



SALA PENAL

Medellín, lunes seis (6) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 35

Sentencia de segunda instancia Nro. 13

Radicado No. 05-001-60-00207-2020-01196

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Acusado: Carlos Alberto Restrepo Uribe

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: martes 7 de marzo de 2023. H: 08:30 a.m.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor de CARLOS ALBERTO RESTREPO URIBE, contra la sentencia absolutoria proferida el 15 de noviembre de 2022 por la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín, en desarrollo del juicio oral adelantado al prenombrado acusado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

EPÍTOME FÁCTICO

A mediados del año 2020, la señora Rosa Elena Guerra Montoya en compañía de su nieta de 5 años M.V.J.G.¹ y de su hijo de la misma edad, se dirigió a visitar al compañero sentimental de esta, señor CARLOS ALBERTO RESTREPO URIBE, en su residencia ubicada en el barrio Popular Número Uno de Medellín, en donde se dice que RESTREPO URIBE tomó a la niña, la sacó de la regadera y procedió a tocarle el cuerpo, particularmente los glúteos y la vagina con los dedos de las manos.

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

ACTUACIÓN PROCESAL

- 1. El 27 de octubre de 2020 la Fiscalía formuló imputación en contra de CARLOS ALBERTO RESTREPO URIBE ante el Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías por el delito de actos sexuales con menor de 14 años (Art. 209 del C. Penal), sin allanamiento a cargos ni solicitud de imposición de medida de aseguramiento.*
- 2. El 23 de enero de 2021 la Fiscalía radicó escrito de acusación sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, y en los mismos términos formalizó la acusación en audiencia celebrada el 3 de mayo de 2021 ante la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín a quien le correspondió conocer el proceso en sede de juzgamiento.*
- 3. El 25 de enero de 2021 se realizó la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se agotó en sesiones el 26 y 27 de septiembre de 2022, y 15 de noviembre de 2022, anunciando la autoridad judicial sentido de fallo absolutorio cuya lectura se realizó el 15 de noviembre de 2022.*
- 4. La anterior decisión fue apelada por la representante del Ministerio Público, por lo que concedido el recurso vertical sustentado dentro del término de ley le correspondió resolver el asunto a esta Sala de Decisión Penal.*

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Para la primera instancia las pruebas develan que posiblemente se presentó cierto encuentro entre la postulada víctima y el acusado, y que en aquella oportunidad tanto este como la abuela de la infante se encontraban bajo el efecto de bebidas embriagantes, estructurándose así un indicio de oportunidad de realizar los tocamientos, y aunque la abuela se esforzó por mostrar que ella siempre estuvo junto a su consanguínea lo cierto es que dicha circunstancia no deviene del todo clara, pues al hecho de estar ingiriendo licor se suma que al parecer la menor se bañaba sola.

Aceptando entonces la posibilidad de dicho encuentro, para la a quo la versión de la niña por si sola resulta insuficiente en orden a determinar qué fue lo que efectivamente ocurrió, la forma en que se habrían dado los presuntos

tocamientos; las zonas anatómicas y bajo qué circunstancias, pues emergen detalles que entre múltiples opciones no permiten distinguir si se trata de hechos realmente vividos, si fueron implantados o malinterpretados; destacando en todo caso que la corta edad de la postulada víctima puede influir en su discurso, o que durante la entrevista inicialmente refiere que conoce las partes íntimas del cuerpo para señalar luego que había sido tocada específicamente en la vagina, o que le pegó en las nalgas, al igual que otras manifestaciones que terminan llamando la atención de la judicatura, como cuando refiere que el enjuiciado la tiró al suelo, que la puerta del baño tenía seguro, entre otros.

En esta dirección sostiene que el discurso de la niña resultó muy vago, observando que fue necesaria la intervención de la investigadora para que contestara las preguntas. Considera entonces que en ciertos aspectos no fue claro, incluso algunos puntos resultan precisados y se entienden gracias a la intervención de la entrevistadora, quien al parecer repetía lo que la menor decía en voz baja o que no se le entendía, pese a lo cual en algunos apartados se escucha claramente que se refiere a posibles tocamientos, al sitio y a la persona que la agredió.

Así las cosas, considera que la sola declaración de la víctima resulta insuficiente para emitir un fallo de condena, siendo menester analizar el resto del caudal probatorio en orden a extraer posibles datos de corroboración.

En este orden de ideas destaca que no se escuchó en juicio a la joven Yulieth Andrea, tía de la menor, quien se dice conoció de primera mano la revelación y reacción de la menor; en especial su estado emocional y las palabras utilizadas por la pequeña. Tampoco a otra de las tías, quien igualmente podría dar cuenta del estado emocional de la víctima, aspecto este último sobre el que poco se sabe, pues como se logra advertir al escuchar la entrevista, para el año de los hechos la infante al parecer fue golpeada fuertemente por su propia madre y abandonada, siendo nuevamente golpeada por uno de sus tíos, y maltratada por su abuela materna, entre otras circunstancias que por aquella época tuvo que soportar y aunque no develó en ningún momento una afectación clara a nivel emocional, cualquier análisis que se pueda realizar resultaría impreciso por tratarse de una menor bastante vulnerable.

En cuanto al hallazgo de un eritema en la zona vaginal de la menor la médica escuchada en juicio explicó que podía tener múltiples causas, a lo que se suma que por aquel entonces llevaba un buen tiempo conviviendo con el hermano mayor de su madre, quien finalmente se quedó con la niña, lo que impide tejer un hilo de conexidad con lo presuntamente ocurrido en la casa del acusado, con mayores veras cuando no se interrogó a la profesional sobre la posibilidad que dicho enrojecimiento vaginal pudiera permanecer en el cuerpo de la fémina por cerca de un mes y medio.

Respeto a que varias personas observaron que la niña respondió que el acusado la tocó en la vagina, la funcionaria se cuestiona la forma en que los adultos refieren abordaron a la menor, el contexto situacional, pues como lo dio a conocer el testigo Jorge Andrés, la menor respondió rápidamente ya que quería irse a jugar con otros niños que se encontraban allí.

A lo anterior se suma que en este caso se conoció de cierta animadversión hacia el acusado por parte de la familia de la presunta víctima, lo que incluso llevó a la señora Rosa Elena a afirmar que su nieta habría sido manipulada, tema frente al cual la juez aduce que no se tiene elementos que demuestren o descarten tal afirmación, no obstante, queda claro que al interior del núcleo familiar de la señora Rosa Elena no hay una buena relación ni aceptación del inculpado.

