

Proceso: 050346100080 **2017-80249**
Delito : Acto sexual violento agravado en concurso
Condenado: Wildeman Avendaño Presiga
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria
Decisión: revoca y absuelve
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 040-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según Acta No. 159

Atendiendo a lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-12025 del 14 de diciembre de 2022 “*Por el cual se adopta una medida de descongestión para el Despacho 001 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia*”, procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora de **Wildeman Avendaño Presiga** en contra de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2018 por el **Juez Penal del Circuito de Andes, Antioquia**, por medio de la cual lo condenó como autor responsable del delito de actos sexuales violentos agravados en concurso y donde resultaron como víctimas la señora Marisol Cuají Rojas y su hija menor E.Y.B.C.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los primeros fueron descritos por el juez de primera instancia así:

“(...) se tiene que el día 13 de octubre de 2017 sobre las 10:30 horas fue alertado el cuadrante tres de la PONAL que se encontraba haciendo sus labores en la Avenida Medellín, sobre un caso que debía atender en el sector “Bienvenidos”, esto es, en las afueras del Municipio de Andes, carretera que proviene del vecino Municipio de Hispania, encontrando en el lugar a una mujer de aproximadamente veinticinco (25) años de edad, de nombre MARISOL CUAJI ROJAS, que se encontraba llorando, en compañía de una infante de cuatro (4) años de género femenino, su menor hija que responde a las iniciales, de E.B.C.; al indagársele a aquella que le había sucedido adujo que momentos antes un hombre de contextura gruesa que vestía jean oscuro, camisa a rayas blancas, zapatos color café la había abordado en un cafetal que debía atravesar y que es cercano a la finca donde ella reside en ese mismo sector, paso obligado para salir a la carretera principal y al momento que ella venía de llevar a su hija al hospital para atención médica y al pasar por un lado de este hombre al cual nunca había visto, la haló de su bolso y como le fue imposible caminar hacia atrás porque el terreno era inclinado, el sujeto optó por arrastrarla y teniendo en cuenta que ella llevaba a su hija menor de cuatro años agarrada de la mano, entonces la infante, también resultó siendo arrastrada hasta que finalmente cayeron al suelo, al interior del cafetal y en ese instante el hombre se le abalanzó encima de su cuerpo, aprisionando las piernas de las mujeres con sus extremidades inferiores, luego con una mano le sujetaba y apretaba el cuello y con la otra empezó a desabrochar los botones del pantalón que vestía la infante, le metió las manos en el pantalón a la infante y manipulaba sus partes íntimas, la mujer trataba de liberarse, pero era superada por la fuerza del atacante, empezó a gritar y el agresor le apretaba más el cuello y por eso optó por quedarse callada, el hombre también empezó a tocarla a ella, le pasaba la

lengua por el cuello, trataba de besarla a la fuerza, le manipulaba los senos y también sus partes íntimas inferiores, ese comportamiento se extendió por un tiempo aproximado de quince minutos, hasta que de una bota que llevaba la menor se salió un dinero que la madre había guardado allí para pagar los gastos en el Hospital, el hombre advierte la presencia del circulante, soltó la mujer, agarro la plata, sacudió las botas de la niña buscando más dinero, la mujer con su pequeña hija se alcanzan a incorporar, el atacante pretende de nuevo agarrarlas y la mujer suplicó que las dejara tranquilas que ya se había apropiado de la plata, entonces el hombre la increpa para que no contara a nadie lo que había sucedido porque de lo contrario él sabía dónde vivía ella y que la mataría, ufanándose que el era muy malo, para luego marcharse en sentido de la vereda donde ella en reside y las victimas decidieron salir en sentido contrario hacia la carretera, solicitaron ayuda a una conocida, piden presencia de la policía y son auxiliadas”.

El 14 de octubre de 2017 ante el Juez 2º Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Andes, Antioquia, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de acto sexual violento, actos sexuales con menor de 14 años y hurto calificado, art. 206, 209, 239 y 240 inciso 2º del C.P. No hubo allanamiento a cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El escrito de acusación fue presentado por la Fiscalía 109 Seccional el 13 de diciembre de 2017, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia de formulación oral el 5 de febrero de 2018 ante el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, y en la cual se le llamó a responder por los delitos de acto sexual violento agravado, en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de hurto calificado, art. 206, 211 numeral 4º, 239 inciso 2º y 240 numeral 2º del C.P.

El 1º de marzo de 2018 se adelantó la audiencia preparatoria, en esta oportunidad el procesado aceptó cargos por el delito de hurto calificado por lo que se decretó la ruptura de la unidad procesal y se profirió sentencia condenatoria por esa

delincuencia. El juicio oral por el delito de actos sexuales violentos agravados se adelantó en sesiones del 20 de mayo y 13 de junio, el 16 de agosto de 2018 se realizó la audiencia de individualización de la pena y se profirió la sentencia que se revisa, en la que se condenó al acusado por el delito de actos sexuales violentos agravados en concurso homogéneo. Se le impuso como penas la principal de 12 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Negó al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria.

La defensa recurrió en apelación el fallo.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El funcionario de primer grado luego de hacer un recuento pormenorizado de la prueba, indicó que, la valoración de esta partía de la total credibilidad que se le otorgaba al testimonio de la víctima, quien no solo se mostró en el juicio compungida, sino que además fue contundente y clara, pues dio cuenta de ese episodio sufrido con su hija menor a manos del agresor, de quien, explícitamente refirió, le asistía respecto de ambas un propósito eminentemente sexual, dado que el dinero que le fuera hurtado, se salió súbitamente de la bota de la menor en curso de la referida agresión, ya que sus continuos tocamientos estaban encaminados a satisfacer sus apetencias sexuales.

