyó con antelación, como quiera que la primera vez que ocurrieron los tocamientos el acusado aún no se había casado con la tía de la víctima, ni esta residía con la pareja.

De otro lado, en relación con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, tan solo se cuenta con prueba de referencia consistente en lo relatado al médico legista por la víctima y que el profesional consignó en la respectiva anamnesis, aunado a que la expresión por la cual la profesional arribó a tal conclusión, en contexto con lo declarado por la menor en juicio, se refería a que el varón ponía sus dedos en su vagina por dentro de la ropa, pues además fue clara en que este le realizó únicamente tocamientos en sus senos y vagina, o le tomaba la mano para ponerla en el miembro viril, aunado a que la testigo ELIANA MARCELA TABORDA ÁLVAREZ aclaró que de acuerdo con lo narrado por su sobrina nunca existió penetración, a lo que se suma lo que en la misma dirección confirmaron la psicóloga y el médico general escuchados en este caso, y específicamente sobre el episodio en la ciudad de Santa Marta, la menor describió que cuando estaba dormida sintió que le tocaban la vagina se despertó y observó al acusado sentando en su cama, y que al sentir su agresor que ella se despertó este regresó a su lecho.

De manera que en criterio del a quo existe prueba de corroboración periférica que permite emitir sentencia por el delito de acto sexual con menor de 14 años, mientras que la prueba ofrecida por la defensa del procesado solo logró aquilatar un patrón de conducta reacia a admitir sus errores en el ámbito educativo por parte de la víctima, a lo que se suma que el hecho de mostrar un comportamiento tranquilo, el no haber exteriorizado con anterioridad

síntomas ni dado muestras de abuso no descarta la ocurrencia de las vejaciones.

Estos en síntesis los argumentos para imponer una pena de prisión de 120 meses por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, sin derecho a la suspensión condicional de la pena ni la prisión domiciliaria de que tratan los art. 63 del C. Penal y 38 Ibid., respectivamente, debiendo continuar detenido en centro penitenciario para el descuento efectivo de las penas impuestas.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Escrutados los sorites formulados por el censor, observa la Sala que su inconformidad gravita esencialmente en lo que hace a la valoración probatoria agotada por la primera instancia, pues en su criterio la prueba debatida en juicio no permite superar el estándar legal para condenar a su patrocinado por el delito de acto sexual con menor de 14 años, a través de una sentencia en la que ni siquiera se precisaron cuáles fueron los hechos que constituyen el concurso homogéneo y sucesivo por el que se condenó y se dan por ciertos hechos sobre los que subsiste duda.

En la dirección propuesta, estima que si la prueba para ambos delitos enrostrados fue la misma, y las conductas investigadas en este caso encuentran sustento en el mismo presupuesto fáctico, en términos de tiempo, modo y espacio, resulta un contrasentido que a la par sirvan para emitir fallo absolutorio por uno de los extremos y condenatorio para el otro, aunado a las dudas que emergen en torno a la versión de la víctima confrontada con la prueba de cargo y de descargo, entrando a destacar en el testimonio de la psicóloga LINA MARÍA RESTREPO GAVIRIA, que contrario a lo que ocurre con el común de menores abusados observó muy tranquila a la postulada víctima, siendo este el aspecto que más le llamó la atención a la profesional en este caso, de ahí que no podía soslayar la judicatura tan importante aspecto dado a conocer por dicha profesional.

A su turno con el testimonio de ALBA LUCÍA CARDONA GARCÍA, quedó claro que en el paseo a la costa del que se habló en este caso no se presentó ninguna situación o circunstancia anormal o que perturbara la paz, reparando

que desde las máximas de la experiencia resulta difícil que en un pequeño recinto con tantas personas nadie se percatara de actividades de abuso sexual.

Por su parte la testigo LINA MARÍA POSADA HINCAPIÉ, quien por su especialidad y trabajo como coordinadora en uno de los colegios en que estudió la postulada víctima conoció su caso, dejó en evidencia que esta comenzó a presentar problemas en la institución llegando a negar sus faltas, tratando de endilgárselas a otras niñas, además de ser irrespetuosa con los docentes. Incluso negaba sus errores, aunque fuera sorprendida en el acto, lo que en criterio del apelante se traduce en que la menor puede mentir, dejando claro la testigo que a diferencia de otros casos en los que a los menores les cuesta socializar y tener compañeras, participar, en el de la presunta agredida no observó indicios de abuso en una estudiante con buen rendimiento académico, participativa y con condiciones de líder.

De otro lado, estima el letrado que pese a que la madre biológica de la menor aceptó que no participó en su crianza, pues desde muy corta edad la entregó a la señora LUZ MARINA, mientras que ELIANA la tía de la niña manifestó que a lo sumo hablaba con su sobrina una vez al año, el a quo les reconoce plena credibilidad a lo dicho por las mencionadas testigos, restándole importancia a lo dado a conocer por quién verdaderamente crio a la pequeña, así como lo señalado por la deponente LINA POSADA, gracias a la cual se supo que la estudiante frecuentemente mentía.

Estas las razones por los que el impugnante solicita que se revoque el fallo apelado, para que en su lugar se emita sentencia absolutoria en favor de su representado.

5. CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En esta oportunidad debe señalar la Sala que en razón a que la sentencia apelada fue emitida por el Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín, el cual se encuentra adscrito al Distrito Judicial de Medellín, de conformidad con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, le asiste competencia a este cuerpo colegiado para conocer el asunto sometido a

estudio y decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, así como los que surjan inescindibles al tema objeto de impugnación, habida cuenta que estamos en un sistema con características de justicia rogada.

Huelga significar, de un lado, que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, art. 31 Superior y 20 de ley 906/04, respectivamente, no se puede agravar la situación del acusado por cuanto su defensa actúa como único apelante, lo que para el caso de autos se traduce en que no se modifique ni se analice de fondo lo que hace al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y la agravante enrostrada al actor. De otro, que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

En orden metodológico, con miras a resolver los problemas jurídicos que se le plantean a la Sala en esta oportunidad, y según se desprende de los motivos del disenso, es preciso que este cuerpo colegiado se aplique en verificar si la prueba debatida en juicio demuestra más allá de toda duda, esto es, en grado de certeza, que el acusado desarrolló conductas constitutivas del delito de acto sexual con menor de 14 años, en tanto la defensa del procesado esencialmente reclama la absolución de su patrocinado con base en la duda probatoria.

En conclusión, este cuerpo colegiado debe pronunciarse de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad de la decisión criticada por el impugnante, para lo cual se debe aplicar en el análisis del recaudo probatorio debatido en la vista pública, consignando los motivos para adoptar una u otra salida jurídica, cumpliendo así con la carga que impone el numeral 4° del art. 162 de la ley 906/04 que señala que las sentencias deben contener las razones de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas y practicadas en juicio.

Conforme al panorama delineado en cuartillas anteriores de este proveído y como acostumbra esta segunda instancia al analizar este tipo de casos, resulta oportuno realizar unas breves consideraciones sobre la conducta acriminada bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años de que trata el

art. 209 del C. Penal, mediante la cual el legislador pretende proteger a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de naturaleza sexual, de forma que se presume que quien no ha superado el rango etario de los 14 años no tiene la capacidad de auto-determinarse, de disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales, estructurándose así una **–presunción iuris et de iure–** al respecto.

Tal falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, tal como se desprende del contenido del artículo 209 del Código Penal. Modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008 que a su letra reza.

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

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

En la misma línea de pensamiento la CSJ, Sala de Casación Penal, en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000 indicó: “... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad”.

Como puede verse, la minoría de edad –para el caso menos de 14 años- se erige en un elemento normativo y definitorio del referido modelo

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

comportamental, en otras palabras, se exige una connotación especial en el sujeto pasivo de la criminalidad, siendo el niño, niña o adolescente el titular de los plurales bienes jurídicos que se pretenden proteger mediante la normativa bajo escrutinio, a saber, la integridad y formación sexual, consagrados expresamente en el Título IV de la Parte Especial del C. Penal.

De ahí que exista consenso en cuanto a que cualquier interferencia en el normal desarrollo psicológico, físico, y sexual por medio de maniobras libidinosas o acciones constitutivas de actos sexuales, afectan directamente y menoscaba los referidos bienes jurídicos, pues como se dijo, al igual que la persona que padece trastorno mental o el individuo que se encuentra en estado de inconciencia o indefensión, el menor de 14 años no puede ejercer libremente una libertad que no tiene, debiendo señalar la Sala en este punto que es irrefutable que para la fecha en que la agraviada habría soportado las vejaciones sexuales por parte del aquí sub iudice, al igual que para la época en que fue objeto de valoración sexológica por personal médico, no superaba el mencionado rango de edad o desarrollo etario.

Fácil entender en consecuencia que el modelo comportamental bajo análisis contempla dos elementos estructurales, a saber: que el sujeto pasivo sea menor de catorce años y que se materialicen acciones vejatorias constitutivas de actos sexuales diversos al acceso carnal.

En términos generales la Corte sigue la línea según la cual: "... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad"³.