Frente a otro posible indicio consistente en la persistencia en el relato de la víctima, estima que en virtud a que la prueba presentada fue escasa a su vez resulta difícil cotejar lo dicho por la menor en la entrevista con lo noticiado a otros testigos, y aunque la Fiscalía trató de presentar a todos los posibles testigos, incluida la menor de edad, le resultó imposible ante la negativa de estos.

Por lo demás el caudal probatorio tampoco permite construir otro tipo de indicios como aquellos relacionados con los cambios de comportamiento en la infante, actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con el supuesto sujeto pasivo de la criminalidad, contactos posteriores entre víctima y victimario, y la confirmación de otras circunstancias específicas que rodearan las supuestas vejaciones como quiera que a este juicio no compareció la madre de la menor, otros familiares o expertos sicólogos que le

hubieren bridado algún acompañamiento que pudieran dar cuenta de lo reseñado.

En conclusión, para la primera instancia la prueba indirecta o indiciaria es extremadamente limitada y no logra complementar en el nivel exigido en el artículo 381 de la ley 906/04, esto es, más allá de toda duda, la prueba de referencia válidamente introducida al debate probatorio, por lo tanto, absuelve al acusado por duda probatoria.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Revisada la inconformidad que plantea la representante del Ministerio Público en el escrito de sustentación del recurso vertical de apelación, observa la Sala que sus argumentos gravitan esencialmente en torno a la valoración probatoria, específicamente sobre el estudio de aquello dado a conocer por la víctima en la entrevista rendida ante la Fiscalía y aquellos datos e información suministrada dentro de la actuación y que se estima se erige como decisivo material de corroboración periférica.

En cuanto a las críticas frente a la entrevista de la menor, acepta que si bien no es fácil entender plenamente la declaración anterior por cuanto la infante contaba con escasos cinco años, en oportunidades se tapó la boca, se distraía y jugaba con su pie, o contestó con movimientos de la cabeza y no con palabras, en definitiva si se escucha con detenimiento el audio se logran entender apartes muy importantes, trayendo a colación algunos de los extractos que estima relevantes para los efectos que persigue con la apelación.

En esta misma dirección sostiene que pese a situaciones que se explican por la edad de la entrevistada y a la forma en que la psicóloga María Soriana Nieto realizó la diligencia, repitiendo en varias oportunidades lo que la niña expresaba, para la apelante aquella suministró un relato coherente en el que dio a conocer las circunstancias en que se presentó el tocamiento de su vagina, el derrier, e incluso sorprende la lógica con que respondió que el acusado la tocó porque a él le dio la gana, lo que evidencia espontaneidad y descarta la manipulación que sugiere la abuela Rosa Elena Guerra Montoya.

Teniendo claro entonces que la sola declaración de la niña no es suficiente para emitir un fallo de condena, la jurisprudencia enseña que en orden a superar el estándar negativo consagrado en el artículo 381 del C.P.P. se debe contar con prueba directa y/o inferencial, indirecta o indiciaria, ratificatoria y/o complementaria, estimando que la primera instancia no valoró en conjunto los indicios reconocidos en la misma providencia, como ocurre con el fuerte indicio de oportunidad de realizar los tocamientos como quiera que se probó que entre la niña y el acusado se presentó un encuentro en el baño de la residencia de este último, y que tanto el adulto como la abuela se encontraban bajo el efecto de bebidas embriagantes.

En este mismo sentido se dijo que el mal olor advertido por el tío Jorge Andrey Gómez Callejas podría ser revelador de una posible manipulación en la mencionada zona anatómica, lo que concuerda con el hallazgo (eritema) encontrado en la vagina de la niña por la médica pediátrica María Lucía Cock Genney, quien la valoró el 25 de agosto de agosto de 2020. No obstante reconocer que la profesional manifestó que podría obedecer a múltiples causas, la apelante sostiene que el mencionado hallazgo no se puede valorar de manera aislada ya que se conocía sobre el encuentro de la menor y el aquí procesado.

Distinto sería si no se tuviera conocimiento del señalamiento y tampoco se hubiera encontrado la huella en el cuerpo de la agraviada, eventualidad en la que sería posible afirmar que no se cuenta con prueba de corroboración, aclarando que si bien el enrojecimiento se observó el 25 de agosto de 2020, según el señor Jorge Andrey Gómez la niña se la entregó una hermana suya a mediados de 2020, sin indicar una fecha precisa, agregando que durante ese mes y medio la pequeña no fue a la casa de su abuela lo que a juicio de la primera instancia genera duda sobre la época en que se generó el eritema, lo cual sería importante si no fuera porque días antes de la revelación directa del tocamiento el tío le sintió un mal olor a su sobrina, siendo lo realmente relevante que se encontró dicha huella y que en varias oportunidades durante la entrevista la víctima señaló que el inculpinado le tocó la vagina y las nalgas.

A lo dicho se suma que en presencia de varios familiares la menor manifestó que el papá de Matías la tocaba y le señaló en un peluche la parte íntima que corresponde a la vagina, relatando además que dicho tocamiento se produjo

en la casa del papá del referido menor de edad, cuando ella se estaba bañando tarde de la noche, estimando por lo demás la impugnante que el abordaje de la pequeña en aquella ocasión fue correcto y que la pregunta de dónde la tocaba el abusador es un interrogante que puede hacerse después de la revelación, sin incurrir los familiares en esta ocasión en otro tipo de cuestionamientos que podrían terminar por sugestionar a la pequeña y de cierta manera por implantar en su mente situaciones que no vivió.

Destaca igualmente que esta persona se refirió al estado emocional de la niña cuando narró que: “Ella lo contaba como de manera muy natural, pero a la vez queriendo evadir como que le preguntáramos más, como queriendo irse a jugar...”; dando a conocer que la agraviada señaló explícitamente en el peluche la zona anatómica que el adulto le tocó, sin encontrar la censora reparos frente al hecho de la revelación y la forma en que se produjo.

En cuanto a la presunta animadversión en contra del acusado, más que eso lo que se vislumbró en este caso es el total abandono de la niña por parte de su progenitora y los maltratos que esta persona le ocasionaba a su prole, así como el descuido en que la tenía la abuela Rosa, pues al parecer era golpeada y maltratada por varios integrantes de dicho grupo familiar, a lo que se suma que era llevada a la casa del acusado en donde la abuela se dedicaba a ingerir licor junto a esta persona, escenario que fue propicio para que se generara la agresión aquí ventilada.

Y aunque habría sido mejor que la Fiscalía contara con el testimonio de la amiga de uno de los tíos de la menor, señora Julieth Andrea Mesa, así como con el testimonio de la tía que escuchó la inicial revelación, encuentra que existe prueba complementaria a la prueba de referencia para emitir una sentencia condenatoria en contra del procesado, estimando en definitiva que si bien la prueba de referencia no es suficiente para proferir una sentencia condenatoria, al haber sido admitida por encontrarse dentro de los supuestos previstos en el art 438 del CPP, la entrevista de la menor de edad debió ser valorada de manera conjunta con el resto del caudal probatorio como se expuso anteriormente.