Advirtió que su credibilidad se reafirmó una vez reconoció al acusado al hacer ingreso a la sede judicial, sin que sea de recibo los argumentos de la defensa dirigidos a que no existió agresión sexual dada la ausencia de valoración médica, con lo que se intentó imponer una especie de tarifa legal, pues basta con indicar que esos actos sexuales violentos se contrajeron a besos en su rostro, boca y nuca, luego de que tanto ella como su pequeña hija fueran reducidas por la fuerza lo que constituye el componente de actos sexuales violentos.

Agregó que las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidos por la víctima Marisol Cuají Rojas fueron corroborados por el progenitor de su menor hija, quien escuchó de ella cómo el acusado ejerció violencia en contra de ambas.

Indicó que la versión suministrada por el acusado en el juicio resultó insuficiente, pues existen inconsistencia entre ésta y la rendida por la víctima en relación a que la agresión tuvo lugar en el camino y no fue cerca de la vía principal, pues aunque resulta evidente que la ciudadana Cuají Rojas fue abordada por el agresor cerca a la vía, deviene indiscutible que aquella fue arrastrada y conducida a la fuerza adentro del camino, lo que se corresponde con el ámbito de ocultamiento inherente a esta clase de actividades delictivas.

Señaló que tampoco era de recibo el argumento de la defensa, dirigido a que la adrenalina que invadió a la víctima incidió en su percepción, pues resulta palmario que el miedo se corresponde con la agresión sexual reportada, así como el mismo repudio que explicitó la testigo y que le generó no solo el libidinoso actuar del agresor, sino, además, la impotencia que sintió como madre al ver expuesta a la menor en su integridad sexual.

Resaltó que la declaración de la mujer encuentra corroboración y coherencia externa, pues la labor policial es totalmente coincidente con la noticia criminal generada por la víctima.

Sobre la animadversión que según la defensa se evidenció durante el testimonio del padre de la menor, al punto que tergiversó la forma cómo ocurrieron los hechos, dijo que esa actitud de desprecio del testigo hacia el agresor de su hija, resulta evidentemente normal y coherente con el padecimiento que su descendiente tuvo que soportar en manos del acusado.

Finalmente indicó encontrar probada, en cabeza del acusado, la materialidad de la conducta de acto sexual violento agravado efectuado en la integridad de la víctima menor de 14 años E.Y.B.C., y acto sexual violento donde resultó como víctima Marisol Cuají Rojas, de esa manera luego de tasar la pena impuso la sanción de 128 meses de prisión por el primero aumentado en 16 meses más por el concurso, para un total de 144 meses de prisión, o lo que es igual 12 años, por el mismo lapso fijó la accesoria de inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas. Dijo que en este caso por expresa prohibición, no procedían los subrogados penales ni la prisión domiciliaria.

3. DEL RECURSO

La defensa mostró inconformidad con la sentencia e interpuso en audiencia el recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término oportuno con miras a que se revoque la decisión y en consecuencia se absuelva a su representado.

Su inconformidad radicó en la forma cómo se valoraron las pruebas practicadas en el juicio, pues en su sentir, el fallador se equivocó en el valor suasorio otorgado al testimonio de la víctima quien dijo en el juicio “...*el empezó a manosearme los senos y besuquearme por acá por el cuello...*”, sin embargo, continuó, es notoria la contradicción de la declarante, porque en su atestación aseguró que con una mano la tenía del cuello y con la otra esculcaba las botas de la niña buscando dinero, y que también manoseaba a la niña mientras las dos gritaban pidiendo auxilio.

Agregó que tendría su asistido que “*tener más de dos manos o personas que le ayudaran para realizar todos estos actos a la vez, ninguna persona puede al mismo tiempo agarrar a un sujeto para inmovilizarlo y hacer otras acciones al mismo tiempo*”, sin dejar de lado que, los gritos de la víctima ante un ataque sorpresivo obligaban a su representado a realizar el hurto en el menor tiempo posible tal y como lo refirió en su declaración.

Señaló que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, es imposible realizar dos acciones o más al mismo tiempo, sobre todo cuando se actúa bajo la presión de ser sorprendido realizando un hurto, de ahí que *“el susto de robar no le permitía al acusado realizar dos actos distintos al mismo tiempo, no podía pensar en el dinero y, a la vez, en alimentar su libido”*.

Adujo que, de acuerdo con la declaración de su protegido, en su actuar se evidenció el dolo desde que observó a sus víctimas, pero con el fin de hurtarles sus pertenencias y no con la finalidad de satisfacer sus propios deseos sexuales, sobre todo cuando esa intención no quedó demostrada en el juicio.

Recordó que la mujer víctima en su testimonio dijo que el acusado empezó a *“manosearle”* los senos y a *“besuquearle”* el cuello. Sin embargo, esa afirmación genera dudas, ya que no se sabe con certeza si ese tocamiento fue libidinoso o en verdad el procesado estaba buscando dinero, además en su sentir, resulta ilógico, ya que el procesado debía controlar varias situaciones pues la menor en ese mismo instante estaba gritando.

Señaló de temeraria la declaración del padre de la menor, quien relató una serie de conjeturas, más que una vivencia, de ahí que la prueba en lugar de certeza ofrece dudas razonables que deben ser resueltas a favor de su representado.

En el acápite denominado *“vulneración directa al principio de legalidad”* señaló que *“no se dieron las garantías fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa”* en tanto no se demostró más allá de toda duda que los tocamientos realizados en los senos de la víctima Cuají Rojas tuvieron un ánimo libidinoso y que no fueron producto del registro que en su integridad física realizó el acusado en aras de hallar dinero; tampoco quedó probada la presunta conducta sexual dirigida en contra de la menor.