En fin, huelga señalar que para la configuración de esta clase de delitos contra niños, niñas y adolescentes que no superen los catorce años no se exige que el sujeto pasivo de la criminalidad despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido, actos materiales de defensa frente a la agresión sexual; tampoco resulta decisivo para la estructuración de la conducta típica si ofrece o no su consentimiento, pues como se dijo en apartados anteriores, el

³ CSJ, SP. sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000.

menor no puede hacer uso de una libertad que no posee, y que para el caso se contrae a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales.

Cabe relieves igualmente que tomando como punto de comparación el acceso carnal, la doctrina define los actos sexuales como "... aquellos que buscan la satisfacción de las necesidades sexuales, o liberación de la libido (energía sexual), sin penetración o introducción del miembro viril"⁴.

En la misma línea, pero de forma más amplia: "Pese a que la ley penal los define en negativo, (lo que no constituye acceso carnal), el "acto sexual" sería toda manifestación exteriorizada por un agente, consistente en el despliegue de conductas que tengan la idoneidad de activar la libido, tanto en quien las realiza como en quien las recibe. Dichas conductas pueden ser "tocamientos" a zonas pudendas o de intimidad sexual; a zonas erógenas (distintas a la sexual pero que tienen la opción de operarla) y "acciones" de tal naturaleza y manifestación de las cuales se pueda deducir contenido libidinoso."⁵

En consecuencia de lo visto ocupa distinguir dichos actos de aquellos que el agente desarrolla con la finalidad de injuriar al sujeto pasivo, ridiculizarlo u ofender su decoro descubriendo las partes pudendas de este o tocándolas "sin que lo impulse ningún deseo carnal"; pues en dichos eventos y siguiendo las reflexiones de la literatura especializada, aunque materialmente hablando dicha conducta encuadre en el modelo comportamental descrito en el art. 206 del C. Penal, psíquicamente no tiene el alcance lujurioso que dicho dispositivo normativo exige.

Por su parte el verbo rector de la conducta que se incrimina en el canon 209 del Estatuto Represor consiste en realizar un acto sexual, siendo un hecho inconcuso que en este tipo de casos "... no existe de parte del sujeto pasivo la posibilidad de ejercer ese derecho constitucional, con ocasión de la actuación del sujeto activo"⁶.

⁴ARBOLEDA VALLEJO, Mario, RUÍZ SALAZAR, José Armando, *Manual de Derecho Penal Especial*, Décimo Tercera edición, UniAcademia Leyer, Bogotá-Colombia, 2016, pág. 286.

⁵BERMEO TORRES, Genaro, CASTRO CASTRO, Kenny Johan, CASTRO, Marín, *Delitos Sexuales y sus particularidades*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín-Colombia, 2018, pág. 18, 19.

⁶TORRES TÓPAGA, William, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II*, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 471.

*Precisamente, en relación con la libertad sexual, la referida fuente académica a su vez realiza la siguiente precisión: "...esta ha sido entendida, en términos sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realiza o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita. En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse."*⁷.

*En términos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del tribunal de cierre en materia penal, el bien jurídico protegido: "... es la libertad, integridad y formación sexual, reprimiéndose las conductas que violentan el ámbito de la autodeterminación en la vida sexual de las personas que cuentan con la libertad de sostener o de realizar una relación sexual, o quienes no cuentan con la edad suficiente para comprender aquel acto de contenido sexual, protegiendo así a unos y a otros de toda forma de agresión sexual no consentida o que atentan contra la formación de la víctima. Así es el bien jurídico tutelado de la libertad y dignidad sexual de la persona, tanto de la mujer como del varón, entendiéndose que esa aplicación se ajusta a un Estado Social de Derecho al que es consustancial de todos la igualdad ante la ley y también para reflejar debidamente la realidad de que la mujer no es un mero sujeto pasivo en el orden sexual, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el hombre"*⁸.

*Cabe recalcar así mismo que la acción que despliegue el sujeto activo debe tener aptitud, ser: "apropiado para estimular la lascivia del autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos."*⁹ *Es decir, el acto sexual debe revestir idoneidad en el sentido visto. En síntesis, podemos concluir con la doctrina especializada que la conducta que incrimina el art. 209 del C. Penal consiste en cualquiera de las siguientes acciones con significado sexual:*

"a) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, cumplidos por el agente sobre el cuerpo de la víctima, en forma de contacto corpóreo entre aquél y ésta.

⁷ *Ibid.* pág. 470-471.

⁸ CSJ, SP. AP204-2015, Radicación 43648 (Aprobado acta número 11) del 21 de enero de 2015, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

⁹ *Ibid.*

b) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal que el sujeto pasivo realiza en el cuerpo del agente, inducido por éste.

c) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero, para delectación lujuriosa del victimario. En este supuesto el tercero puede tener la calidad de copartícipe en el delito, o también de víctima, si por los mismos medios de la violación fue objeto de ese trato libidinoso.

d) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que la víctima cumple en su propio cuerpo, para delectación erótica del agente.

e) Debemos anotar, por último, que es diferente para la existencia del delito, que la víctima obtenga una satisfacción sexual, porque lo que se sanciona por el legislador penal es la conducta del sujeto agente.”¹⁰

En conclusión, formulándolo en términos negativos, tal como lo hace el legislador penal, podemos afirmar que: “... el acto sexual se limitará a cualquier actividad diferente del acceso carnal en los nuevos términos, tales como tocamientos libidinosos o el denominado coito interfemora, por ejemplo, subrayándose que lo que sanciona son comportamientos que atenten contra la libertad sexual; de manera que el comportamiento debe tener ese tipo de connotación, ya que si simplemente es un acto que objetivamente hace contacto con órganos sexuales o de connotación sexual, no se realiza el delito”¹¹.

La lectura de las anteriores glosas nos permite sostener a su vez que no todo acto sexual objetivamente determinado encuadra por este solo hecho en el modelo típico recogido bajo el nomen iuris de acto sexual. Para que exista dicha correspondencia se requiere un dolo específico en el agente, que su voluntad se dirija inequívocamente a la liberación de la libido (termino latino utilizado de manera general en medicina y psicoanálisis para denominar el deseo sexual), a satisfacer sus necesidades o apetencias sexuales mediante actos de connotación sexual diferentes a la cópula.

En otras palabras, no debe subsistir duda sobre el propósito lúbrico que mueve al sujeto activo de la criminalidad descrita en el art. 209 del C. Penal, que no puede ser otro que la satisfacción de un deceso lascivo, lujurioso, en los

¹⁰ ESCOBAR LÓPEZ, Edgar, *Los Delitos Sexuales*, Ed. Leyer, Bogotá-Colombia, 2013, pág. 260.

¹¹ TORRES TÓPAGA, William, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II*, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 477.

términos vistos. Según las precisiones hechas, el comportamiento doloso del sujeto activo demanda demostrar entonces conocimiento y voluntad de querer invadir ese ámbito personalísimo de la libertad sexual de la víctima menor de 14 años.

Hechas las anteriores precisiones teóricas en punto de la normativa legal que regula el delito bajo análisis, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados y algunas reflexiones de la literatura especializada sobre la materia, y previo a entrar a resolver de fondo los episodios fácticos objeto de investigación, cabe precisar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 de la Ley 906/04, en el juicio se admitieron una serie de pruebas, en esencia documentales y testimoniales, aportadas por las partes, quienes así mismo decidieron dejar por fuera de cualquier debate probatorio lo que hace a la plena identificación del acusado, quien responde civilmente al nombre de DAVID ALEJANDRO ATEHORTUA, con número de cédula de ciudadanía 8.032.630, expedida en el Municipio de Envigado, Antioquia.

Conforme al panorama o marco fáctico y jurídico perfilado es menester entonces que la Sala se aplique a continuación en el análisis de la prueba debatida en juicio, esencialmente de naturaleza testimonial. De ahí que resulte del todo pertinente significar que, de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción racional luego del análisis individual de los elementos de convicción, y finalmente tras uno aunado del recaudo probatorio practicado en juicio con sujeción a los principios de inmediación, publicidad, contradicción, además de garantizar la debida controversia y posibilidad de confrontación, en cuyo estudio se deben tener en cuenta las máximas de la experiencia, los criterios la lógica formal, la equidad, las reglas de la ciencia, la técnica y artes afines y auxiliares, todo dentro del marco de la dialéctica que impone al fallador la carga de exponer con suficiencia los motivos de su decisión.

Es claro entonces que el juez debe formar su convicción a partir de un análisis individual, pero también holística o aunada del acervo probatorio que le permita una aproximación racional a la verdad histórica a la que se puede aspirar dentro del proceso penal.

Ahora bien, a voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dicho material de conocimiento debe generar en el director del juicio el “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”; sin que la sentencia de condena pueda fundarse únicamente en prueba de referencia, consagrando de esta manera una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría generar un falso juicio de convicción tal como lo tiene aquilatado la jurisprudencia; de ahí que sea necesario superar el mencionado estándar legal para dictar un fallo en contra de los intereses de quien resiste el poder punitivo estatal y las duras consecuencias de sanción de naturaleza penal.

Por manera que, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del enjuiciado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutorio, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, y en respeto del principio de inocencia, art. 7º del Estatuto Procedimental Penal, y 29 de la Carta.