Estos, grosso modo, las razones por las que solicita se revoque el fallo apelado y en su lugar se emita primera sentencia de condena en contra del acusado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer y resolver la alzada interpuesta por la representante del Ministerio Público, siendo del caso precisar que en virtud del recurso vertical de apelación la competencia de la Colegiatura se restringe a los aspectos impugnados, así como a los que resulten inescindiblemente vinculados a los temas del disenso.

De otra parte, que al no advertir la existencia de causal que invalide la actuación procederá esta Magistratura a decidir de fondo, por lo que en orden metodológico y con miras a resolver los problemas jurídicos que se le plantean a la Sala en esta oportunidad, según se desprende de los motivos de inconformidad es preciso que este colegiado se aplique en verificar si la prueba debatida en juicio genera duda probatoria que se resuelve a favor del inculpado, o si como lo sostiene la apelante, el material suasorio permite superar el estándar legal para emitir fallo de condena por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

En conclusión, este cuerpo colegiado debe pronunciarse de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad de la decisión criticada, siendo preciso entonces que se proceda con el análisis de las pruebas practicadas en el foro público, 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 el juicio oral y, en definitiva, para determinar si continúa incólume la presunción de acierto y legalidad de la sentencia absolutoria apelada por la representante del Ministerio Público.

Conforme al panorama perfilado y como acostumbra esta segunda instancia al analizar este tipo de casos, nos decantamos inicialmente por realizar unas

breves consideraciones sobre la descripción comportamental recogida bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años, art. 209 del C. Penal. (Modificado por el canon 5 de la ley 1236/2008), dispositivo normativo cuya literalidad es del siguiente tenor:

“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.”

Tomando en cuenta la descripción comportamental que recoge el mencionado dispositivo normativo y con apoyo en algunas glosas jurisprudenciales, podemos destacar las siguientes características del tipo penal bajo escrutinio:

“3.2.2. La utilización en el tipo penal de la expresión “El que”, significa que cualquier persona puede adecuar su comportamiento a la descripción típica y ser sujeto activo de la acción penal-

3.2.3. La conducta descrita es alternativa, incurre en ella quien i) realiza actos sexuales diversos del acceso carnal con el menor, ii) los realiza en su presencia, o iii) lo induce a prácticas sexuales. Realiza actos sexuales de la connotación exigida por el tipo penal, quien los efectúa los lleva a cabo o los ejecuta sobre la parte del cuerpo del menor que le produce excitación sexual o es sensible a ella.

En la segunda hipótesis delictual, el autor realiza tales actos en su cuerpo o en otra persona delante del menor, quien en este caso es un mero observador.

Y en la tercera, el sujeto activo induce o mueve al menor a realizar o llevar a cabo prácticas sexuales distintas del acceso carnal.

3.2.4. El sujeto pasivo de la acción es cualificado por la edad: menor de 14 años.

3.2.5. Por acto sexual se entiende toda conducta distinta a la penetración del miembro viril de cualquier otra parte del cuerpo humano u objeto por alguna de las vías descritas en el artículo 212 del Código Penal, ejecutada por el autor con fines lujuriosos.

La Sala ha dicho que comprende toda conducta que:

“en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige de una parte, a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles abusivas que se tornan invasivas de las partes íntimas del otro, quien en todo caso se trata de una

*persona no capaz cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación dada esa minoría de edad y quien carece de una cabal conciencia acerca de sus actos, y se consuman mediante la relación corporal”.*²

Huelga destacar que los actos sexuales diversos al acceso carnal, tal y como lo tiene discernido la Sala de Casación Penal en sentencia del 9 de marzo del 2022, Rdo. SP680-2022, 50.591, M.P. Hugo Quintero Bernate: “... están constituidos por todas aquellas acciones que una persona realiza sobre el cuerpo de otra, que buscan la satisfacción de los deseos sexuales, sin penetración vía anal, vaginal u oral. Así, entre muchas otras alternativas, la doctrina indica como tales actos, los besos y tocamientos lúbricos, los coitos “inter femora” (entre las piernas), así como también las masturbaciones o el frotamiento de la asta viril en cualquier parte exterior del cuerpo del sujeto pasivo de la conducta”.

Cabe destacar entonces que mediante el tipo penal de actos sexuales con menor de 14 años 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 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–**.

En fin, huelga decir que para la configuración de esta clase de delitos contra niños y niñas que no superen los catorce años de edad, 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 del modelo típico bajo análisis si ofrecen o no su consentimiento, pues como se señaló más arriba, el menor no puede hacer uso de una libertad que no posee, para el caso disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales.

Hechas las anteriores precisiones en cuanto al estudio dogmático del delito que recoge el art. 209 del Estatuto Represor, previo a entrar a resolver de

² CSJ, SP. Sentencia del 2 de marzo del 2022, Rdo. SP564-2022, 56.994, M.P. Gerson Chaverra Castro.

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 los sujetos procesales, estipulando además lo concerniente a la plena identidad del acusado quien se identifica civilmente con el nombre de CARLOS ALBERTO RESTREPO URIBE, con cedula de ciudadanía 98.486.812 de Bello, nacido en Medellín el 6 de julio de 1964, así como la minoría de edad de la víctima.

El paso a seguir entonces consiste en analizar con base en el principio de selección probatoria el material cognoscitivo arrimado oportuna y legalmente al juicio, esencialmente de naturaleza testimonial, por manera que resulta del todo pertinente significar que de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción racional luego del análisis individual de los elementos de convicción, pero, también, tras uno holístico del caudal demostrativo arrimado al juicio con sujeción a los principios de inmediación, publicidad, contradicción, además de garantizar la debida controversia y posibilidad de confrontación de las partes, 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, esto es, aquellos que configuran la denominada sana crítica, 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 conjunto del recaudo probatorio que le permite una aproximación racional a la verdad histórica a la que se puede aspirar dentro del proceso penal, temática respecto de la cual el tribunal de cierre de la especialidad penal reflexionó como sigue:

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

En ese orden, el conocimiento más allá de toda duda razonable, uno de los más altos valores y que más exigencias de objetividad plantea en el proceso penal, requiere de un juicio sistémico que implica apreciar individualmente cada evidencia –conforme a las reglas de cada medio— y el análisis sistemático con los demás

medios de prueba, método legal con el cual se pretende garantizar que la conclusión que se obtiene puede soportar todos los intentos de refutación de un discurso racional.