Subrayó que en este asunto no se evidenció el nexo causal entre el comportamiento del acusado y el resultado del hecho, ya que el informe del médico legista genera dudas sobre los pregonados actos sexuales indicados por la víctima y su esposo, además el juez de instancia adujo que no era determinante la prueba de la valoración para evidenciar el daño causado, cuando ésta debió ser preponderante para determinar si era justo imponer o no una condena bajo la tipificación meramente objetiva realizada por la fiscalía.

Reiteró que el juez de instancia hizo una valoración de las pruebas de forma parcial ya que “prestó” atención a las afirmaciones realizadas por los testigos de cargo sin atender la declaración de su defendido la cual fue “certera” y encuentra corroboración en el dictamen del médico legista quien concluyó que no hay lesiones que sugieran maniobras sexuales; en ese sentido solicitó la revocatoria de la condena proferida en primera instancia y como consecuencia de lo anterior, se absuelva a su representado.

No hubo pronunciamiento de los sujetos no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.1 En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del Acuerdo PCSJA22-12025 del 14 de diciembre de 2022 “*Por el cual se adopta una medida de descongestión para el Despacho 001 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia*”, y el art. 34 numeral 1º del C. de P.P.

4.2 En segundo lugar es válido recordar el carácter restringido de la competencia de los jueces de segunda instancia, determinada en concreto por los motivos de impugnación. Así mismo no se vislumbra alguna irregularidad que obligue al Tribunal a declarar la invalidez de lo actuado.

4.3 La recurrente postula un problema jurídico de naturaleza probatoria, pues en su opinión las pruebas arrimadas al juicio por la fiscalía no satisfacen el estándar de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, relacionado con que quede demostrada más allá de duda razonable, la existencia de la conducta y la responsabilidad del acusado.

4.4 Antes de descender al motivo de censura la Sala advierte que la recurrente al momento de sustentar la alzada, mencionó como prueba de corroboración del testimonio de su representado, las conclusiones insertas por la médico legista en la valoración realizada a la menor E.Y.B.C. No obstante, durante la práctica probatoria dicha perito no fue llamada a declarar por la fiscalía, por tanto, el contenido del examen no puede ser valorado por esta instancia, pues tal y como lo señala la Ley 906 de 2004 *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*¹. Por tanto, tal elemento material probatorio carece de la calidad de *“prueba”*, por no haber sido incorporada a través de cualquiera de los mecanismos establecidos por la ley procesal.

4.5 Ahora sí, para dar solución al citado problema jurídico, debemos verificar si la fiscalía, a través de las pruebas debatidas en el juicio, dio cumplimiento a lo prescrito en el art. 381 del C. de P. Penal, que refiere *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio...”*. del mismo modo el art. 7º ídem, establece que: *“...corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado...”*.

¹ Artículo 16 del C. de P.P.

Respecto de la prueba testimonial y su valoración, la Ley 906 de 2004 dispone que el juez deberá tener en cuenta la naturaleza verosímil o no de la declaración, la capacidad del testigo para percibir y recordar, la existencia de prejuicios, interés u otro motivo que le quite objetividad, las manifestaciones anteriores que guarden coherencia con la versión actual o que por el contrario la contradigan, el patrón de conducta del declarante y las contradicciones en el contenido de la declaración misma². Además, impone una seria limitante en el sentido de que las personas solo pueden declarar sobre los aspectos que en forma personal y directa hayan percibido (con lo cual el testigo de oídas o de referencia queda circunscrito a situaciones excepcionales y con valor suasorio disminuido³).

4.6 En el *sub judice*, concurrió al debate oral la señora **Marisol Cuají Rojas**⁴ quien informó residir en el barrio o vereda “*Bienvenidos*” y ser madre de dos hijos, entre ellas una niña de 5 años que corresponde al nombre de E.Y.B.C.

Dijo estar en el juicio porque el 13 de octubre de 2017 un hombre la atacó para hacerle daño. Agregó que su hija E.Y., estaba enferma por esa razón la llevó al hospital y saliendo por la vía principal apareció un sujeto al que nunca había visto en la vereda, él esperó que ellas pasaron y la agarró por detrás, la haló del bolso y las arrastró, pues llevaba su hija de la mano. Enseguida resaltó:

“Cuando nosotros caímos él se me subió encima, me sujetó las piernas mías con las de él y empezó y yo grité y nadie me escuchaba, cuando él me colocó la mano en el cuello y con la otra, como la niña quedó al lado mío, ella estaba enfermita, asustada y él empezó disque a tocarla, a tocarle el pantalón a desabrocharle el pantalón y era manosiándola (sic), entonces yo intentaba hacer fuerza para zafármele a él y suplicarle para que no le fuera a hacer daño a mi hija entonces cuando mi hija me ve así, me daba muy duro que él

² Art. 403 ídem.

³ Art. 402 ídem.

⁴ Audiencia de juicio oral del 2 de mayo de 2018. Minuto: 21:20

me tenía del cuello y más terrible eso que él manosiando (sic) a mi hija, cuando a la niña se le salieron de las botas una plata él la cogió, cogió la plata que se salieron de las botas de la niña porque él la arrastró cuando la niña iba a subir por las (...) él la arrastró y ella se aporrió (sic) después él siguió conmigo y después con ella y ya otra vez con ella y yo le suplicaba que nos soltara, me manosiaba (se toca el pecho) me besuquiaba (sic) por acá (se toca el cuello) y trataba de darme besos en la boca y yo me sacudía para que no me fuera a hacer eso”.