De lo contrario, al tener la convicción de la realización del delito y la responsabilidad en cabeza del acusado, con fundamento en lo demostrado por la ristra probatoria con la plenitud de garantías para las partes e intervinientes, se impone la condigna condena del ciudadano que como se dijo resiste la consecuencia represiva que deviene al delito. No está por demás señalar que la duda probatoria a la que se alude no es de cualquier categoría, es aquella con entidad suficiente para enervar el fallo de condena.

En este punto del análisis, resulta del todo oportuno señalar que esta Sala de Decisión participa de la doctrina, por demás contraria a ciertos: “medios tarifados en los que se desecha el poder suasorio del declarante único”¹², según la cual este puede ser suficiente para producir la convicción requerida para condenar, como quiera que: “... el sistema de enjuiciamiento criminal vigente no demanda una tarifa probatoria soportada en la pluralidad de testimonios directos; de manera que, la sentencia condenatoria, bien puede soportarse en la declaración de un solo testigo, siempre que lleve al convencimiento judicial, más allá de toda duda razonable, sobre la

¹² CSJ, SP. Auto del 27 de agosto del 2019, Rad. AP3647-2019, 53.939, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

*materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del implicado en la misma*¹³.

O que de ordinario las víctimas de delitos sexuales tan solo pueden suministrar sus palabras como fuente de conocimiento personal para demostrar la agresión de que han sido objeto. De tal forma, para que dicho testimonio sea soporte suficiente y permita emitir fallo de condena no puede dejar de ofrecer entera credibilidad, acorde a las condiciones y particularidades que rodean el caso, teniendo presente además que: "... la veracidad no dependerá de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia del relato con datos objetivos comprobables, todo dentro de un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común."¹⁴

A su vez la doctrina y la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza (ahora convencimiento racional más allá de toda duda), art. 7° y 381 de la ley 906/04, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad en este tipo de delitos contra la libertad e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes a partir de la declaración que rinde la propia persona agredida.

Las mencionadas reglas se contraen a lo siguiente:

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

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

*c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones*¹⁵.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ CSJ, SP. AP del 15 de septiembre de 2008. Rad. 24.780,

¹⁵ Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

Dado que la decisión de primera instancia se fundamenta esencialmente en lo noticiado precisamente por la postulada víctima, y el ataque del censor se dirige en primer lugar sobre dicho extremo de la prueba debatida en juicio, surge imperativo la necesidad de aterrizar las pautas vistas en precedencia, con miras a develar si lo dicho por la fémina se muestra coherente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso, y además resulta corroborado y obtiene confirmación en otros datos objetivos y medios de convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, sin develar incredibilidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad y, en general, en ánimo de perjudicar al acusado con una falsa incriminación por algún motivo que haya salido a la luz durante el ejercicio del contradictorio o simplemente se pueda colegir de sus palabras, de lo dicho por los demás testigos en el estrado judicial o lo develado en términos generales por el caudal probatorio debatido en juicio.

*De ahí que el paso a seguir consista en aplicarnos en analizar lo dicho por la menor de edad **N.A.S.**, quien acudió a rendir su testimonio a la edad de 14 años, y para lo que interesa al objeto de debate señaló que cursa el grado noveno, es hija de Sandra Milena Álvarez Salazar y desconoce el nombre de su padre biológico. Para el año 2019 vivió en el barrio El Salvador con su tía y madrina Luz Marina Álvarez Salazar y el cónyuge de esta persona. A finales del año 2019 se cambió para un colegio en el barrio Robledo de la ciudad de Medellín, por lo que a su vez su tía Marina la envió a vivir en el barrio Los Colores con, “Viviana María Avendaño y David Alejandro Atehortúa”; allí permaneció unos tres meses, entre noviembre y enero, luego se fue a vivir con su abuela luego que salieran a la luz y declarara sobre los hechos que nos ocupan.*

De otro lado refiere la testigo que fue criada por su tía y madrina Luz Marina, “quien era la que tenía mis cuidados personales”, pues su madre se la entregó desde muy pequeña. Asimismo adviera que sabe cuáles son las partes íntimas de una mujer, significando que las más importantes corresponden a los senos y la vagina, agregando que entre sus siete y doce años, “sin mi consentimiento claramente el señor David... desde que yo tenía siete años, hasta que tenía doce que fue cuando ya hicimos la declaración”, introducía sus manos en, “mis partes... dentro del pantalón, dentro de las partes íntimas, pero por debajo

de la ropa, no por encima, dentro de la vagina, dentro de los senos”, alzando su ropa interior, la tocó de una forma que no le gustó, “fue algo muy incómodo”.

La primera vez le contó lo sucedido a la señora Luz Marina y esta a su vez a su hija Viviana, “en ese entonces creo que ellos no se habían casado”, señala la deponente en clara referencia a la pareja conformado por la hija de su madrina y el aquí sub iudice. En dicha oportunidad Viviana le dijo que ella era una mentirosa, “con palabras que obviamente yo me iba a afectar pues estaba muy pequeña, yo con qué cara iba a decir que eso seguía sucediendo, si entonces todos estaban de parte de él porque no me habían creído”.

Este primer abuso, afirma la menor, habría ocurrido en el centro, en un edificio de nombre “Fuentes de Perú”, logrando recordar que la escena se desarrolló mientras ella se encontraba en la habitación, acostada en la cama de la pareja conformada por Viviana y el acusado, cuya casa visitaba los fines de semana; eran aproximadamente las siete de la noche, el procesado llegó a la estancia y comenzó a tocarle la vagina mientras que Viviana se encontraba en la cocina, luego Marina la recogió con su pareja y cuando se fueron del lugar le contó lo ocurrido y al día siguiente Viviana “me dijo muchas cosas, me dijo mentirosa... que uno tenía que decir la verdad, que eso no había sucedido nunca...”

Quince días después se repitieron los tocamientos. Igualmente recuerda que cuando vivió con la pareja en el barrio Los Colores de la ciudad de Medellín, un diciembre en el que Viviana salió el adulto aprovechó esta circunstancia para tocarla como en oportunidades anteriores, insinuándole en esta ocasión que ella ya estaba más grande, ella no quiso, en el momento el varón no tenía ropa, ella tendría unos once años, aunado a que como llegó el hijo de David de nombre José Manuel, “no pasó nada más ahí”. En el barrio Los Colores los hechos sucedieron entre el año 2018, 2019 y 2020. En este punto de la declaración la menor manifiesta que se siente incómoda reviviendo los hechos se muestra visiblemente afectada y entra en llanto.

Retomando su testimonio expuso que, “eso pasaba muy frecuentemente... una vez él me llegó a insinuar que pasaran más cosas, que dejara, que eso la primera vez dolía, pero que ya después no más, pero obviamente ahí si yo me defendía, yo no quería, obvio me daba miedo... eso nunca llegó a pasar

porque ahí si no, que dejara que la parte íntima de él la introdujera en mi parte íntima”, agregando la deponente que en varias ocasiones manifestó que no quería volver a esa casa, pero igual la hacía ir.

Cuando vivía con la pareja el acusado aprovechaba que su cónyuge se iba a dormir y que este trabajaba con películas en un sitio de la casa ubicado entre las dos habitaciones, llegaba a su recámara y se repetía la escena constantemente, “... introducía la mano por debajo de mi ropa y me empezaba a tocar...”, siempre era lo mismo, todo sucedía de la misma manera, precisando que esto pasó tanto en el edificio Fuente Perú como en la vivienda ubicada en el barrio Los Colores, y que no le contó a nadie porque cuando lo hizo a la edad de siete años le dijeron muchas cosas, y además nadie le iba a creer. Los hechos ocurrían con mucha frecuencia, cada ocho o quince días, entre sus siete y 12 años.

De otra parte, recuerda que a principios del año 2020 se encontraban en la ciudad de Santa Marta, la pareja dormía en la misma habitación que ella cuando sintió que empezaron a tocarle la vagina, abrió sus ojos y vio al acusado sentado en su cama, ella se movió lo que llevó a que el agresor retornara al lecho que estaba al lado y en el que se encontraba durmiendo su cónyuge. En ese momento la tocó con las manos, “por dentro de la ropa, por dentro de mi ropa interior la vagina”, estos hechos ocurrieron a finales de enero de 2020, esta fue la última vez que el varón la alcanzó a tocar indebidamente.

En otras oportunidades el acusado tomaba su mano, la ponía en su pene, y la movía hacia arriba y hacia abajo. Esto sucedía en su habitación y en cierta ocasión que bajó con el adulto al cuarto útil del apartamento, a eso de las ocho o nueve de la noche, “hasta que salió un líquido del pene de él”; en aquella oportunidad el agresor le sostenía la mano fuerte y no decía nada, se limpió y ya, añadiendo la testigo que cuando ocurría en su habitación este se iba al baño y se limpiaba, luego retornaba a la habitación de la pareja. Le decía que si contaba recordara que ya una vez le habían dicho que eran mentiras.