De manera que el testimonio, que versa sobre hechos que le constan al declarante (artículo 402 de la ley 906 de 2004), se debe apreciar teniendo en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, la rememoración, el comportamiento en el interrogatorio, la forma de las respuestas y la personalidad del testigo (artículo 404), y mediante una visión holística o en conjunto con los demás medios de prueba.”³

Pues bien, a voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dicho material de convicción 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 proferir un fallo de condena.

En caso contrario, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del enjuiciado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutorio, en aplicación del principio in dubio pro reo, y en respeto del principio de inocencia, art. 7º del Estatuto Procedimental Penal, y 29 de la Carta. De lo contrario, al tener la convicción de la materialidad 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 resiste la consecuencia represiva que trae como consecuencia el ser vencido en juicio penal. 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 según la cual un testimonio único puede ser suficiente para producir la convicción requerida para condenar y que, en

³ CSJ, SP. Sentencia del 15 de mayo del 2019, radicado SP1721-2019, 49.487, M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

principio, las víctimas de los atentados sexuales, ordinariamente no pueden ofrecer sino sus palabras como fuente de conocimiento personal para demostrar la agresión de que han sido objeto. Por lo tanto, 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.

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 víctima.

Las mencionadas reglas se contraen a lo siguiente:

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

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

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”⁴.

Ahora bien, en razón a que la menor de edad no acudió al juicio, la Fiscalía optó por la posibilidad de ingresar como prueba autónoma y de referencia excepcionalmente admisible la entrevista realizada a la víctima por fuera del juicio, tal como lo prevé el literal e) del art. 438 de la ley 906/04. Adicionado Ley 1652/2013, art. 3°. Únicamente es admisible la prueba de referencia: ... Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo Código.

⁴ Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

De manera que surge imperativo la necesidad de aterrizar las pautas señaladas más arriba con miras a develar si lo dicho por la menor de edad y que por la vía señala ingresó como prueba autónoma de referencia excepcionalmente admisible se muestra coherente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso, pero, fundamentalmente, si resulta corroborado y obtiene confirmación en otros medios de convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, sin develar incredibilidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad y, en general, ánimo avieso de perjudicar al acusado con una falsa y grave incriminación.

*De ahí que el paso a seguir consista en detenernos en analizar puntualmente lo dicho en declaración anterior por **la postulada víctima**, quien fue entrevistada por la investigadora de la Fiscalía **MARÍA SORIANA NIETO RAMOS** el 27 de agosto de 2020, dando a conocer que al preguntarle sobre partes anatómicas la niña no dio respuesta, informando eso sí que habría sido tocada por el padre de “Matías” en su vagina y nalga cuando ella estaba recibiendo un baño en horas de la noche en la casa del acusado de nombre Carlos, agregando para lo que nos interesa que a la diligencia asistió con una tía Jennifer que luego se retira, además se contó con la presencia virtual de la defensora de familia, destacando así mismo que la menor se mostró demasiado inquieta, quizás por su edad y ya que había un poco de ruido en las afueras lo que ayudo a que la menor se desconcentrara un poco.*

Partiendo entonces de aquello que no fue objeto de discusión, esto es, que para el año 2020 la presunta agraviada no superaba aún el rango de los 14 años, observa la Sala en primer lugar que la entrevistadora dejó claro que en vista de que la progenitora de la menor de edad la dejó en casa de su abuela desde hacía unos cinco meses para que cuidaran de ella, una tía de nombre Jennifer la estaba acompañando a la diligencia, dejando claro que no tiene la custodia de la niña y que en la medida de sus posibilidades trata de “arreatársela” a la abuela ya que esta y un hermano suyo de 21 años la trataban muy mal, al punto que afirma que la fémina: “le dice groserías muy fuertes, golpes muy fuertes, básicamente mi enfrentamiento con ella es por los niños”, decidiendo finalmente que el hermano mayor de la familia se quedara con la niña, y estando con este es que realiza la develación que nos tiene hoy en este proceso.

Ubicados entonces en lo que notició la postulada **VÍCTIMA** y la forma en que lo hizo, observa la Sala que habló en voz baja y en lo que hace a su lenguaje corporal se llevaba constantemente las manos y dedos a la cara y a la boca; en algunas ocasiones agachó la cabeza y en otras se mostró inquieta, no lograba permanecer en la silla y fue necesario que la entrevistadora le llamara la atención y la reconviniera en varias ocasiones; se movía para todos lados, no dejaba las cosas del escritorio en su lugar, y en términos generales se mostró dispersa e incluso parecía que no recordara el tema central por el que se le estaba preguntando, por lo que la servidora trataba de redireccionar las preguntas y repetir lo que aquella balbuceaba o decía en voz baja, al punto que resulta ininteligible a la hora de reproducir la grabación.

Bajo tal escenario al indagársele concretamente por los nombres de las partes privadas o íntimas, que no se pueden dejar tocar o mirar, da señales de no reconocerlas, tan solo alude genéricamente: “el cuerpo”. Y cuando la entrevistadora ausculta y pregunta concretamente si el motivo de su presencia es para contar alguna “cosa”, esta responde: “del papá de Matías” de nombre “Carlos”, precisando: “Yo me estaba bañando anoche porque ellos estaban todos borrachos, porque estaban tomando mucho guaro, y después yo me estaba bañando anoche... y el me sacó... y me pegó en la nalguita, y me tiró muy duro, casi que me rompe un hueso”.

Y al preguntarle qué más le había sucedido respondió: “él me tocaba las partes, el cuerpo”; y cuando se le solicita que precise aún más dicha afirmación averó: “... la vagina, la nalga”, y en cuanto a con qué la tocaba respondió: “... con los dedos”, agregando: “yo solo me estaba bañando y él solo escuchó el agua, y yo no entendí él lo que dijo, pero no le hice caso porque él no era mi papá...”

Igualmente, se le escuchó discriminar a la presunta agraviada: “él me tocó todas las partes... yo me estaba bañando sola, Carlos estaba ahí tomando guaro con mita... y se emborracharon... ella hablaba como de otra forma”. Y cuando se le preguntó para qué el adulto la había tocado en la vagina respondió: “me tiró en el suelo para que no me bañara...” indicando que la ducha se encontraba ubicada en la casa del adulto y que allí acostumbraban dejarla bañar temprano, más en aquella ocasión se duchó: “... tarde en la

noche”. En aquella vivienda según la niña además del inculpado, vivía: “Calucho y mita... Helena Rosa”.