Indicó que los hechos sucedieron a las 10:30 de la mañana, describió el lugar como *“ahí abajito en la vía principal por una cafetera, llama Bienvenidos”*, el sitio es *“por un desechito que va a pasar a la vereda”*, y por el que comúnmente pasa gente, incluso desde allí observó una casa grande, pero en ese momento no vio a nadie.

Señaló que la niña estaba asustada, también gritaba y hacía lo que él le decía y *“cuando él dejó de manosiarla (sic) a ella la mandó para el fondo de la cafetera”*.

En este punto la fiscalía le preguntó cómo la *“manoseaba”* el acusado y ella contestó *“me besaba y también me manosiaba (sic), me tocaba los senos, me besuquiaba (sic) por acá (se toca el cuello) y trataba de besarme en la boca”*.

Relató que ella había guardado en las botas de su hija \$ 108.000 que él se *“robó”*, que ella le suplicaba que las dejara, pero él siguió atacándola, asfixiándola y tratando de besarla, que eso ocurrió cuando él se apoderó del dinero y que fue por más de 15 minutos, luego las soltó y le dijo *“si usted cuenta yo sé que a mí me van a coger, si usted cuenta me van a soltar y yo las busco y la mato y la pico y termino de hacer lo que iba a hacer delante de su hija”*.

Dijo que cuando el acusado se fue ella subió a la vía, entró a la casa de una vecina y le contó lo sucedido, llamaron a la policía, llegó el ejército para capturarlo, les narró los hechos y ese mismo día presentó la denuncia.

A la representación de las víctimas le aclaró que el bolso que ella llevaba era tipo morral y que el acusado nunca lo revisó.

En el conainterrogatorio⁵ aclaró que cuando se encontró con el acusado de frente le faltaba *“por ahí”* un metro para salir a la vía principal, advirtió que una vez en el suelo el procesado la cogió del cuello *“la estaba asfixiando”* para que no gritara, indicó que no le vio intención de robar porque cuando él encontró el dinero siguió y agregó: *“si fuera así para él quererme robar ahí mismo me había dicho: deme el bolso, le tiro lo que llevaba y ya, pero él no tenía intención de robarnos, tenía intención de hacernos daño, eso es lo que más me ofusca que él haiga (sic) hecho eso conmigo y con mi niña”*.

Manifestó que una vez puso la denuncia la llevaron al hospital y la atendió una médica que les revisó *“las aporriadas (sic)”* a ella y a la niña.

4.7 De acuerdo con el anterior testimonio y las circunstancias narradas por la ofendida Marisol Cuají Rojas, se puede predicar probado el contexto de los acontecimientos juzgados, al establecerse, desde la perspectiva de la propia víctima como el 13 de octubre de 2017 Wildeman Avendaño Presiga la abordó a ella y a su pequeña hija y mediante forcejeos la intimidó y le hurtó el dinero que llevaban consigo. Sin embargo, en punto de la intención libidinosa del acusado, se advierte en la declaración algunas manifestaciones que llaman a la duda. Veamos:

Dijo la declarante que una vez fueron abordadas por el acusado éste las arrastró a ella y a su pequeña hija hasta un desecho que da a la carretera principal, por un cafetal, una

⁵ Minuto: 47:00

vez caen al suelo, Avendaño Présiga se posa encima de ella, sujeta sus piernas con las de él, le coloca una mano en el cuello, como si la estuviese ahorcando, de esa manera lo señaló la deponente en el juicio, mientras que con la otra, tocó el pantalón de la niña, lo desabrochó y la manoseó, sin señalar en qué parte del cuerpo de la menor fue que exactamente lo hizo. Luego se apoderó de un dinero que “*se le salió*” a su descendiente de sus botas, para enseguida, y no satisfecho con el efectivo hallado, continuar en la misma posición, es decir sobre ella, realizándole tocamientos en sus senos, mientras le besaba el cuello e intentaba hacer lo mismo con sus labios y al mismo tiempo, continuó con los tocamientos en el cuerpo de la menor.

Ese relato tal y como fue descrito por la propia ofendida carece de coherencia externa, pues no halló corroboración en las demás pruebas practicadas en el juicio. Además, luce inverosímil en algunos de sus apartes, al no explicarse la Sala cómo el procesado pudo desplegar todas esas acciones a la vez en contra de dos personas y con la presión que conlleva cometer un delito de esta naturaleza a plena luz del día, arriesgándose a ser descubierto por algún transeúnte o vecino del lugar o a que la ofendida aprovechara el momento en que tomó el dinero y desplegara cualquier acto dirigido a proteger su vida y la de su pequeña hija.

Entonces, si bien es cierto, este Tribunal no pone en tela de juicio, que la ofendida en realidad vivió momentos de angustia en manos del procesado, quien valga decir reconoció haberla acechado para hurtarle sus pertenencias, tal y como se verá más adelante; también lo es que sí queda en el plano de la duda razonable que éste haya desplegado en contra de la ofendida y de su pequeña hija actos sexuales dirigidos a satisfacer sus propios deseos o, en su lugar, a requisarla en busca de algún objeto de valor. Llama la atención que las acciones descritas bien pueden confundirse con aquellas que realiza el autor de un hurto en la humanidad de su víctima cuando explora el lugar en el que posiblemente se guardan los objetos de valor. Más claro, que el acusado auscultara el pecho o cualquier otra parte de su cuerpo de la ofendida puede encontrar explicación en el hecho de que estuviera buscando dinero, ese forcejeo descrito por la mujer en el contexto de un hurto, no puede ser el sustento del delito de

actos sexuales violentos dirigidos en contra de ella y de su hija de quien solo atinó a decir en el juicio que el acusado “*empezó disque a tocarla, a tocarle el pantalón, a desabrocharle el pantalón y era manosiándola (sic)*”; se trata de una maniobra en grado sumo compleja para ejecutarla con una mano y enfrentando la resistencia activa de sus destinatarias. Por tanto, aunque la Sala ha reconocido que con el testimonio de la víctima es posible fundamentar un fallo de condena, esa versión inculpativa debe contar con corroboración periférica que la acompañe, misma que en este caso brilla por su ausencia.