Inicialmente tenía una buena relación con el acusado, luego este se casó con Viviana y durante los últimos años peleaban mucho, y afirma que cuando estaban con la familia cada uno era por su lado y las cosas andaban bien, pero

en otras ocasiones peleaban y siempre la regañaban a ella. El acusado no llegó a amenazarla ni a ofrecerle algo para que se dejara tocar, más cuando todo inició a la edad de siete años le decía que lo tomara como si fuera un juego, “un secreto entre los dos”, no obstante, contó lo que le había ocurrido la primera vez, pero no le creyeron, siempre se iba por ese lado y le decía que ni se esforzara en contar nada que ella sabía que todos se iban a poner en su contra.

Cerrando su intervención refiere que fuera de su tía Marina y a la edad de siete años, le confió los hechos a una amiga del colegio y a la mamá de esta persona, y le habría dicho a su abuela que vive en un pueblo que en la casa de su tía les contaría todo. Su abuela no fue la que denunció los hechos, y en cuanto al paseo de Santa Marta señala que además de David y ella, en el cuarto donde sucedieron los tocamientos se encontraba Viviana, mientras que los hechos que ocurrieron en el cuarto útil también sucedieron en el año 2020, explicando además que decidió continuar con su testimonio en juicio ya que el día que decidió interrumpirlo abruptamente lo hizo porque habían decidido no volver a tocar el asunto y se sintió mal y afectada al revivir lo sucedido.

Conforme a lo visto, estima la Sala que de acuerdo a las características que rodean a la testigo, su capacidad de comunicación, entorno e idiosincrasia, y en términos generales a sus condiciones personales de todo orden, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación perceptibles durante el juicio, su testimonio se advierte natural, consistente, coherente, espontáneo y persistente, suministrando una narrativa hilvanada, circunstanciada en sus aspectos medulares y que resulta consistente en lo que hace al contundente señalamiento en contra del aquí sub iudice, el que por demás ha sostenido sin variaciones sustanciales en los varios escenarios, ofreciendo un relato en el que describe en detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar de más de un ataque contra su integridad y formación sexual por parte del procesado, escenificando claramente la manera en que desde tan temprana edad empezó a vivenciar este tipo de vejaciones sexuales.

Comportamiento de esta manera descrito que no genera dudas en cuanto a su naturaleza libidinosa, encuadrando a la perfección en la descripción comportamental del canon 209 del C. Penal, quedando descartado el roce

involuntario, ocasional, desprevenido y sin intención dañina, pero, además, logrando aquilatar gracias al testimonio de la víctima que el agente desarrolló un comportamiento consciente e inequívocamente dirigido a satisfacer su libido tocando las zonas erógenas de la menor de edad.

Lo dicho se traduce en que al igual que para la primera instancia, para este cuerpo colegiado la menor ofreció un relato de los hechos rico en detalles que permiten catalogar el comportamiento del sujeto activo, como claras muestras de acciones vejatorias de naturaleza sexual que se concretaron en el tocamiento indebido y con claros fines erótico sexuales de diversas zonas erógenas de la menor.

En cuanto a la temporalidad de los hechos y lo que hace a una mayor especificidad sobre cada conducta relacionada con el concurso de delitos endilgado al agente, no llama a duda que ocurrieron en el interregno comprendido entre el año 2015 y 2020, siendo lo suficientemente clara la menor al respecto, aunado a que contrario a lo que estima el censor, considera la Sala que la menor se refirió con solvencia y la suficiente especificidad a varios episodios de tocamientos en sus senos y vagina a manos del procesado, aunado a que en ciertas ocasiones utilizada las manos de la menor para masturbarse, sin que genere además perplejidad que el ofensor propició momentos a solas con esta aprovechando que visitaba periódicamente la casa de la pareja y que durante algunos meses incluso vivió en este hogar.

Para terminar de responder la cuestión problemática que entiende el agente se erige en escollo insalvable en este caso, resulta oportunas las siguientes glosas jurisprudenciales plasmadas en la sentencia del 24 de julio del 2020 de la CSJ, SP, rad. SP1591-2020, 49.323, M. P. Luís Antonio Hernández, en las que el alto tribunal reflexionó como sigue sobre las exigencias en punto de la capacidad de rememoración y ubicación temporal de los menores víctimas de delitos como el que nos ocupa:

“... Al respecto se ha pronunciado la Sala, entre otras, en CSJ AP1640-2018:

«No obstante, ya la Corte ha tenido oportunidad de señalar que exigir de la menor, como lo demanda la libelista “precisión exacta

sobre la fecha de ocurrencia de los actos (...), no solo resulta irrazonable atendiendo a la edad con que contaba para aquella época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas” (CSJ SP, 12 feb. 2012, rad. 37108).

(...)

A juicio de la Sala, ese único detalle no es suficiente para menospreciar su exposición o restarle credibilidad, si como viene de reseñarse, la narración de las demás circunstancias de modo y lugar, la mantuvo sin modificaciones, siendo corroboradas por su progenitora, la psicóloga y el médico forense a quienes contó lo sucedido. En este sentido bien puede concluirse que el no haber concretado una fecha durante sus primeros relatos, obedece justamente a la inmadurez psicológica dada por su corta edad para la fecha de los hechos (...)”.

Pero incluso a diferencia de lo que ocurre en el caso analizado por el tribunal de cierre en materia penal traído a colación, en esta oportunidad la menor y pese al paso de los años, la víctima logra circunscribir con bastante precisión el marco temporal en que ocurrieron los hechos, estando claros en todo caso que no se les puede exigir un nivel complejo de percepción de la realidad o de fijación exacta de los eventos escrutados, siendo lo realmente relevante que dentro de su narrativa no se vea afectado el núcleo central de los hechos investigados, que es precisamente lo que ocurre en el sub examine.

Por lo que, aplicadas las enseñanzas consignadas en las glosas transcritas, responde la Sala que de ninguna manera puede exigírsele a la víctima más precisión sobre fechas o número de ataques, siendo lo suficientemente clara en cuanto a que los tocamientos ocurrieron en varias ocasiones en la casa del enjuiciado, concretamente en su habitación, recordando incluso una oportunidad en la que los abusos se suscitaron en un cuarto útil al que bajó en compañía de su agresor, y en ciertas vacaciones en la ciudad de Santa Marta durante el mes de enero de 2020. Por lo demás, resta por significar que las suspicacias que pretende implantar el censor al respecto son infundadas.

En síntesis, tampoco encuentra la Sala contradicción fundamental o inconsistencias de pesos que minen la credibilidad del testimonio de la agraviada.

Atendiendo entonces a la secuencia de los hechos acreditados con el testimonio de quien fuera testigo de primera mano de los hechos que nos convocan, refulge nítido que el acusado y no otra es la persona llamada a responder en este juicio criminal, pues conforme a lo dado a conocer de manera consistente por la menor abusada, fue este quien intervino indebidamente en ámbitos propios de su integridad y formación sexual desde que esta tenía unos siete años y hasta que alcanzó los doce años siendo lo suficientemente explícita la testigo en la manera en que vivenció este tipo de acciones a temprana edad, existiendo además: “coherencia de la declaración inculpativa en las varias oportunidades en que fue expuesta”, en sus aspectos centrales o nucleares, sobre las circunstancias de toda índole en que el agente diera rienda suelta a su libido aprovechando ciertos espacios a solas con la menor y la cercanía que finalmente se produjo cuando esta fue a vivir a su casa y no solo la visitaba periódicamente.

Bajo las precisiones hechas, no llama a duda que el adulto contó con la oportunidad además de la capacidad para cometer el concurso de conductas punibles por el que finalmente resultó condenado en juicio, se itera, durante varios años y en diferentes escenarios que incluyeron su residencia, un cuarto útil y una habitación de un apartamento en la ciudad de Santa Marta en donde pasaban una temporada vacacional junto a su pareja sentimental, la agraviada y algunos amigos.

Asimismo, lo revelado por la principal testigo de cargo aparece conteste y verosímil, a lo que se suma que pese a lo que considera el censor, en criterio de esta segunda instancia su testimonio salió indemne del ejercicio del contradictorio, por lo tanto, su dicho emerge contundente, claro, y digno de credibilidad, siendo esta la factura que se le reconoce entonces a lo dicho a la testigo, pues a pesar de los esfuerzos de la defensa del inculpativo, la credibilidad de la víctima no resulta minada con base en alguno de los criterios consagrados en el art. 403 de la ley 906/04, ni se observa, tal como se anunció más arriba, inconsistencias o contradicciones de peso que afecten el núcleo central de su directo y contundente señalamiento.

Vale agregar que la percepción judicial se ve robustecida al percatarse la Sala de la aflicción que la testigo exhibió al relatar y revivir unos hechos que afirma

le generaron dolor, al punto de sollozar, quebrársele la voz y ser necesario suspender su declaración pese a su inicial esfuerzo por guardar compostura, muestras de evidente madurez, tranquilidad y capacidad de expresión, señalando que finalmente consideró retomar su testimonio en una nueva sesión para dar a conocer la verdad de lo ocurrido y que este tipo de eventos no se repitan.

