

Proceso: 05 040 61 00116 2016 80192
Delito: Actos sexual abusivo con menor de 14 años
Acusados: Marco Antonio Gómez Velásquez
Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia
Objeto: Apela sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 036-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto Aprobado según Acta Nro. 143

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

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*”, y de conformidad con el art. 178 de la Ley 906 de 2004, procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Marco Antonio Gómez Velásquez en contra de la sentencia del 28 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia, que lo halló penalmente responsable del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en el que aparece como víctima B.S.S.P.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Los hechos jurídicamente relevantes pueden resumirse como sigue:

“Fueron denunciados por la señora Adriana Milena Prisco, madre de la niña víctima en la Comisaría de Familia de Anorí, relatando que en varias ocasiones, la última vez y suceso que desató la denuncia inmediata, el 5 de diciembre de 2016, en la residencia de su señora madre Rubiela Gil, ubicado en la calle arriba de la zona urbana, el compañero de aquella, Marco Antonio Gómez Velásquez, abusó de su hija B.S.S.P. de 7 años de edad. El acontecimiento de lo relató la niña el mismo día del hecho, cuando ya estaba en compañía de su madre, quien la había recogido de casa de su abuela. Una vez fue al baño, sintió al orinar ardor y vio sangre, mostrándole y contándole a su madre que no era la primera vez, dado que de tiempo atrás Marcos la cargaba y le tallaba su vagina con el pene, por encima de la ropa”.(Sic)

III. SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

El 11 de febrero de 2017, se solicitó ante Juez de control de garantías la orden de captura del procesado. Luego, El 19 de septiembre siguiente, se formuló imputación en contra de Marco Antonio Gómez Velásquez como autor del delito Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado por la confianza que depositaba la víctima en su agresor, en concurso homogéneo y sucesivo, en los términos del artículo 209 y 211.5 del C.P., cargos que no aceptó. Se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

La Fiscalía presentó escrito de acusación de fecha 15 de noviembre de 2017, requerimiento que se concretó de forma oral en audiencia celebrada el 30 del mismo mes, en los mismos términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 26 de enero de 2018. El juicio oral y público se agotó en sesión del 18 de septiembre de ese mismo año. El *a quo* decidió condenar al acusado en condición de autor de una sola de las conductas por las cuales fue acusado, imponiéndole como pena 168 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria

La defensa apeló la decisión.

IV. LA DECISIÓN RECURRIDA

Luego de reseñar el contenido de las alegaciones conclusivas de las partes, realizó algunas consideraciones generales en punto del estándar probatorio exigido por el artículo 381 del C.de P.P. Acto seguido, precisó la razón de la agravante imputada, que sustentó en la condición del agente de “*abuelastro*” de la víctima y el hecho de estar permanentemente en su unidad familiar, lo que generaba un grado de confianza importante de la menor hacia él. Agregó que estaba probada una de las agresiones denunciadas, justamente la que ocurrió el día de la noticia criminal. En relación con las demás, consideró precaria la prueba como para soportar una decisión de condena. Descalificó el alegato de la fiscalía según el cual la entrevista de la víctima ingresada al juicio constituía prueba directa. En su lugar, la calificó como de referencia admisible, con base en la ausencia de la víctima ante la necesidad de evitar una nueva victimización. No obstante, consideró que se contaba con prueba directa que corroboraba el dicho de la agraviada. Esa condición se la asignó a la declaración de su madre, Adriana Milena Prisco Gil, quien dio cuenta de que su progenitora convivía con el acusado, que por asuntos laborales o ausencias del hogar dejaba a su hija al cuidado de aquellos. Que días antes del suceso la niña estaba con su papá y la compañera de este de paseo por la costa, que a su regreso le pidió que la dejara en casa de su mamá y del acusado. Cuando ella fue a recogerla, el mismo día de los hechos la niña le dijo que el acusado le había rozado con fuerza el pene sobre la vagina por sobre la ropa, que la conversación surgió cuando la niña sintió ardor al orinar. La revisó y le vio la vagina roja y sangre en la ropa interior. Ante esa situación llevó a la niña a la Comisaría de Familia de donde la remitieron al reconocimiento médico legal.