4.8 También se presentó como testigo de cargo **Egidio de Jesús Bolívar Zapata**⁶ compañero permanente de la anterior deponente y padre de la menor E.Y.B.C., quien indicó:

“Yo me encontraba trabajando y me llamaron al celular de que había pasado algo, me vengo y pues pensé que estaba enferma porque venía para el hospital, entonces fui al hospital y me dijeron que no había ninguna niña ni señora con el nombre de ellas, la vuelvo a llamar al celular y me dice que está en la patrulla de la policía porque un individuo le hizo lo que le, entonces me dicen lo que sucedió, cierto. La fecha fue por ahí a mediados de septiembre, de 2017. Fiscalía: usted se enteró dónde ocurrieron los hechos: testigo: sí, eso queda aquí por Bienvenido, donde está la casa finca de Mono Paleto (...) eso fue casi llegando a la pavimentada. F: usted porqué sabe eso. T: porque ahí fue donde me indicaron ellos, el policía, lo que había sucedido, mi mujer y la niña. F: ellas qué hacían ahí. T: ellas venían a una cita médica, porque inclusive mi niña estaba enferma entonces venían ahí porque les quedaba más cerquita, porque yo vivo ahí al frentecito (sic) venía la mamá como siempre ha venido caminando por ahí y sucedió en el caso que estamos. F: díganos qué le dice su hija. T: pues mi hija lo primero que me dice es, estaba asustada claro, y me dice que un hombre había cogido a la mamá,

⁶ Audiencia de juicio oral del 2 de mayo de 2018. Minuto: 1:21:37

cierto, la había ultrajado y se le había montado encima ahorcándola y que a ella la manosiaba (sic) también que inclusive la arrastró, la manosió (sic) le desabrochó el cierrecito, el botoncito del pantaloncito, me cuenta mi niña y que ella asustadita, cierto, se quedó inmóvil, y la mamá ahí con el hombre. Entonces ya él le decía, creo que le decía a la niña que viniera dónde él y la mamá le decía que no se acercara, eso es todo lo que me contó mi hija. F: su hija le describió a esa persona: T: más o menos. F: usted lo conoce. T: no. F: don Egidio, su hija le dijo que la había tocado. T: que la había jalado (sic) de los pies que como ella llevaba unas boticas la jaló (sic) de los pies y hasta por aquí se repeló ella (se toca la espalda), entonces me dijo que un hombre malo, que la verdad es que ella estaba muy asustada, entonces ya le pregunté a mi mujer. F: qué le dijo la niña. T: ella me dijo ese hombre me jaló (sic) a mí y a mi mamá, me tocó aquí, aquí en donde lleva uno el broche del pantalón, si me entiende, el cierre, inclusive tenía hasta sucio ahí donde la había tocado. F: ¿usted la vio? T: sí. y la niña me dijo que el hombre la había desabrochado el botoncito donde estaba el pantalón cierto y que él le hacía así (llama con la mano) que viniera donde él, ella asustadita se quedó así, eso es lo que me cuenta mi hija. Yo le dije a mi hija qué le hizo el hombre y ella me mostró que le desabrochaba el pantalón y la tocaba. F: por dentro o por fuera. T: si la vaginita algo así. F: y cómo que la llamaba si la estaba tocando. T: porque me cuenta la niña que cuando él tenía a la señora mía que él le hacía a ella también (hace señales con la mano como llamando a alguien) como queriendo pues y la miraba como, cierto. F: usted dijo que cuando fue a buscarlas estaban en la patrulla, dónde. T: sí estaban en la patrulla por los lados por donde yo vivo yendo pa' (sic) Palestina, porque el tipo que hizo esto pegó pa' esos lados yendo pa' esos lados''.

En el interrogatorio cruzado⁷ la defensa le pidió que explicara si la niña estaba retirada de él o estaba cerquita y el testigo contestó:

“Cuando él le hizo eso a la niña, que ella me cuenta, ya la niña se retira después de hacerle lo que le hizo el sapo este. Sucedió eso antes de ella retirarse. Defensa: explique en qué momento la niña le contó que se retiró. T: ella me cuenta que a la mamá la cogió un hombre, un tipo, cierto incluso las cogió de aquí (se señala el cuello) arrastra la niña coge a la mujer la tira al suelo, comienza a forcejear con la mujer y la niña también ahí ¿Qué hace? Sádicamente mira a la niña, la toca, cierto, donde ella me dijo que le desabrochó el pantalón, el botoncito del pantalón y le estaba bajando el cierre, la niña posiblemente se retiró, hasta ahí me contó mi hija, me contó también lo que hizo el tipo con la mamá. D: usted manifestó que el pantalón de la niña estaba sucio en la parte del cierre, es eso cierto. T: asiente con la cabeza. D: ¿a usted le consta porqué estaba sucio ahí? T: porque la niña me contó lo que le hizo él con la mano, cierto”.