En pocas palabras, su testimonio salió indemne y fortalecido tras su paso por el juicio y puede decirse que resiste las críticas formuladas por la censura, ofreciendo un conocimiento claro y directo sobre los aspectos medulares de la acusación fáctica, por lo menos en cuanto al delito de acto sexual con menor de 14 años, lo que permite concluir que efectivamente responden a hechos vividos, explicando suficientemente que el adulto le tocó la vagina de manera abusiva, pero, además, los senos, estando de acuerdo la Sala con la primera instancia en que no alcanza a generar algún tipo de suspicacia o reproche el comportamiento personal o a nivel escolar de la ofendida, sobre lo que se volverá más adelante al analizar algunos apartados de la prueba ofrecida por la defensa del procesado.

En síntesis, basta relieves que al igual que para la primera instancia, para este cuerpo colegiado el testimonio de la menor permite responder con suficiencia a los interrogantes fundamentales sobre el dónde, cómo y quién es el autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, cometido en concurso homogéneo y sucesivo.

Superado el prolegómeno visto, es menester entonces que a continuación la Sala se aplique en determinar si el testimonio de la postulada víctima encuentra **coherencia narrativa**¹⁶, esto es, que al correlacionarlo con los demás medios de prueba y con datos objetivamente verificables en el plenario, su testimonio resulte ampliamente concordante.

Así las cosas, si a lo expresando con seguridad, claridad, contundencia y persistencia, ofreciendo un discurso circunstanciado, coherente, hilvanado, cohesionado y sostenido en el tiempo, se le suma que este resulta

¹⁶ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, podrá decirse que aquel resulta altamente confiable.

Por manera que el testimonio de la agraviada directa estaría dotado no solo de coherencia interna, sino externa al resultar refrendado por lo dicho a su vez por varios testigos ofrecidos por la Fiscalía, particularmente por algunos familiares, así como por varios profesionales que la valoraron y conocieron su caso en cumplimiento de sus funciones. En el sentido advertido, es menester indicar que, a falta de otros testigos directos de lo vivenciado por la víctima, surge relevante para el esclarecimiento de los hechos la existencia de la denominada por la literatura especializada en estos casos como prueba de corroboración periférica.

Descendiendo entonces en aquellos deponentes que acudieron al proceso a instancias de la Fiscalía, encuentra la Sala que en términos generales resultan refrendando el señalamiento incriminatorio de parte de los jóvenes abusado, no obstante, previo a descender en el análisis del anunciado material probatorio, así como del ofrecido a instancias de la defensa del procesado, considera pertinente la Sala significar que el contenido de sus declaraciones se observa de naturaleza mixta, pues de una parte realizan aseveraciones acerca de circunstancias fácticas anteriores y posteriores que percibieron de manera directa por medio de los órganos de los sentidos, por lo que en tal virtud son susceptibles de la categorización que realiza el art. 402 de la ley 906/04.

Sin embargo, de otro lado, es claro que realizan afirmaciones que tienen que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos de las conductas punibles por la que se emitió condena en su contra y por lo tanto con indiscutible incidencia sustancial en el debate de fondo, pero que en definitiva no fueron percibidas de manera directa, por lo que al provenir de una fuente diferente a la escuchada en juicio, los apartados criticados se erigen en prueba de referencia inadmisibles en juicio, tal como suele ocurrir aquellos extractos sobre los hechos que los profesionales en el área de la salud que atienden y valoran a las víctimas consignan en sus informes como parte de la anamnesis.

Es tal sentido, se itera, dichos apartados ciertamente constituyen prueba de referencia inadmisibles, siendo pertinente recordar con la Corte Suprema de Justicia que cuando: "...a instancia de las partes —o de los intervinientes— en el juicio se pretende incorporar, o se introducen de manera efectiva, manifestaciones o declaraciones extraprocesales relacionadas con un determinado suceso o hecho con incidencia sustancial en el debate, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa lo percibió, con el propósito de que la fuente indirecta sea estimada como prueba de la veracidad del correspondiente supuesto fáctico, se está indefectiblemente ante prueba de referencia"¹⁷.

Similares reflexiones se hacen extensivas sobre aquellas declaraciones de testigos y peritos en juicio que a voces del art. 439 de la Ley 906 de 2004: "... contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible...", en cuyo caso, y de conformidad con el mencionado dispositivo normativo deberán: "... suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad".

En orden entonces a una debida valoración probatoria, la Sala no tendrá en cuenta aquellos extractos de los referidos testimonios que no constituyan prueba de referencia excepcional admisible en juicio por cumplir con alguno de los presupuestos del art. 438 de la obra instrumental, no obstante que la primera instancia permitió que se escucharan en el foro público, aunado a que las partes tampoco presentaron objeción sobre el particular, sin que el retiro de los apartados criticados en modo alguno dejen al proceso huérfano de material suasorio para emitir la decisión de fondo, toda vez que subsiste elementos para abordar tan delicada tarea, pues dichos testigos también se refirieron a aquello que conocieron de forma personal y directa. De ahí que, se itera, en virtud de su indiscutible naturaleza mixta, tan solo de los últimos aspectos se ocupará la Magistratura.

¹⁷ CSJ. SP6700-2014, 28 mayo de 2014, rad. 40105.

De esta manera, a su paso por el juicio la madre de la postulada víctima, señora **SANDRA MILENA ÁLVAREZ SALAZAR**, en lo que interesa para este caso informó que actualmente vive en el barrio París en el Municipio de Bello, Antioquia, es madre de dos niños y de la menor N.A.S. En relación con esta última refiere que una de sus tías le ofreció su ayuda y cuidó de la menor desde que tenía dos años y hasta sus doce años, pues ella no tenía estabilidad y cambiaba mucho de lugar de trabajo, agregando que para finales del año 2019 y principios del año 2020 la pequeña pasó a vivir con su prima Viviana hija de la mencionada tía Marina, en el barrio Los Colores de Medellín, y cuando se enteró de esto tan solo le explicaron que era mientras se mudaban nuevamente a un apartamento en el barrio Robledo de la ciudad de Medellín. Previo a esto vivía en el barrio El Salvador y su horario escolar era de 06:00 a.m. a 02:00 p.m. En el nuevo colegio en el barrio Robledo estudiaba de 06:30 a.m. a 02:00 p.m.

Frente a lo que nos concita, se enteró que el acusado, "... le hacía tocamientos, le ponía el pene en la cara..." a su hija; fue su hermana Eliana Marcela la que la llamó al trabajo y le contó esto. El último evento de abuso habría ocurrido en un viaje a la ciudad de Santa Marta, cuando su prole tenía doce años. De otro lado refiere que no conoce al procesado, jamás lo ha visto.

Su prole le confió que inicialmente la relación con el adulto era buena y que tras los hechos desmejoró, luego de lo ocurrido la menor se fue a vivir con la abuela en el Municipio de San Roque, pues allí iba a estar solo con la matrona, más segura, los hechos de abuso habían ocurrido recientemente. Finalmente, la niña regresó y en la actualidad vive en la casa de su madre biológica, quien añade que la pequeña le confió igualmente que le había contó lo sucedido a Luz Marina y a Viviana, luego a una compañera del colegio y posteriormente llamaron a la abuela y a una tía.

Incluso cuando fueron a colocar la denuncia Viviana no creía lo que había pasado, por lo que la niña prefirió guardar distancia con la tía Luz Marina y su hija. De otro lado indica que sabe que su hija tiene cuentas en redes sociales, pero controla lo que publica por este medio y acepta que no le constan los hechos dados a conocer por su hija, más considera que ha dicho la verdad, y

afirma que si "... ella lo habla tan seguro y le cuesta hablar tanto de eso es porque realmente le pasó..."

*Por su parte la suegra del acusado, señora **LUZ MARINA ÁLVARES SALAZAR**, a su paso por la audiencia del juicio explicó que vivía con su cónyuge y la postulada víctima en el barrio El Salvador de la ciudad de Medellín, la menor vivió en su casa desde que tenía un año, a quien considera una hija adoptiva e indica que cambio de colegio ya que el grupo familiar iba a retornar a vivir al barrio Robledo, por lo que mientras se mudaban la niña se fue para la casa de la hija de la testigo de nombre Viviana, agregando que por aquel entonces la pequeña también estuvo de paseo en la ciudad de Santa Marta con la pareja y otra familia, y que para el mes de febrero Eliana Marcela y Adíela, otras de sus consanguíneas se llevaron a la niña de la institución educativa sin explicarle el motivo, y de ahí la enviaron al Municipio de San Roque.*

Explica la deponente que su relación y la de su cónyuge con la menor era buena, es decir, la cuidaban y hablaban mucho con ella, tan solo la habría dejado sola los días en que la envió para la casa de su hija Viviana, e insiste en que aquella nunca le expresó que alguien la tocara, tema que se manejaba abiertamente en su casa, empero la menor se habría vuelto mentirosa cuando cambió al colegio La Anunciación. La faltas a la verdad consistían en que decía que estaba en la institución y no era verdad, más allá de esto no decía mentiras. Le tenía prohibido que fuera donde una de sus tías cuando esta estaba sola pues no le inspira confianza, ya que asegura esta mujer trabaja como "prepago" y no le gusta.