Por otra parte, se advierte el siguiente diálogo entre la entrevistadora y la menor de edad: “Cuéntame quien te tocó la nalga, R: quién, tú me dijiste que Carlos te tocó la vagina y la nalga, R: hum; o no fue así, R: sí. Qué te tocó Carlos, R: la vaginita y la nalguita. Y cómo te tocó la nalga, R: con las manos...”, añadiendo que no tenía ropa cuando le tocó el derrier: “Fue en ese mismo momento cuando tú te estabas bañando, entonces cuéntame cómo hizo él para tocarte la nalga, R: con las propias manos y con los dedos, Y tú sabes él para qué te tocó la nalga, R: para que no me bañara... porque yo me bañé y el me sacó así y me tocó todo el cuerpo, Y él para que te tocó todo el cuerpo, R: él me tocó porque a él le dio la gana... porque yo no sé cómo era, pero ya sé... él tenía un pelo hasta acá (señalando el cuello) y una cachucha, y tiene unos pelitos acá (señalando la barbilla)...”

De otro lado aduce que el adulto le preparaba el desayuno, el almuerzo y la comida, más sostiene que no viven con él, añadiendo que lo visitan y que solo la tocó en una ocasión, describiendo que el baño tiene una puerta con seguro, más asegura que: “yo no le eché candado... cogió el agua y Matías me estaba apagando la luz... le cuento otra de mi mamá, me metió a la pieza de mita, y después ella tenía un palo y me pegó en la cabeza... yo me estaba portando bien, a ella le dio también la gana... me salió un chichón y sangre...”, y asegura que su abuela observó la sangre y la llevó al hospital, y que su tío Jonathan también le ha pegado con una correa pues se estaba portando mal; le pega mucho, la castiga y la pone a hacer tareas. Por su parte su abuela no la castiga físicamente, pero le dice muchas groserías, le dice boba, cochina, que no se baña.

Llevando su memoria nuevamente al episodio fáctico que nos concita, refiere que Matías y su abuela vieron cuando el adulto la tocó; la mujer estaba en la sala: “ella escuchó un ruido, me vino y me buscó y nos fuimos...”, insistiendo en que su consanguínea vio cuando el acusado la tocó; por aquel entonces tenía cinco años y estaba de noche: “eso fue en mi casa”, aparte de esta persona nadie más la ha llegado a tocar en sus partes íntimas.

Resumida de esta forma lo dicho por la menor durante la entrevista rendida por fuera del juicio y conforme a las características que rodearon los hechos que nos convocan, así como a la capacidad de comunicación y concentración, entorno, idiosincrasia, y en términos generales a las particulares circunstancias de vida que se dieron a conocer durante la vista pública, así como a sus condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, percepción, memoria, comunicación, expresión, y evocación apreciables en el sujeto pasivo durante la entrevista.

Igualmente lo que hace a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de sus sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se obtuvo la percepción de los hechos y su comportamiento durante la diligencia; al igual que para la primera instancia, para este colegiado no basta la posibilidad de un encuentro entre los involucrados en los hechos materia de análisis en los estrictos términos descritos por la infante, resultando imperativo analizar si más allá del señalamiento que se realiza en algunos apartes de la entrevista, este emerge rodeado de un relato coherente, verosímil, hilvanado, claro y circunstanciado en sus aspecto medulares o centrales.

Sin entrar entonces a negar que de esta manera surge un indicio de oportunidad en contra del justiciable, tampoco puede pasar inadvertido para la Sala que durante la entrevista la menor de edad se mostró inquieta y dispersa, sin mayor empatía, y en términos generales su relato se advierte por momentos inconexo, poco claro, vago, sin mayor riqueza de detalles en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría ocurrido el específico evento fáctico aquí analizado, requiriendo de la constante intervención de la servidora judicial para que contestara el cuestionario, tratara de modular correctamente y se entendiera lo que decía, dejara de taparse la boca y aclara en la medida de lo posible las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Pero más allá de ciertas dificultades que podrían explicarse entre múltiples factores en razón de la edad del individuo, la falta de concentración y el manejo del lenguaje, también nos llama la atención que inicialmente da muestras de no conocer las partes íntimas del cuerpo, no obstante, en otro apartado de la entrevista refiere que el adulto le tocó específicamente la vagina y las nalgas,

destacando además que la habría sacado de la ducha, la tiró al piso y utilizó tanta fuerza que casi le rompe los huesos.

Pero, además, tampoco se mostró dubitativa al afirmar que los tocamientos fueron observados por su abuela y Matías, el otro menor de edad hijo de la pareja que reconoce se encontraba en el inmueble aquella noche, recreando así un cuadro poco usual si se tiene en cuenta que en la medida de lo posible en esta clase de ataques los ofensores buscan la clandestinidad, espacios a solas con las víctimas.

En fin, que pese a los evidentes esfuerzos de la profesional que desarrolló el cuestionario para que la menor ahondara en los hechos y ofreciera mayores detalles para aclarar sin asomo de duda lo que realmente ocurrió, lo cierto es que en aquellos apartados de la entrevista que se logran comprender el relato de los hechos se siente poco natural, confuso y en varias ocasiones inconexo.

Por consiguiente, más allá de las connaturales dificultades de entrevistar a una menor a tan corta edad, el análisis ponderado y objetivo de la prueba no puede dejar de lado que de los señalamientos genéricos en donde se da a entender que el adulto le tocó todo el cuerpo, la declarante pasa a aceptar que no conoce las partes íntimas de la fisonomía humana, para terminar indicando con nombres exactos las dos zonas en las que aquel la habría tocado indebidamente con sus manos y dedos, en sus palabras, en la “vaginita y la nalguita”.

Inconsistencias a las que se suma que mientras asegura que la calenda de los hechos se estaba bañando sola, por otra parte, sostiene que su abuela y el menor de edad hijo del inculpatado observaron los tocamientos; o que como si se tratara de un asunto que debe mencionar durante la entrevista, inesperadamente se desvía del tema central dando a conocer algunos malos tratos que solo involucran a ciertos familiares que de acudir posiblemente sus declaraciones no serían favorables a la tesis acusatoria, dirigiendo la atención entonces hacia el comportamiento de su progenitora, abuela y uno de sus tíos maternos.

Así las cosas, salgo que se dejen de analizar las inconsistencias y demás circunstancias vistas, o se las observe de manera fragmentada,

descontextualizada y aislada dentro de la narración de los hechos realizada durante la declaración previa rendida por la víctima por fuera del juicio, es claro que lo dicho por la menor de edad resulta insuficiente en orden a aquilatar más allá de toda duda las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dice fue agredida sexualmente por el aquí sub iudice.

Por manera que sin dejar de reconocer que a primera vista el material probatorio acopiado por la Fiscalía permite alegar en grado de probabilidad que el encuentro entre víctima y victimario pudo haberse desarrollado según los escuetos lineamientos que ofrece la presunta agraviada, un tal comportamiento descartaría un roce involuntario, ocasional, desprevenido y sin intención dañina, y por el contrario se enmarcaría en uno consciente e inequívocamente dirigido a satisfacer la libido del adulto.