4.9 El anterior relato presenta simultáneamente aspectos que se erigen en prueba de referencia inadmisibles, mientras otros tienen la entidad de prueba directa. Es de referencia en relación con las manifestaciones que le hizo su hija menor en punto de las circunstancias que rodearon los hechos, tópicos sobre los cuales el declarante no tuvo una percepción directa, como si la tuvo en punto del estado emocional de la pequeña, de quien advirtió estaba asustada y tenía su pantalón sucio, lo que de alguna manera ratifica lo dicho por la ofendida Marisol Cuají quien narró que tanto ella como la menor fueron arrastradas por el procesado, lo que explica ambas cosas. Sin embargo, en lo demás, el testimonio, que como se dijo es de referencia, no resultó creíble ya que acudió a manifestaciones especulativas y subjetivas que no encuentran corroboración en los demás medios de prueba.

⁷ Minuto: 1:31:25

Por ejemplo, indicó que el acusado no solo haló a la menor y la tocó en “*la vaginita, algo así*”, sino que, además, miró “*sádicamente a la niña*”, circunstancias que claramente fueron adicionadas por el declarante y que la propia ofendida, testigo directa de estos hechos, ni siquiera mencionó. Estas afirmaciones son las que menguan el valor del testimonio del ciudadano Egidio Bolívar, al revelar contradicciones internas y externa sobre aspectos esenciales relevantes.

4.10 Continuando con la prueba de cargo, declararon en el juicio los policiales **Carlos Alfredo Cervantes Castillo**⁸ y **Andrés Mauricio Hoyos Sánchez**⁹ patrulleros adscrito a la Policía Nacional. El primero, recordó haber laborado el 13 de octubre de 2017 en turno de 7:00 am a 3:00 pm y que alrededor de las 10:30 de la mañana el comandante de la estación le informó por vía radial que llegarán al sector Las Colonias que hay una “*señorita con una niña y que presuntamente hay un hurto y un posible abuso sexual*”. Se dirigió al lugar y en efecto encontró a la señora con una niña en estado nervioso y luego les contó que un sujeto alto, robusto, morenito, que tenía zapatos cafés, jean azul, chaqueta o buzo café las abordó y que la había intentado “*violar*” que con una mano la tenía a ella y la apretaba del cuello y con la otra mano tocaba a la niña y que le hurtó un dinero, por eso él comunicó al cuadrante y solicitó apoyo del ejército y que, alrededor de las 10:45 los llamaron que por el sector El Bosque el ejército tenía retenido a un sujeto, el cual identificó como aquel que estaba en la sala de audiencias.

A la defensa le indicó¹⁰ que la suma encontrada al procesado ascendió a \$87.000.

El segundo, dijo haber participado en el procedimiento de captura del procesado junto con el patrullero Cervantes. En el mismo sentido que su compañero dio la descripción física de Avendaño Presiga a quien el ejército tenía retenido en el sector El Bosque. Indicó que la víctima lo reconoció en la estación de Policía.

⁸ Minuto: 1:41:10

⁹ Minuto: 1:56:45

¹⁰ Minuto: 1:49:22

4.11 Con los anteriores testimonios se corrobora no solo el estado de nerviosismo en el que se encontraban las víctimas, mismo que la Sala no pone en duda, sino además el hurto que fuera cometido por el acusado a quien se le encontró en su poder el dinero de la ciudadana Cuají Rojas. No obstante, la manifestación de que *“la había intentado violar, que con una mano la tenía a ella y la apretaba del cuello y con la otra mano tocaba a la niña”*, es de referencia, pues tienen relación con los hechos narrados por la ofendida, misma que declaró en el juicio.

4.12 Finalmente, como único testigo de la defensa, declaró el acusado **Wildeman Avendaño Presiga**¹¹ quien decidió renunciar a su derecho a guardar silencio. Recordó que los hechos por los cuales está siendo investigado ocurrieron el 13 de octubre de 2017, dijo que lo están incriminado de hurto y presuntamente de un abuso, pero que, su real intención era *“robarle a la señora”* y narró los hechos de esta manera:

“Yo en ese momento me desplazaba hacia abajo iba para los lados de El Bosque entonces yo vi que venía esa señora por el camino, yo iba muy mal yo no tenía plata, estaba muy mal de plata, entonces yo la vi desde que venía más abajito de la carretera y vino un pensamiento en mí: esta señora tiene que traer algo, entonces me metí por el camino, en el momento ella pasó y yo me le bajé por ahí 3 metros hacia abajo, entonces yo me devolví porque decidí robarle, cuando yo procedí a cogerla le eché mano de un brazo y ella empezó a gritar entonces yo la cogí de acá del cuello para que no gritara, en ese momento ella forcejeo y se fue al suelo, cuando se fue al suelo yo le puse la rodilla encima de la cadera, no más la mera rodilla, porque ella me está acusando de que yo me le monté encima y de que yo la besuquiaba (sic) cosa que no fue así. En vista de que yo la cogí a ella la niña empezó a gritar y tiró como a salirse para la vía, en ese momento bajaban dos carros con mucha

¹¹ Audiencia de juicio oral del 13 de junio de 2018. Minuto: 09:46

velocidad entonces yo estiré la mano y cogí la niña de un brazo entonces la niña se resbaló y en ese momento que la niña se resbaló, la señora llena de miedo me dijo: no, no nos haga nada, yo le doy una palta que llevo en las botas y yo incluso ni le había dicho a ella que era un robo, porque del mismo susto cuando ella empezó a gritar yo me (...) de miedo y ya cogí la niña y le dije a la niña hágase a un lado, la niña se hizo a un lado y ella me dijo yo le doy la plata que llevo en las botas y ya ella le quita las boticas a la niña, porque ellas como que venían de la vereda, entonces yo cogí la bota y la voltié (sic) y si estaba la plata dentro de una bolsita negra, entonces yo cogí la plata y le dije: bueno te voy a soltar pero no vaya a gritar y me dijo no hágale que yo no grito, yo la solté y salí corriendo y ella está comentando cosas que no son porque ella dice que se extendió por 15 minutos, en donde le va a caber en la mente a uno si uno va a hurtar o a hacer algo así en tan poco tiempo, ella dice que en 15 minutos la tocaba ella y tocaba la niña.