Añade la testigo que la menor tenía buena relación con el acusado, más luego de cierto paseo al corregimiento de Santa Elena en el que le llegaron algunas notificaciones al celular del enjuiciado, quien como los demás familiares y en vista que la niña no tenía celular para hacer tareas, se dio cuenta que esta realmente lo utilizaba para "chatear" con los amigos, por lo que comenzaron los roces entre los dos, pues la niña lo responsabilizaba de que no la hubieran dejado asistir a cierta fiesta, a un "party", añadiendo que esta nunca les contó que el adulto la tocara. Sin embargo, en este punto de la declaración de la testigo queda claro que en entrevista rendida ante la FGN figura que la niña

hizo tales manifestaciones y en consecuencia sabía los tocamientos, insistiendo la testigo en que en realidad se vino a enterar de los hechos en el CAIVAS, y en todo caso que no observó que el procesado tocara a la menor.

El día de la denuncia le pidió a la tía Eliana que la dejara hablar con la niña para indagarle sobre lo que había pasado, más no se lo permitieron, y de otro lado asegura que la pequeña era buena estudiante, más se volvió mentirosa y comenzó a “volarse” del colegio, la última vez la encontraron con varias niñas en una urbanización en el barrio La Milagrosa; siempre le decía mentiras y decía que iba a hacer tareas, y pese a que a ella no le gustaba que fuera a las casas de otras niñas la pequeña se “volaba”. En aquella oportunidad la castigó dándole tres o cuatro correazos. Insiste en que este tipo de comportamiento se presentaron desde que se cambió al colegio La Anunciación, en el cual permaneció dos años desde el 2018.

Manifiesta además que ella también le prestaba el celular y la menor se lo llenaba de mensajes, aceptando de otro lado que iban a visitar a su prole de nombre Viviana y al acusado, o viceversa, pero advierte que no era seguido, y que no le consta que su hija no dejara a la menor a solas con el inculcado. La niña se quedaba en la casa de esta pareja ya que se llevaba muy bien con Viviana.

Cerrando el grupo de familiares de la postulada víctima que atendieron el llamado de la justicia a instancias de la Fiscalía, la tía de la menor, señora **ELIANA MARCELA TABORDA ÁLVAREZ**, aduce que actualmente reside en la ciudad de México, es bachiller, para el año 2019 y 2022 vivía en el barrio Buenos Aires de la ciudad de Medellín, y asegura que fue a la primera persona a la que la menor de edad acudió a contarle sobre los tocamientos por parte del enjuiciado.

Le confió la ofendida que no aguantaba más, que desde hace tiempo le había dado a conocer a la persona que la cuidaba lo que estaba pasando, pero que en esta ocasión no lo iba a hacer ya que la trataban de mentirosa, “antes el muchacho este se aprovechaba y daba bomba para que a mi sobrinita le pegaran en cualquier ocasión”. Le dijo que el acusado había abusado de ella, pero que nunca la penetró; que le ponía el pene en la cara y llevaba el papel

higiénico hasta la habitación para limpiarse. El cónyuge de su prima Viviana fue quien abusó de su sobrina, y explica que la dama fue quien crio a la niña hasta los once años, pues, “era la que estaba mejor económicamente”.

El día que la niña se escapó del colegio fue que le contó toda la verdad, que la habían dejado viviendo donde Viviana. No conoce al enjuiciado. En estos momentos la cuidadora de la niña cree que los abusos no son ciertos, incluso cuando se vieron para la valoración de la menor seguía diciendo que estaba mintiendo. En febrero de 2020 la menor le pidió la dirección de su apartamento y llegó hasta su casa con la mamá de una amiga del colegio para contarle lo que estaba pasando. Le dijo que el adulto, “la manoseaba, que se metía a masturbarse a la habitación de ella, que a los seis años fue la primera vez...”, le develó los hechos “atacada, llorando”.

Centrada en la forma como la pequeña le narró los hechos, considera que lo hizo como una niña muy madura, al día siguiente estuvo más tranquila, pero cuando fueron al hospital se sintió muy incómoda por la cantidad de exámenes y porque llevaban mucho tiempo allí; su sobrina dijo que la tía Marina no la dejaba hablar, por lo que la testigo decidió quedarse con la paciente, y esta se dejó hacer todos los exámenes, incluso la psicóloga le manifestó que era una niña muy madura. La niña dijo que la primera vez había contado lo que pasó más no le habían creído, le hacían bullying y se sintió muy mal.

De otra parte, acepta que se veían una vez al año, pero explica que se comunicaban por las redes sociales; la niña le contaba lo que quería, le confió que los hechos ocurrieron en la casa de su prima y en Santa Marta, y visiblemente afectada la testigo informa que a su sobrina le ha hecho mucha falta la presencia de sus padres, apoyándose más en ella, con quien es más afín. Publicaba cosas muy tristes en internet, incluso que deseaba morir, estimando que le hizo falta y la afectó mucho el no conocer a su papá, tema por el que estuvo en tratamiento psicológico.

Actualmente, afirma la deponente, la menor vive con su madre biológica, pues decidieron cerrar cualquier posibilidad de que por medio de Luz Marina estuviera cerca del ofensor, o que esta familia la siguiera tratando mal. En el CAIVAS de la FGN denunciaron al señor DAVID ATEHORTUA, allí también

estuvo presente Marina la tía de la deponente, quien le decía a la menor que “dejara de ser chismosa”. Le sorprendió la actitud de su tía Luz Marina, esta le decía a la niña que pensara muy bien lo que estaba haciendo, que el acusado se comportaba muy bien con ellas, que estaba haciendo eso porque no deseaba vivir con ellos, aceptando la testigo que la menor se quejaba como cualquier adolescente de la crianza, porque la castigaban.

Ubicados en otro grupo de testigos, entre los profesionales que atendieron el llamado de la justicia a instancias de la Fiscalía, la médica **YÉSICA DÍAZ CASAS**, sostuvo que se encuentra adscrita al CAIVAS de la Fiscalía desde julio de 2019, en donde realiza valoraciones sexológicas a presuntas víctimas de abuso sexual, labor que desempeño en el caso de la víctima el 11 de febrero de 2020, la cual se presentó con la madrina a la que llama mamá, le relató los hechos, observando, “una paciente consciente, tranquila, colaboradora”, con buena presentación personal, con muy buena expresión corporal y oral, su cara se veía triste, agachaba la mirada cuando se le hacían ciertas preguntas, encontrando al examen genital, “... un himen íntegro, elástico, sin encontrar hallazgos en sus genitales externos...”, así como un ano normal, sin lesiones.

Concluyó que esta tenía una edad clínica de 12 años, sin evidencias de lesiones en superficie corporal ni en sus genitales externos, lo que no descarta una maniobra sexual que no haya dejado este tipo de huellas en la paciente. Sugirió protección y acompañamiento psicológico, y ordenó otros exámenes para descartar alguna enfermedad. En este punto se le permite a la testigo referirse a ciertos apartados que escuchó de la paciente en relación con la forma en que se desarrollaron los hechos ventilados en juicio y que como tal la profesional consignó en la denominada anamnesis.

A su turno, la psicóloga y técnica investigadora grado II de la FGN, doctora **ELI YOHANA ARREDONDO AGUIRRE**, dio a conocer que realiza entrevistas a menores víctimas de abuso sexual en el CAIVAS de la Fiscalía en la ciudad de Medellín, sede San Diego. En lo que percibió directamente, adviera que entrevistó a la postulada víctima de 12 años, quien fue clara y respondió tranquilamente. En este punto se le permite referirse a ciertos apartados de la

forma en que habrían ocurrido los hechos dados a conocer por la menor durante la entrevista.

Por su parte, la psicóloga **LINA MARÍA RESTREPO GAVIRIA**, indica que labora en la Clínica El Sagrado Corazón, y para lo que interesa al objeto de debate manifiesta que valoró a la postulada víctima de este caso el 12 de febrero de 2020, desde el área psicosocial, quien ingresó por posible violencia sexual, específicamente por posibles tocamientos, pero sin penetración por parte del cónyuge de una prima, quien al momento de su valoración se encontraba con la “tía, abuela, o madre adoptiva que es como la madrina”.

En relación con lo que observó de manera directa refiere que la paciente estuvo tranquila, cómoda, conversadora, sin mostrar episodios de llanto y le llamó la atención que estuvo tranquila durante toda la intervención, en ningún momento se sintió incómoda con la presencia de su familiar, “ni incómoda hablando de la situación”, pues por lo general bajo una situación de estas los menores son muy tímidos, con lo cual no quiere decir que la situación no pasara, pues, “eso depende mucho también de la estructura de personalidad con la que venga ya fortalecido hasta ese momento la menor”, la niña tenía doce años cuando la valoró.

De otro lado, advierte que recomendó remitirla para atención psicológica y prioritaria por parte de la EPS, y con la tía abuela o madrina que la acompañó fue muy clara en que la niña no podía tener ningún contacto con el adulto y posible agresor, agregando que como simple impresión diagnóstica percibió que la menor presentaba dificultades en relación con su etapa evolutiva, debido posiblemente a la ausencia de las figuras paterna y materna, añadiendo la profesional, “percibí que había como un ambiente sobreprotector de parte de su tía abuela, que era la cuidadora y la persona que tiene la custodia y del esposo de esta también, pero un entorno familiar adecuado...”; y culmina su intervención explicando que no aplicó ningún método científico con miras a determinar la veracidad del relato realizado por la tía de la víctima y su corroboración con la versión de la menor.