Empero, al no haberse ofrecido suficientes datos objetivamente contrastables sobre la secuencia fáctica que dio origen a esta causa penal con la contundencia que requiere un fallo de condena, tal como lo concluyera la primera instancia resulta imperativo aplicar el criterio de coherencia narrativa para determinar si lo dicho durante la entrevista resulta refrendado por otras pruebas practicadas en juicio y como tal se obtiene datos de corroboración.

El propósito que se persigue entonces es lograr mayores elementos de juicio que permitan descartar las suspicacias que se generan al entrar a analizar reflexivamente la entrevista de la menor, ya que de su frugal relato saltan a la vista ciertas inconsistencias y circunstancias que impiden determinar si se trata de hechos que realmente vivió a tan corta edad, o los mismos fueron implantados o malinterpretados, tal como lo destaca el fallo apelado, y por consiguiente si las fisuras detectadas terminan por minar y afectar gravemente el poder suasorio de un elemento que para la impugnante resulta del todo claro, contundente y no deja lugar a dudas.

Eso sí, debe quedar claro que tampoco se trata de realizar mayores exigencias frente a las posibilidades que puede ofrecer el entrevistar a una menor de escasos cinco años, surgiendo elemental dentro de la dinámica probatoria la tarea de corroboración y dentro de esta por medio de la denominada prueba periférica, del señalamiento que se realiza en las condiciones aquí reseñadas,

colocando en la balanza otros medios de convicción que permitan superar el estándar legal para emitir un fallo de condena de que trata el art. 381 de C.P.P.

De manera que para la Sala la estimativa jurídica con que la primera instancia analiza lo dicho por la menor durante su entrevista deviene atinada, ecuánime y ponderada, y para utilizar sus palabras, es claro que emergen ciertos detalles que tal como se anunció impiden distinguir qué apartados de su dicho corresponden a hechos que sin lugar a la más mínima duda son parte de sus vivencias, cuáles pueden haber sido implantados o incluso malinterpretados, siendo menester que quede claro que no se trata de desechar lo noticiado por la presunta agraviada solo por su minoría de edad.

Por lo demás, no se puede decir que se observe: “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 habría incurrido en la criminalidad que conforma el pliego de cargos, pues la madre de la menor y la presunta agraviada optaron por no acudir al juicio, privándonos así de la posibilidad de escuchar sus relatos sobre lo que de manera personal y directa percibieron por los órganos de los sentidos, lo que sin lugar a dudas habría sido fundamental a la hora de contrastar y constatar la versión que la menor ofreció a distintas personas y en un escenario diferente al de la entrevista que se utilizó como prueba de referencia autónoma excepcionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el art. 438, literal e) de la ley 906/04. Adicionado por la ley 1652/13, art. 3°.

*Hechas las anteriores precisiones, veamos ahora si el testimonio de la postulada víctima se compagina con el criterio de **coherencia narrativa**⁵. Dicho de otra forma, si al correlacionar lo dicho con los demás medios de prueba y con aquellos datos objetivamente verificables en el plenario, su testimonio resulta ampliamente concordante, por ende, con **coherencia externa**, es decir, si resulta concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, y los datos objetivamente verificables en el dossier del caso, de*

⁵ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

manera que dicha evaluación arroje en últimas que lo que se escuchó en la entrevista resulta altamente confiable.

Siendo preciso entonces entrar a justipreciar en conjunto lo dicho durante la entrevista por la menor con las demás pruebas practicadas en juicio, no sin antes aclarar que entre los testigos que atendieron el llamado de la justicia a solicitud de las partes, se incluyen personas cercanas a la menor y profesionales en el área de la salud que la valoraron desde su particular área del conocimiento y en estricto cumplimiento de sus funciones.

En orden entonces a una debida valoración de lo dicho por los mencionados deponentes la tarea de la colegiatura se restringe en esta oportunidad a analizar lo que escucharon o percibieron de manera directa, tal como lo demanda el art. 402 de la ley 906/04.

Similares reflexiones se hacen extensivas sobre aquellas declaraciones de testigos y peritos escuchados 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".

*Dicho estos, el paso a seguir consiste en auscultar lo noticiado en juicio por la doctora **MARÍA LUCIA COCK GENNEY**, médica pediatra del Hospital San Vicente Fundación, quien valoró a la menor cuando esta tenía cinco años, exactamente el 25 de agosto de 2020, dando a conocer que la pequeña acudió a su consultorio con Jorge Andrés Gómez, uno de sus tíos, encontrando al examen físico general parámetros normales, vaginal con eritema, sin flujo, sin mal olor y sin signos de desgarros, explicando igualmente que dicho enrojecimiento se puede presentar por infección vaginal, quemadura, orina, tocamientos de toca clase, fricción, a la par que destaca que no recuerda el estado emocional de la paciente.*

*A su turno uno de los tíos de la postulada víctima, señor **JORGE ANDRÉS GÓMEZ CALLEJAS**, para lo que nos convoca informa que por la época en*

que estaban buscando la verdad mediante el inicio del presente proceso penal la mamá de la menor se la habría llevado fuera de la ciudad. Por su parte se desentendió del asunto y sostiene además que ya antes la mujer había dejado a su prole con la abuela, evadiendo así sus responsabilidades, agregando que su mamá (la abuela de la infante) frecuentaba la casa del acusado.

Continuando con su relato, destaca que en una de esas visitas una de sus hermanas lo habría llamado y le dijo que a la niña la maltratan en la casa de la abuela, por eso comenzó a cuidar de la niña. Por aquella época vivía con una amiga a la cual le rentaba una habitación; entre los dos cuidaban a la menor ya que él salía a trabajar. Fue en uno de esos días que se vio obligado a entrar a la ducha cuando la niña se estaba bañando y se le vino la sangre, que le sintió un olor fuerte; llamó a su amiga y esta le dijo que se trataba de una infección vaginal.

Así mismo, el testigo refiere que en cierta ocasión el acusado pasó a su casa por la abuela de la niña que lo estaba visitando, y su amiga le dijo que la menor le confió que esta persona la habría tocado, agregando que por aquellos días se presentó en la casa de su madre y la niña le empezó a decir a una de sus hermanas las mismas palabras. Como tenían un peluche se le pidió que señalara dónde la tocaba el señor Carlos, indicando la vagina. La llevó a medicina legal e interpuso la respectiva denuncia.