Agregó que esa versión fue corroborada sin incoherencias en la entrevista rendida por la niña. Y lo propio aconteció con el reconocimiento sexológico que le fuera practicado, en el que se observó un eritema o enrojecimiento difuso en los labios mayores y menores de la vagina. Lo que permitió al profesional de la medicina que realizó la pericia descartar el acceso carnal, pero admitir como probable cualquier otro tipo de manipulación.

Calificó a estos deponentes como testigos directos.

Descalificó el argumento defensivo que señalaba al padre de la menor como el agresor, por haber estado con ella en el paseo a la costa, al considerar la ausencia de cualquier elemento que apuntara en esa dirección. Adicionalmente la médico legista dijo que el eritema desaparecía luego de 12 horas, lo que impedía que hubiese sido el padre el autor de la conducta. También descalificó la hipótesis que explicaba el eritema vaginal en que la niña estuviera quemada, pues la médica no le asignó la condición de causa probable.

Invocó la declaración del acusado en su propia causa para destacar cómo admitió haber estado en su lugar residencia el día de los hechos, contrariando a su compañera Rubiela Gil abuela de la ofendida, quien señaló lo contrario. También admitió que tenía confianza con la niña, quien se le montaba encima y le proponía juegos.

Tampoco encontró probada la hipótesis que sugirió la defensa acerca de una malquerencia de Adriana Milena Prisco, la madre de la víctima, en contra del acusado, justamente por la relación que este sostenía con su mamá. De ser así, la mujer no dejaría, como solía hacerlo, a su hija al cuidado de su abuela y del acusado.

Tampoco consideró relevante que la niña contara a todo el que se encontrara lo que le había sucedido con el compañero de su abuela.

Con base en lo anterior concluyó como debidamente demostrada la responsabilidad del acusado por uno solo de los hechos imputados.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El defensor del acusado sustentó su inconformidad en términos que pueden resumirse como sigue:

Resaltó el sentido de la decisión en cuanto solo condenó por una conducta de las imputadas, para concluir que, si el juez admitió que no se probó el concurso, lo correcto era que profiriera decisión absolutoria, con base en esa misma duda razonable. La condena resulta incongruente.

Alegó que la sentencia se sustentó única y exclusivamente en prueba de referencia. En su opinión el juez reconoció esa calidad a la entrevista rendida por la víctima a la psicóloga de la comisaría de familia y al médico legista.

En la misma dirección criticó que no se haya acudido a la prueba anticipada como lo sugiere la Corte Suprema de Justicia en alguna de sus decisiones. Al no hacerlo se vulneró el derecho de defensa de su cliente, a impedirle controvertir directamente la versión de la ofendida.

Insistió en endilgar la autoría del abuso al padre de la menor con quien se encontraba de paseo en la costa. Criticó que no se le haya investigado. En su defecto, la fiscalía se fue en contra del acusado por el sólo hecho de no ser del agrado de la madre de la menor.

Manifestó que la perito de medicina legal no pudo concluir que las manchas en la ropa interior de la niña fueran de sangre, incertidumbre que impide hablar de certeza.

También insistió en que el día de los hechos su cliente no estaba en el lugar de su ocurrencia, tal como lo demostró su mujer, abuela de la víctima cuando dijo que había salido desde el día anterior a peleas de gallos y había regresado el lunes después de que la niña abandonó su casa.

Destacó que la *a quo* haya admitido la ausencia de valoración o demostración del daño psicológico sufrido por la menor con la conducta, omisión que no puede desencadenar efectos adversos a su cliente.

Con fundamento en lo anterior deprecó la revocatoria de la condena para que en su lugar se absuelva a su representado.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Según lo establecido 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*”, y de conformidad con el artículo 34.1 del CPP, el Tribunal es competente para conocer de este caso dado que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juzgado penal de circuito.

2. El Tribunal responderá en un orden lógico los reparos postulados por la defensa. Así, primero se ocupará del alegato que acusa la decisión de incongruente. Para el efecto, traerá una muy breve reseña acerca de este principio rector del proceso penal con el fin de demostrar el carácter equivocado de la postulación defensiva. Superada esa primera etapa, entrará a responder los reparos consistentes en que la decisión se fundó única y exclusivamente en prueba de referencia. En esa dirección, transcribirá apartes de jurisprudencia que tratan el tema, así como de aquellas que se ocupan de la prueba de corroboración como complemento esencial de aquella, insumos que aplicará al caso concreto para responder los reparos del defensor. Al final se responderán las críticas que hacen relación a la valoración probatoria.