Cerrando el grupo de testigos de la Fiscalía, el médico **RAMÓN ANDRÉS JAIME ACEVEDO**, señala que atendió a la menor el 12 de febrero de 2020 en

la clínica Sagrado Corazón, en el área de urgencias y en razón de la activación del código fucsia en un caso de posibles tocamientos sexuales en zonas erógenas por parte de un adulto, desde que la agredida tenía siete u ocho años, negando la niña que se hayan presentado eventos de penetración, en un caso en el que no se tomaron muestras biológicas en razón a que se trataba de un caso en los que los eventos investigados habrían ocurrido hacía más de 72 horas, diagnosticando “producto de tocamiento, sin alteración al examen físico”, estimando que la paciente era muy callada respecto de lo ocurrido, sin encontrar alteraciones en su himen.

Iniciando con los testigos que acudieron al juicio a instancias de la defensa del procesado, la señora **ALBA LUCÍA GARCÍA CARDONA** señaló que trabaja como independiente y conoció al acusado en su iglesia hace unos cuatro o cinco años, desde eso son amigos, asisten a un grupo con sus parejas sentimentales, compartían cosas de Dios. Igualmente han sido muy allegados a esta pareja, conocen su casa, ven películas, salen de paseo, en una de estas ocasiones estuvieron en Santa Marta. Conoce a varios familiares de Viviana la pareja del procesado, también a la postulada víctima, a quien asegura que Viviana trataba como una hija.

Llevando su memoria al viaje a la ciudad de Santa Marta, refiere que el apartamento en el que se quedaron en aquella ocasión tenía dos habitaciones, cada una con dos camas, en una de las cuales estaba Viviana con la menor y el procesado. Allí estuvieron alrededor de nueve, diez personas, durante unos cuatro, cinco días. No hubo nada que llamara su atención o perturbara la paz, y de manera más general refiere que en todos los paseos que llegaron a realizar con esta pareja siempre estaba la menor de edad, pues para Viviana la niña era como una hija, aunque en realidad la menor es la hija de una prima de la fémina.

Desconoce quiénes dormían en cada cama al interior de la habitación en Santa Marta, la distancia entre un lecho y otro era aproximadamente de un metro, y asegura que las puertas solo se cerraban cuando se iban a dormir. Los Dormitorios estaban cerca, uno frente al otro, se podía escuchar lo que sucedía en su interior, y añade que no se escuchó nada raro durante su estadía. De otro lado, asegura que la pequeña frecuentaba la casa de Viviana.

A su turno la señora **LINA MARÍA POSADA HINCAPIE**, coordinadora académica y de calidad en el colegio La Anunciación de Medellín, refiere que su perfil profesional es en el área de gerencia educativa. Durante dos años tuvo contacto con la postulada víctima, quien cursó en la institución los grados sexto y séptimo, e inicialmente no mostró dificultades para su adaptación, solo las tuvo por el uso del celular en clases, al igual que muchas otras niñas, más no percibieron alguna situación relevante en lo que hace a su comportamiento que les indicara una mayor dificultad en su vida, quien obtenía buenas notas, tenía un rendimiento que califica de alto y superior, era una niña alegre, divertida, extrovertida, totalmente normal, incluso mostraba condiciones de líder. Esto a principios de 2018

En el segundo año, es decir, en el 2019, mostró actitudes de irrespeto frente a los docentes, se aliaba con otras compañeras para burlarse de estos, para desacatar la norma. La dificultad más grave fue con la monja titular del área de religión. No era la única estudiante involucrada en esto ni la única oportunidad en que había ocurrido con otras niñas. Por internet alcanzó a insultar junto a otras menores a la directora de grupo. Las otras estudiantes decían que ella era la líder, pero esta siempre lo negó, pese a que hubo personas que la vieron, incluida la testigo y se la confrontó al respecto, insistiendo en no reconocer sus errores, acusando a otras compañeras como las causantes del desorden en el grupo, pero las demás fueron “sacándole el cuerpo”, la hicieron a un lado, pero consiguió otras amigas y por eso terminó el año escolar.

En el 2019 se la suspendió durante ocho días, pero no se pudo cumplir la sanción en casa pues decía que vivía con su mamá que tenía novios los cuales llevaba a su casa, pero fue desmentida por su acudiente de nombre Luz Marina, quien solicitó que la tuvieran dentro del colegio ya que ella y su cónyuge trabajaban durante todo el día, por lo que decidieron que cumpliera la sanción en la biblioteca de la institución. Le creyeron a Luz Marina ya que figuran como acudiente de la menor.

La niña no mostró dificultades en su entorno familiar, por violencia intrafamiliar, física, sexual, apatía hacia el estudio, tristeza, ni se mostró arrinconada, sola, y por el contrario era una estudiante normal, cantaba, actuaba, de acuerdo a

su experiencia no presentaba algún tipo de dificultad, por lo que desde su conocimiento descarta tajantemente que fuese víctima de un delito sexual, pero acepta que como no es profesional en psiquiatría no puede descartarlo totalmente, su afirmación se basa en su experiencia y las actitudes de la menor, y asegura que las estudiantes cuando han sido agredidas en estas esteras no se comportan como lo hizo la pequeña, agregando que les llamaba la atención que mentía con frecuencia. Lo más normal es que una niña víctima de violencia sexual no participen en actos cívicos en la institución.

En algún momento la menor reportó que no deseaba estudiar en el colegio, pues de algún modo estaba muy vigilada, y agrega la docente que en el colegio las estudiantes tienen un espacio para expresarse ante el profesor con el que más empatía tengan, se busca su protección ante fenómenos como el bullying o de violencia sexual, más acepta que no ha tenido experiencia de manera personal con víctimas de delitos sexuales, no obstante que en el colegio se han presentado este clase de casos.

Cerrando el apartado de la prueba testimonial arrimada a instancia de la defensa del acusado, la señora **PAOLA ANDREA PÉREZ QUINTERO**, advera que conoce al acusado, a Viviana, a la postulada víctima, a Luz Marina y su pareja, a quienes veía cada quince días o al mes en la casa de aquel, para que compartiera con un hijo del procesado el cual tenía la misma edad de la niña.

Estuvo en un paseo que hicieron junto a la pareja y la menor a la ciudad de Santa Marta, y concuerda con una de sus antecesora en que no se presentó una situación que le llamara la atención, señalando que la pequeña era alegre, extrovertida, con muchos amigos, para nada retraída, tenía una buena relación con el procesado y Viviana. No se enteró de dificultades entre el adulto y la menor.

Realizada de esta manera la sinopsis de la prueba debatida en juicio, estima la Sala que en términos generales lo dicho por los diferentes deponentes ofrecidos por la Fiscalía resulta del todo concordante con lo averado en esencia por la víctima en este juicio, es decir, en cuanto al núcleo esencial de lo ocurrido, de aquello que se estima en verdad vivenció la menor a manos del

enjuiciado, observando que guardan análoga relación con lo adverado en torno a los aspectos medulares del señalamiento directo en contra de este, sin incurrir en contradicciones o inconsistencias de peso que les resten credibilidad o poder suasorio, de manera que también para este cuerpo colegiado el testimonio de la postulada víctima resulta del todo confiable, además de refrendado por lo dicho por los demás testigos que atendieron el llamado de la justicia a instancia del ente persecutor, e incluso en ciertos aspectos por lo dado a conocer por aquellos ofrecidos por la defensa del propio inculgado.

Quedando claro para este cuerpo colegiado además que el análisis de los testimonios escuchados en el juicio, principalmente el de la propia víctima, deja sin argumentos el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, a la par que sirven para aquilatar la ocurrencia de tocamientos que se enmarcan en el delito recogido bajo el nomen iuris de acto sexual con menor de catorce años de que trata el canon 209 del Estatuto Represor, sin que se ocupe el censor de desarrollar con atino los aspectos que desde su óptica resultan abiertamente contradictorios al respecto.

En esta dirección sostiene el letrado que no es posible soslayar el hecho de que la testigo LINA MARÍA RESTREPO diera a conocer que le llamó la atención lo tranquila que se mostró la víctima, a lo que responde la Sala que el apelante sencillamente no repara en que a continuación la misma testigo explicó que con esto no quería descartar que los abusos pudieran ocurrir; parafraseando a la declarante, esta explicó que, “eso depende mucho también de la estructura de personalidad con la que venga ya fortalecido hasta ese momento la menor”, y en el caso sometido a estudio todo indica, y así se pudo observar tras escucharla en juicio, que la víctima se expresa con propiedad y fluidez, mediante un correcto uso del lenguaje, y en términos generales de forma tranquila, sin que además se detenga el inconforme en que por otro lado, algunos de los profesionales que también valoraron a la menor alcanzaron a percibir expresiones de tristeza en su rostro, que agachaba la mirada cuando se le hacían ciertas preguntas y en otra oportunidad se mostró muy callada.