Otra cosa, en la primera versión de la primera audiencia que tuvimos ella dice que con una mano la cogí a ella y con la otra tocaba a la niña, cosa que no fue así porque yo a la niña la cogí del mero brazo y cuando ella me dijo que me daba la plata que llevaba en las botas yo la solté y le dije a la niña hágase a un lado y yo me estiré y cogí la bota y la sacudí y al ver que cayó una bolsita la abrí la rompí y vi la plata ahí, lógicamente yo ahí mismo cogí la plata y salí corriendo, ese fue el único movimiento que yo hice y la señora me está acusando de muchas cosas.

Defensa: Wildeman usted dice que ya las botas se las había quitado a la niña.

Testigo: si ya ella le había quitado las botas a la niña. D: dónde estaban las botas. T: en las escalitas, porque es que eso fue acá en Bienvenidos al frente de Mono Paleto así donde inician las escalitas pa´ bajar al puente colgante, eso fue ahí en todo el inicio de las escalas y ya las boticas estaban a un lado, la señora ya le había quitado las botas a la niña, ya le estaba empezando a poner los zapaticos de salir, entonces ya cogí la bota y la voltié (sic), cuando yo cogí la plata le dije bueno te voy a soltar, pero no vas a gritar y ella dijo no hágale que yo no grito, pero no me haga nada y la solté y salí corriendo,

eso fue cuestión de un minutos 2 minutos, pa' que ella venga a argumentar aquí y a quererme dañar mi vida diciendo que no que me extendí por 15 minutos y que yo la tocaba a ella y la manosiaba (sic) a ella, está diciendo cosas que no son, en las audiencias que hemos tenido ha dicho varias versiones, miré que en la segunda decía que yo le pasaba la lengua no sé por dónde cosa que no fue así, en la tercera está diciendo que dizque yo la manosiaba a ella y manosiaba (sic) a la niña y que me extendí por 15 minutos. En ningún momento ni la toqué a ella ni toqué la niña, porque a ella del mismo miedo que le dio me dijo donde llevaba la plata yo ni siquiera le había dicho que era un hurto, mi intención si era robarla, plenamente robarla porque yo estaba mal no tenía plata.

D: usted dice que fue ahí en las escalitas, puede decir más o menos qué espacio hay entre donde usted encontró las botas y la cogió a ella a la vía.

T: póngale por ahí un metro, metro y medio, incluso cuando yo cogí la niña del brazo fue porque ella intentó correrla hacia afuera y en ese momento pasaban dos carros con mucha velocidad, entonces a mí me dio mucho miedo, tanto que me cogieran a mí en ese momento o que la matara a la niña un carro, entonces ahí fue donde yo jalé (sic) la niña así y se resbaló y se llenó de miedo también y me dijo: hay no me le vaya a hacer nada a la niña, yo le doy una plata que llevo aquí en las botas y yo ahí mismo le dije donde las tenés (sic), en las botas, yo cogí la bota la voltié (sic) y salió la platica en una bolsa, yo rompí la bolsita y cuando vi el dinero le dije te voy a soltar pero no vas a gritar.

D: o sea que los hechos transcurrieron en dónde. T: al frente de Mono Paleto en Bienvenidos. D: pero en el camino. T: no eso fue sobre las escalas, ella dice en la audiencia que yo la jalaba (sic) del bolso y que la arrastré yo no sé cuantos metros hacia abajo, eso es falso porque yo en ningún momento la arrastré a ella ni a la niña. Otra cosa que para mí los que la están induciendo para que diga lo contrario es el mismo agente de policía que la cogió a ella cuando llamó a la policía porque incluso a él en el comando, no Cervantes sino el otro, me dijo ojalá te embalen, para mí que fue él el que le indució

(sic) todas esas cosas a esa señora para dañarme mi vida a mí, yo reconozco que le hurté esa plata, pero en ningún momento ni soy así ni nunca haría una cosa así para dañarme mi vida así doctora. D: usted nos dijo que había transcurrido uno o dos minutos. T: si eso fue cuestión póngale un minuto o dos minutos es que yo con qué tiempo y yo que me impavidé de miedo cuando la señora gritando yo en que momento iba a tener tiempo de hacer todas esas cosas y mucho menos mi intención era esa, yo no soy así. D: cuando usted coge la plata y dice que la suelta y se va, hacía a donde se dirige. T: yo me tiré hacía abajo, porque yo viví en una casita al otro lado del puente, yo viví con una mujer de aquí de Andes, ella se llama Claudia Patricia Ortiz ya hace tres semanas me había separado de ella por problemas con una hija de ella que llevaba muchos manes a la casa entonces a la tercera semana fue cuando ocurrió esto, entonces yo me tiré hacia ese lado y me metí a esa casa donde yo vivía y ya como a las 3 horas salí y cogí el bus que baja hacía El Bosque y me iba a tirar pa' la Italia, que era donde estaba trabajando una semana antes. Ya iba yo llegando a una parte que hay un barranco ahí en El Bosque subiendo pa' la Italia, cuando ya iban dos motos y yo sereno, normal cuando me dijeron quieto, llegaron dos manes de civil, ya después me di cuenta que eran del ejército porque yo fue militar también yo conocí esa pistola y dije no esa gente son oficiales de la policía o el ejército y yo sentí miedo porque sabía lo que había hecho, un hurto, y me dijo tírese al suelo y yo le dije qué pasó hermano me cogieron el bolso me lo requisaron, sacaron la camisa con la cual yo había hurtado a la señora porque yo no la había botado y ahí mismo dijo: sí éste es y llamó a la policía y ya cuando la policía llegó me dejaron en manos de la policía, me llevaron al comando y en el comando, dentro (sic) uno de los agentes y me fotografió y él salió pa' afuera a mostrarle la foto a la señora o qué.