Precisa igualmente que la niña no mencionaba al agresor por su nombre, sino que se refería al papá de Matías, y específicamente señalaba que eso (los tocamientos) ocurrieron mientras se estaba bañando tarde en la noche; que la abuela se iba a beber con esta persona, sin embargo, no señaló en cuántas ocasiones sucedieron este tipo de agresiones, agregando que la pequeña contaba lo sucedido de una manera muy natural pero como queriendo evadir que le preguntáramos más, como si se quisiera ir a jugar con los demás niños presentes en la casa de la matrona.

Por otra parte, acepta que la niña nunca dijo con qué le habrían tocado la vagina; tan solo manifestaba que el papá de Matías la tocaba. Por aquel entonces esta tenía cinco años y añade que su sobrina vivió con él durante tres meses; que siempre ha sido muy alegre, tranquila, y que no logró observar su estado emocional. Finalmente recuerda que cierto día el acusado pasó en

la moto con su mamá y lo increpó por lo que estaba sucediendo con este caso, a lo que le contestó que si tenía su conciencia tranquila estaba bien, pero que él tenía que escuchar a su sobrina.

El anterior testimonio dio paso a lo adverbado en juicio por la investigadora del CAIVAS de la Fiscalía, servidora **MARÍA SORIANA NIETO RAMOS**, quien refiere que entrevistó a la menor el 27 de agosto de 2020 e indica que le preguntó sobre partes anatómicas sin obtener una respuesta, y que en la primera etapa la niña habló sobre cosas cotidianas, luego dio a conocer que fue tocada por el padre de Matías en su vagina y nalga, justo cuando estaba recibiendo un baño en horas de la noche en la casa del señor Carlos. La entrevistada tenía cinco años y asistió a la diligencia con una tía de nombre Jenifer, contando además en aquella ocasión con la presencia virtual de la defensora de familia.

En cuanto a lo que percibió de forma directa en relación con el comportamiento de la menor durante la entrevista, la profesional señaló que se mostró demasiado inquieta, aclarando que quizás esto se debía a su edad, pues estaba muy pequeña, sumado a que había un poco de ruido a las afueras de la oficina que ayudó a que la infante se desconcentrara un poco, ingresando con la testigo el registro fílmico de la entrevista.

Ubicados en el otro extremo de cotejo, a instancias de la defensa del acusado se escuchó en juicio el testimonio de las siguientes personas:

En primer lugar se escuchó en juicio al cuñado del acusado, señor **JOSÉ OMAR VALENCIA RAMIREZ**, quien adujo conocerlo desde hace 37 años o más, y de quien sabe que sostiene una relación de seis o siete años con Rosa Elena, vive solo en su apto y tiene hijos, entre ellos uno que se llama Matías, y le ha comentado que la familia de la pareja sentimental no tiene buena empatía con él, agregando el testigo que aquel siempre ha sido responsable con el tema de la educación y alimentación de su prole, es un buen padre, e ingiere algunos tragos cada 15 o 20 días. Yo siempre pongo el correo mío, él me dijo que tenía un problema legal, me contó la situación, me manifestó que el día de los hechos que aquí se ventilan estaba tomando con Rosa, con la niña y con Matías, pero que no había tocado a la niña.

En alguna ocasión le manifestó a Rosa Elena que era la primera testigo visual de lo que pasó. El acusado por su parte le habría comentado que esa gente no lo podía ver, que la familia de la señora no lo quería mucho, aceptando en todo caso el deponente que no conoce a dicho grupo.

*El anterior testimonio dio paso al de la compañera sentimental del procesado y abuela de la víctima, señora **ROSA ELENA GUERRA MONTOYA**, quien para lo que interesa al objeto de este juicio averó que tuvo a la víctima unos siete u ocho meses a su cargo, y precisa que el acusado es el padre de uno de sus hijos que responde al nombre de Wilmer Matías Restrepo Guerra, con quien tiene una relación desde el año 2014.*

En lo que tiene que ver con su nieta asegura que nada de lo que acusan a su pareja es cierto, no ha pasado nada ya que por su parte no la ha descuidado, estuvo presente el día de los hechos objeto de verificación en esta causa, agregando que ella misma bañó a la menor aquella calenda, mientras que el adulto le habría solicitado que le dijera a la niña que se saliera del baño y ella misma la sacó.

Por otra parte refiere que el día anterior estuvieron tomando pero no como para perder el conocimiento, expresando que para ella todo esto se trata de una manipulación de la niña para que incrimine falsamente al inculpado, para que mienta, pues de haber ocurrido lo que dicen que pasó ella misma le hubiera “tirado” o lo habría denunciado, insistiendo en que siempre anda con ella, salen, duermen, la llevaba a estudiar, le daba su comida, la mantenía a su lado; iba con la niña y con el otro niño a la casa, se quedaba allá y al siguiente día regresaba con los dos, sin descuidarlos un momento.

En su sentir todo se debe a que su familia no gusta del acusado, “para nada”. Yo iba donde Carlos cada ocho días. A ella nadie la ha tocado. A él no lo quieren porque es muy grosero de palabra cuando esta tomado, en sano juicio es una gran persona, y añade que el adulto toma cada ocho días. En este orden de ideas estima que a lo mejor el tío la manipuló para que mintiera, la mamá, las tías, no está segura de quien pudo ser, explicando que cuando iban a esa casa los niños dormían con ella en la sala, mientras que el procesado pernoctaba en una cama por la parte de la cocina.

Cerrando la prueba testimonial y renunciando a su derecho a guardar silencio el procesado **CARLOS ALBERTO RESTREPO URIBE** manifestó en juicio que los tocamientos de los que se lo acusa nunca existieron.

Llevando su memoria a la fecha de los eventos aquí ventilados sostiene que se encontraba con Rosa Elena, su hijo Matías y la postulada víctima. Esta ingresó al baño y por su parte necesitaba usar la estancia, por lo que le dijo a su pareja sentimental que sacara a la niña y así lo hizo una vez la vistió. Recuerda igualmente que Rosa Elena iba casi siempre los fines de semana a visitarlo a su casa y compartían el almuerzo, se tomaban unas cervezas, más ella era quien dormía con los niños.

De un lado, refiera que ha visto a la Familia de Rosa Elena y pese a que no ha tenido problemas graves con estas personas, sostiene que se siente que no lo quieren, nunca lo han querido; sin embargo, subía a llevarle cosas a su hijo Matías; estaba pendiente de ellos, que no se salieran para la calle, Rosa Elena los cuidaba como una madre y estaba pendiente de su comida, del baño, de acostarlos, de todo, sin que llegara a notar algo raro con relación a los dos menores.