En fin, que las ciencias que analizan el comportamiento humano, y particularmente aquellas que se ocupan de analizar el comportamiento de este

tipo de víctimas tienen lo suficientemente acuñado que la respuesta emocional y comportamental del menor abusado sexualmente puede variar y dependen del grado de formación, el carácter, entorno, idiosincrasia, entre otros factores que moldean y definen al individuo en un determinado lugar y momento de su evolución como ser humano.

De manera que concluir apodícticamente y como si se tratara de una regla científica, y sin reparar en las particulares condiciones que rodean al menor agraviado y lo que se devela en juicio en relación con su personalidad, que el comportamiento tranquilo que en determinados escenarios puede llegar a mostrar una víctima menor de edad en determinados escenarios y frente a ciertas personas, per se descarte la ocurrencia de las vejaciones es caer en el terreno de las conjeturas.

Reflexiones que en lo pertinente se hacen extensivas a lo afirmado por la coordinadora académica LINA MARÍA POSADA, pues que la menor presente dificultades en el ámbito escolar, concretamente por su comportamiento, más no por sus notas y rendimiento, ello signifique que mienta en otros ámbitos de su vida privada, con mayores veras cuando su intimidad, dignidad y vida sexual resultan seriamente comprometidos, sin que por lo demás advierta la Sala un motivo para incriminar falsamente al procesado, a quien ni la madre ni la tía de la menor escuchadas en juicio conocían en persona, mientras que no se detiene el impugnante en que es claro que sus testigos evidencian interés en favorecer a su patrocinado, se advierten poco objetivos o incurren en inconsistencias, y sobre ciertos aspectos relevantes terminan coincidiendo con la versión inculpativa.

En esta dirección, en juicio salió a relucir el interés de la suegra del proceso de favorecerlo con su testimonio, coincidiendo con la versión inculpativa en que el adulto contó con sendas oportunidades para cometer los hechos de los que se lo acusa, pues la menor iba de visita a su casa e incluso la dejó a vivir en dicho hogar durante algunos meses, mientras que las mentiras se circunscribían a decir que estaba en el colegio cuando en realidad iba a la casa de otras compañeras a hacer tareas, siendo enfática en que no decía otro tipo de mentiras, quedando acuñado además que la testigo no fue clara en cuanto a que solo se vino a enterar de los tocamientos en el CAIVAS de la Fiscalía, a

lo que se suma la percepción generada en una de las profesionales que valoró a la directamente agraviada, quien percibió un ambiente controlador de parte de la mujer hacia la niña.

Y en lo que les concierne, con las amigas del acusado y de su pareja sentimental Viviana queda claro que en la ciudad de Santa Marta y durante los días de vacaciones que pasaron allí, el procesado pernoctó en la misma habitación con su cónyuge y la menor, que las dos camas que había en la estancia se encontraban a poca distancia, y en todo caso las puertas de las dos recámaras con que contaba el apartamento permanecían cerradas para aprovechar el aire acondicionado, de manera que también en esta ocasión el inculpativo contó con la oportunidad para acariciar en sus zonas erógenas a la menor de edad sin levantar la más mínima sospecha, prevalido del silencio y la complicidad de la noche.

De tal manera que si las deponentes no dan cuenta de un evento que perturbara la paz del lugar, dicha circunstancia en modo alguno logra desvirtuar la manera subrepticia y clandestina en que habría ocurrido el ataque sexual descrito por la víctima, quien fue clara en señalar en todo caso que al percibir que se había despertado el acusado simplemente regresó al lecho que compartía con su cónyuge Viviana, con lo cual, agregamos nosotros, no tendría por qué haberse generado ruido, pues repárese en que las mismas testigos de la defensa describen que las camas estaban dispuestas a escasos pasos, a lo sumo a un metro de distancia.

En fin, emerge incuestionable el esfuerzo de los testigos de la defensa del acusado en hablar bien de este, pero sin aportar una contundente prueba que demuestre su inocencia, o un argumento lo suficientemente sólido para sembrar la duda probatoria que demanda la emisión de una sentencia absolutoria, sin que sea de recibo el usado por el apelante según el cual por tratarse de un recinto pequeño en el que sucedieron los hechos en la ciudad de Santa Marta, resulta una regla de la experiencia que al haber varias personas necesariamente se dieran cuenta de los abusos, pues quedó claro que la forma en que estuvieron distribuidos para dormir facilitó el accionar criminal del aquí sub iudice, alejado del escrutinio público y aprovechando las horas en las que el grupo pernoctaba.

Por lo demás, tal como lo tiene discernido la literatura especializada la ausencia de huellas físicas en el cuerpo de la víctima de este tipo de delitos no descarta la ocurrencia de los vejámenes.

Lo antedicho se compagina igualmente con la presunción de derecho que opera en estos casos, pues es claro que el legislador no quiso dejar al arbitrio del juzgador la facultad de decidir cuándo encontraba causado el daño y cuándo no, por lo que presumió de derecho sin admitir prueba en contrario y haciendo ineficaces las que así lo pretende demostrar, y en todo caso resulta coherente con la forma en que la menor describe se desarrollaron los tocamientos en su contra.

Por manera que al igual que para la primera instancia, el testimonio de la menor encuentra coherencia interna y externa, en tanto la prueba de la defensa no logra cimentar la duda probatoria que reclama el apelante y tan solo se dedican las testigos ofrecidas por el togado a hablar bien del procesado, emergiendo evidente el esfuerzo que en tal sentido hacen, incluso en contravía de la verosimilitud y coherencia de sus dichos.

Así las cosas, resta por insistir en que el manto de duda que pretende sembrar la defensa del procesado con base en el comportamiento social, alegre, participativo, y el buen desempeño académico de la menor siendo dicho aspecto acerbamente alegado por la defensa del ofensor, en contravía de lo que opina debe ser siempre la respuesta comportamental de los menores abusados, cargados de apatía, retraídos, asociales, carece de una contundente e inobjetable prueba objetiva.

Pero fundamentalmente hay que decir que los testigos que atendieron el llamado de la justicia a instancias de este sujeto procesal terminan incluso corroborando ciertos aspectos de la acusación. En términos generales, y muy por el contrario de lo que opina el apelante, son precisamente los testigos ofrecidos a instancias suyas los que generan serios reparos en punto de la credibilidad y fiabilidad de sus dichos, así como de la veracidad de ciertas afirmaciones que realizan frente a los hechos sometidos a escrutinio por parte de esta Magistratura, y en todo caso del conocimiento directo de los hechos,

mientras que los testigos de la Fiscalía no incurren en inconsistencias o contradicciones de peso que minen su credibilidad.

Se puede decir entonces que en esta oportunidad se cuenta con material directo, indirecto, de corroboración y prueba indiciaria que compromete seriamente al enjuiciado, sin que los descargos postulados por la censura resulten suficientes para desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que cimentaron la base de la sentencia objeto de cuestionamiento, soportada en prueba directa e indirecta que emerge en cantidad y calidad suficiente, además de diáfana, clara y sólida, sin que se allegara al trámite una contundente prueba exculpatoria o que genere la duda probatoria que alega el inconforme.

De manera que para esta Magistratura, sin fundamento sólido y atendible y con base en conjeturas carentes de respaldo probatorio, pretende el recurrente desvirtuar lo declarado por la menor como única testigo directa de los hechos, y que fuera corroborado por lo dicho por otros testigos escuchados en juicio, sin reparar en que estos allegan mejores elementos para el esclarecimiento de los hechos investigados, aunado a serios indicios en contra del justiciable y material de corroboración periférica que suma en razones para creer en el testimonio de la persona que resultó violentada en su integridad, dignidad y formación sexual.

Otro aspecto que no puede pasar inadvertido es que tampoco advierte este juez plural motivo de parcialidad, ni se aportó prueba determinante que revele un especial deseo de mentir o interés oculto para perjudicar al acusado por parte de la víctima o de alguno de los testigos ofrecidos por la Fiscalía.

Colofón del análisis efectuado, encuentra la Sala que en términos generales el ejercicio analítico del a quo se advierte coherente y bien fundamentado, en tanto la Fiscalía demostró más allá de toda duda -superando de esta forma el estándar legal fijado en el artículo 7°, 380 y 381 de la ley 906/04 por el legislador para emitir fallo de condena, y el estadio probabilístico de que trata el art. 327 de la obra instrumental- la ocurrencia el delito de una conducta punible de acto sexual con menor de 14 años, cometido en concurso homogéneo y sucesivo en contra de la víctima cuando esta aún no superaba

el mencionado rango etario, así como la responsabilidad que le asiste al procesado en estos hechos.

Sin necesidad entonces de mayores elucubraciones, la Sala confirmará en su integridad el fallo apelado.

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

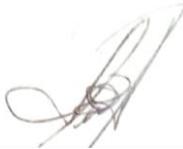
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria proferida en contra de DAVID ALEJANDRO ATEHORTUA el 29 de noviembre de 2021 por el Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín, en desarrollo del juicio oral adelantado en contra del prenombrado acusado a quien encontró responsable del delito de acto sexual con menor de 14 años, acorde a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados¹⁸,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

¹⁸ El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.