Otra cosa en la última audiencia que tuvimos acá la señora dice que ella estuvo dando vueltas en la patrulla por allá buscándome para ese lado de Palestina, entonces yo digo una cosa, si fuera como ella dice, como

argumenta que yo la toqué a ella y toqué la niña, entonces porque siguió así y no arrancó de una vez pal´ hospital a ver que le encontraban.

(...)

4.13 Esta declaración, que no fue controvertida, coincide en algunos aspectos esenciales con la ofrecida en el juicio por la señora Marisol Cuají, sobre todo en lo relacionado con el escenario de los acontecimientos y la forma violenta del abordaje. Sin embargo, difiere en torno a la intencionalidad lúbrica de los tocamientos realizados, pues de un lado, se tiene la versión del procesado dirigida a explicar que éstos fueron los necesarios para intimidar a las víctimas y despojarlas de sus bienes y de otro, acorde con la exposición de la ofendida, fueron libidinosos y tendientes a satisfacer los deseos sexuales del enjuiciado, empero, para demostrar lo anterior acudió a una serie de imprecisiones que le restaron credibilidad a sus dichos dada la escena descrita, al atribuirle al acusado la capacidad de realizar múltiples acciones a la vez, ello sin olvidar que las mismas no encontraron corroboración en los demás medios de convicción allegados al juicio.

Al margen de lo anterior, afirmó el fallador que las contradicciones entre la víctima y el acusado le otorgan credibilidad a las manifestaciones de aquella sobre la de este. Empero, el a quo no se esfuerza en construir u ofrecer alguna razón adicional o argumento que desarrolle aquel enunciado. Por el contrario, es común que estas dos versiones se enfrenten diametralmente. En este asunto, por el contrario, se advierte una coincidencia casi plena, con la salvedad propia de los actos que permiten la adecuación típica en el punible por el cual se convocó a juicio. En fin, el enfrentamiento entre estas versiones no es razón suficiente para decidir en condena.

En dirección semejante dijo el a quo que la acción del acusado de sacar a las víctimas de la vía por la que transitaban demuestra sus intenciones libidinosas. Este aserto tampoco es admisible con el carácter categórico que lo sugiere el fallador. Por el contrario, es común a ambas delincuencias, pues su fin no es otro que ocultar

la acción a la vista de los transeúntes de la vía. Más claro, con otra intención la acción es igualmente aceptable o explicable.

Finalmente, llama la atención del Tribunal el que la víctima refiere que la legista le revisó las “*aporriadas*” que le ocasionó el acusado sin mencionar ningún tipo de pesquisa propia de una agresión sexual.

En apretada síntesis de lo hasta aquí considerado, se tiene que en el presente asunto se cuenta con prueba directa representada por la versión de la ofendida que refleja cierta solidez respecto del contexto de los hechos, pero no, respecto del carácter lúbrico de los tocamientos que el acusado realizó en su cuerpo y en el de la menor E.Y.B.C., sin que las demás pruebas practicadas en el juicio corroboren esa intencionalidad, en tanto se pretendió ratificar sus dichos a través de la versión inculpativa del padre de la niña, misma que resultó ser de referencia, lo que de alguna manera da lugar a una duda razonable en punto de la responsabilidad del procesado Wildeman Avendaño Presiga en los delitos de actos sexuales violentos agravados, contexto en el cual se ve obligada esta Sala a revocar el fallo recurrido.

En otros términos, no es que se haya demostrado en el juicio que el hecho denunciado no existió, esta es una afirmación que esta Corporación no puede hacer sin lugar a equivocación, lo que sucede es que la prueba arrimada no pudo superar la duda que en torno a la responsabilidad del acusado por lo que, resulta absolutamente arriesgado y susceptible de error, imponer una pena tan severa como la que impuso el *a quo* con un sustento probatorio tan precario al dejar de lado las inconsistencias de la prueba de cargo. Por todo lo anterior, la decisión será revocada, y como consecuencia de los anterior, se absolverá al ciudadano **Wildeman Avendaño Presiga** como presunto autor del delito de actos sexuales violentos agravados en concurso, presuntamente ejecutados en contra de Marisol Cuají Rojas y la menor E.Y.B.C.

Por mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrado justicia por mandato de la Constitución y la ley
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo condenatorio de fecha, origen y contenido indicados.

SEGUNDO: ABSOLVER al ciudadano **Wildeman Avendaño Presiga**, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, de los cargos que en su contra formulara la Fiscalía General de la Nación, a través de su delegada, a título de autor del delito de actos sexuales violentos agravados en concurso, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: líbrese por la Secretaría de esta Sala la correspondiente orden de libertad, la cual materializará la autoridad penitenciaria, siempre y cuando el procesado no tenga requerimiento judicial que lo impida.

CUARTO: Devuélvase esta actuación a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, donde se realizará el trámite de notificación, conforme a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo segundo del Acuerdo PCSJA22-12025, del 14 de diciembre de 2022, del Consejo Superior de la Judicatura.

Contra esta providencia solo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**

*

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

***Nota:** Invocando el Acuerdo PCSJA22-12025 del 14 de diciembre de 2022, no suscribe la providencia.

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

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

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

Código de verificación: **0ada637f7fd9a3eaf708a698eb960ef04821975e443f936f27c60f8e7a8161bd**

Documento generado en 21/11/2023 09:48:49 AM

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