De otro, explica que vive en un apartamento pequeño que consta de un balcón, sala, cocina, una alcoba, todo queda como en línea, se ve quien va para donde va, y agrega que conoce a Rosa hace siete años, con quien la menor convivió unos ocho meses. A su vez advierte que es trabajador, responsable, pendiente en las cosas en que pueda colaborar. No tiene problemas de alcoholismo, y que se toma entre cuatro a ocho cervezas y se acostó a dormir normal. Sosteniendo que aquel día en ningún momento se movió de la sala, esperó que su pareja fuera y sacara a la niña del baño y la vistiera para poder usarlo. Eso fue un sábado como a las siete de la noche en que la pequeña se estaba duchando.

Decantado de esta manera lo que toca con las pruebas practicadas en juicio, es claro que la primera instancia realizó un ponderado y sistemático análisis del material suasorio, y que su evaluación individual y conjunta arroja que la existencia de la conducta punible enrostrada al acusado se soporta esencialmente en lo que se escuchó decir a la menor de edad durante su

entrevista, pero sin que se logre extractar mayores datos de corroboración de las demás pruebas practicada en juicio.

En este sentido, contrario a lo que propone y entiende la censora, auscultando en algunos elementos o datos que arroja el proceso probatorio, como la huella física que consiste en cierto enrojecimiento en la zona vaginal de la menor que para la época de la revisión llevaba viviendo con su tío más de un mes, según la médica escuchada en juicio admite otras plausible explicaciones además de la posibilidad de la manipulación de índole sexual, a lo que se suma que la calenda de la observación directa del cuerpo de la niña por parte de la profesional de la salud, esta no advirtió el componente relativo al mal olor que por otra parte llevó al primigenio descubrimiento de parte del tío de la paciente, o de desgarros en la menciona región anatómica.

Pero, además, que este consanguíneo de la menor finalmente acepta que no fue la primera persona a la que la menor le habría develado los hechos de forma espontánea, cierto día que el procesado se presentó en la casa de aquel para recoger a la abuela de la niña y esta le contó a una amiga de su tío llamada Yulieth Andrea de buenas a primeras, sin que se sepa si le tenía tal grado de confianza o mayores datos sobre el contexto situacional en que reveló los hechos, que el adulto la había tocado indebidamente. Ni siquiera se pudo contar en juicio con el testimonio de otra de las tías que según Jorge Andrés Gómez Callejas también escuchó las mismas palabras de parte de su sobrina.

En fin, que sobre la inicial develación de los hechos, las circunstancias que la rodearon, las reacciones, el comportamiento, expresiones, estado emocional que la pequeña habría evidenciado poco o nada se sabe, sin posibilidad de conectar lo dicho por las dos mujeres con el abordaje de la niña para que señalara la zona anatómica en que el adulto la habría tocado, pues, se insiste, las féminas no fueron escuchadas en juicio, y de parte del testigo Jorge Andrés se da a entender que sencillamente respondió rápido debido a la urgencia de salir a jugar con otros menores, de manera que no resulta caprichoso el que se termine cuestionando por la primera instancia la forma en que se abordó a la menor, de manera ligera sobre un asunto tan delicado.

A lo dicho se suma que en últimas la defensa terminó aquilatando a través de varios testigos, incluidos familiares de la presunta víctima, cierta animadversión, inquina o motivo de rechazo que algunos integrantes del grupo sentían en contra del procesado, debiendo aceptar la Sala que así como no se cuenta con prueba que fehacientemente demuestre que la niña ha sido manipulada para faltar a la verdad sobre los hechos investigados, en el contexto que se viene dibujando tampoco se puede descartar tajantemente dicha posibilidad, siendo lo cierto que al interior de este grupo no parece haber una buena relación, saliendo a la luz señalamientos de malos tratos hacia la infante y de descuido de las obligaciones de parte de la progenitora de la menor, y que en últimas al adulto no lo aceptan en dicho grupo familiar, en palabras de la abuela de la niña, “para nada”.

En fin, que tal como lo destaca la primera instancia, otros indicios que podrían construirse como aquellos relacionados con los cambios de comportamiento en la niña a nivel escolar o al interior del núcleo familiar; actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la menor; contactos posteriores entre víctima y victimario y la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, nada por fuera de lo analizado se pudo conocer, pues huelga significar que a este juicio como ya se dijo no compareció la madre de la afectada u otros familiares o expertos sicólogos que le hubieren brindado algún acompañamiento y que pudieran dar cuenta de estas u otras circunstancias que se pudieran conectar necesariamente con el señalamiento directo realizado por la víctima y con lo escuetamente relatado por esta durante la entrevista obtenida por la Fiscalía con anterioridad al juicio oral.

Concluimos de esta manera que el análisis de la prueba agotado por la juez de primer grado deviene acertado, omnicomprendivo del caudal probatorio y de ninguna manera se puede calificar de fragmentario, y que contrario a lo que sostiene la apelante, en este caso no se puede afirmar sin desconocer los reproches formulados líneas más arriba que se cuenta con material directo, indirecto, de corroboración y prueba indiciaria que comprometa seriamente al acusado, pues el indicio que aquí se admite estructurado no pasa de ser simplemente contingente. A saber, el de oportunidad.

En fin, que el material probatorio que conforma el dossier de este caso en criterio de este colegiado no permite estructurar el juicio de reproche jurídico penal en su contra, sin que la evidencia, información legalmente obtenida y en general la prueba debatida en juicio permita tener por demostrados los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que pueden cimentar las inexcusables bases de una sentencia de condena, emergiendo duda razonable que deba resolverse a favor del procesado mediante un fallo absolutorio.

Dígase, por último, que no se trata de sostener ciega e irreflexivamente que se demostró la inocencia del procesado, tan solo que en el contexto de cosas aquí analizadas no puede pasar por alto esta Magistratura sin desconocer las más elementales garantías judiciales y derechos fundamentales que en este caso subsiste duda probatoria que se debe resolver a favor del ciudadano llamado a juicio por el estado, esto en aplicación del apotegma in dubio pro reo, artículo 29 Carta, y 7° de la Ley 906/04.

Y es que tal como lo tiene decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva talladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria”⁶.

Así las cosas, la Sala encuentra que el ejercicio analítico de la a quo es coherente y bien fundamentado, y que contrario a la opinión de la apelante, el juicio del juez singular no se observa errático, debiendo aceptar que no se 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- la ocurrencia de los hechos en los términos de la acusación y la responsabilidad que le asiste al procesado en los mismos.

⁶ CSJ, SP. Radicado 40105 del 28 de mayo de 2014.

Sin necesidad entonces de otras 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:

CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida en el caso del rubro por la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín en favor del acusado **CARLOS ALBERTO RESTREPO URIBE**, acorde a lo analizado en el acápite de las consideraciones.

Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual podrá interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁷,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁷ El presente proveído 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”.