Del principio de congruencia

3. El principio de congruencia es una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin que pueda sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción¹.

De ahí que deba existir congruencia personal, fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia; las dos primeras son absolutas, ya que el juez en ningún caso puede absolver

¹ **ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA.** El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

o condenar a persona distinta de la acusada y tampoco puede hacerlo por hechos distintos a aquellos por los que fue convocada a juicio; la jurídica, en cambio, es relativa, pues en casos excepcionales el juez puede variar la calificación que la Fiscalía le dio a los hechos siempre y cuando i) se respete el núcleo fáctico, ii) se trate de un delito del mismo género, iii) la nueva calificación sea favorable al acusado y iv) no se lesione el derecho de defensa.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el principio de congruencia contenido en el artículo 448 del C. de P. Penal se quebranta por acción o por omisión cuando *se “i) se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en la audiencia de formulación de la acusación”*².

Del caso concreto

4. En el presente asunto la fiscalía acusó por un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles constitutivas de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Ese contenido fue propuesto en la audiencia de formulación de imputación, reproducido en el escrito que llamó a juicio al acusado, en la formulación oral de aquel requerimiento y finalmente en las alegaciones finales presentadas por el acusador. Eso significa que la judicatura estaba facultada para fallar en esos mismos términos, por el número de agresiones que en su criterio hayan sido probadas en el juicio. De ninguna manera tenía que fallar en condena por todas y cada una de ellas y, en sentido contrario, el que no considerara probadas algunas, no significa desde ningún punto de vista, como lo sugiere la defensa, que estuviera compelido a absolver por todos, incluso por aquellas cuya ejecución se demostró a cabalidad en el juicio. Esa es una hipótesis que desconoce los principios básicos del proceso penal vigente.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 44287 del 25 de mayo de 2015.

Adicionalmente, para ratificar lo acabado de concluir, basta otear las hipótesis de violación o desconocimiento que del principio de congruencia ha identificado pacíficamente la jurisprudencia, para concluir que, entender probada una sola de las agresiones por las que se acusó y condena por ella, no constituye violación a la congruencia que ha de existir entre acusación y sentencia. En este caso, no se condenó por hechos o delitos no incluidos en la acusación o respecto de los cuales no se haya pedido condena, tampoco se dedujo circunstancia de mayor punibilidad o específica de agravación punitiva ni se dejó de considerar una de menor punibilidad que hubiese sido incorporada en el requerimiento fiscal.

En conclusión, la *a quo* falló en los términos en que la autorizaba la ley, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

De la prueba de referencia

5. El sistema penal de juzgamiento vigente se enmarca dentro de una tendencia acusatoria, caracterizada esencialmente por principios como el referido en el artículo 16 de la ley 906 de 2004 de acuerdo con el cual “**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**”. No obstante, ese mismo ordenamiento consagra y admite la prueba de referencia como excepción al principio en mención³.

La prueba de referencia ha sido definida jurisprudencialmente como una declaración, rendida por fuera del juicio oral, presentada en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos del tema de prueba cuando no es posible su práctica en el juicio. Así, es claro que el concepto examinado parte de la no disponibilidad del testigo. Acerca del procedimiento para su incorporación ha dicho la corporación de cierre:

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y

³ Artículos 437 y ss

contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente⁴.

Sobre la admisión como prueba de referencia de declaraciones anteriores de niños víctimas, la ley 1652 de 2013 incorporó un literal adicional al artículo 438 del C. de P.P. que regula las hipótesis en que esa prueba resulta admisible en los siguientes términos:

e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Así las cosas, sólo basta con que la fiscalía afirme que la víctima menor de edad no comparecerá al juicio, para admitir como prueba de referencia su declaración anterior. Ello no significa que esa declaración tenga el mismo valor de la prueba practicada en juicio. Su valor seguirá siendo menguado e insuficiente para soportar por sí sola una decisión de condena. Las razones de esta limitación, plasmada en el artículo 381 ibidem, han sido expuestas por la corte en los siguientes términos:

La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (art.379), por virtud de lo cual se limita a las hipótesis en las que el testigo no se encuentra disponible para declarar en el juicio. Esa naturaleza excepcional obedece a que la declaración foránea lesiona, principalmente, la posibilidad de confrontación del testigo, siendo esta una garantía procesal fundamental de la defensa (arts. 250-4 constitucional, y 8 lit.K y 15 del C. de P.P.). Por esa misma razón es que adicionalmente el artículo 381 dispone que “la sentencia condenatoria no

⁴ CS de J sentencia 44.950 de 2017

podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”. Así se explicó en la SP3332-2016, mar.16.rad.43866.⁵

A fin de enfrentar la situación que se presenta con el valor menguado de la prueba de referencia, la Corte decantó el concepto de prueba de corroboración periférica, como complemento esencial del valor probatorio de aquella, a efectos de cumplir con el estándar probatorio del artículo 381 citado. Esto dijo en la decisión cuyo aparte se acabó de transcribir:

Sobre la prohibición de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia (art. 381.2), la SP3332-2016, mar. 16, rad. 43866, en postura reiterada en la SP2709-2018, jul 11, rad. 50637; estableció que tal restricción se supera con «la denominada prueba de corroboración, incluso la de carácter “periférico”», sobre la cual explicó:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado⁶; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual⁷; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

En esta línea, el Tribunal Supremo de España expuso:

[t]ales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle

⁵ CS de J sentencia del 12 de febrero de 2020, radicado SP399-2020, 55957

⁶ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

⁷ ídem

que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad⁸.

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

Así las cosas, las declaraciones anteriores al juicio rendidas por menores de edad víctimas de delitos contra la libertad y formación sexuales constituyen prueba de referencia admisible en los casos en que la fiscalía decide no llevarlos al juicio para evitarles una nueva victimización; en ese orden, esas declaraciones tienen un valor probatorio menguado, pues no pueden por sí solas sustentar una decisión de condena; a fin de alcanzar el estándar probatorio establecido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de un fallo de condena, se hace necesario que aquella prueba de referencia, representada en la declaración anterior de la víctima menor de edad, esté acompañada por prueba de corroboración periférica, que no es otra que aquella que proviene de personas que no fueron testigos directos de los hechos, pero sí lo fueron de circunstancias cuya ocurrencia permite inferir la real ocurrencia de aquellos.

Del caso concreto

6. En el *sub examine* la *a quo* asignó, sin decirlo, la condición de prueba de corroboración periférica a la declaración de la madre de la víctima, señora Adriana Milena Prisco Gil, en la medida en que la mujer, a pesar de no haber presenciado el

⁸ ATS 6128/2015

abuso ocurrido el 5 de diciembre de 2016, percibió por sus sentidos la convivencia que para esa data y desde 4 años atrás, existía entre el acusado y su madre Rubiela Gil, época durante la cual en varias oportunidades dejó a su hija B.S.S.P. en la residencia de la pareja bajo su cuidado. También señaló que el día de los hechos pidió al padre de la niña que la dejara en casa del acusado y su madre, pues llegaban de un paseo y ella no se encontraba disponible para recibirla. Que una vez la recogió y llegaron a su residencia, la niña entró al baño y se quejó de ardor al orinar, razón por la cual le vio la ropa interior y pudo ver la vagina enrojecida y sangre en los interiores. Todo lo acabado de describir, fue percibido directamente por la declarante, así como la manifestación de su hija endilgando la autoría de la agresión al compañero de su abuela materna.

Esa percepción directa de la testigo, permite, primero, construir un indicio de oportunidad en contra del acusado, pues residía en el lugar en que B.S.S.P. dijo haber sido agredida. Morada en que la menor se quedaba en ocasiones, como el día de los hechos. Pero, además, apoya el dicho de la víctima, pues percibió su molestia al orinar, así como las huellas en sus genitales que luego el legista identificó como compatibles con la modalidad de agresión descrita. Además, escuchó de boca de su hija el señalamiento que hizo del autor del agravio. En palabras de la Corte, aquellas percepciones directas corroboran el dicho de la ofendida y no son prueba de referencia pues hacen relación a hechos y circunstancias percibidos directamente por la testigo.

La misma condición de prueba de corroboración le asignó la *a quo* al dictamen sexológico de medicina legal realizado por la médico Sara Maitté Trujillo, en el que advirtió la existencia de un eritema difuso, que no es otra cosa que un enrojecimiento en los labios mayores y menores de la vagina de la niña, huellas que entendió compatibles con la descripción que de los hechos ofreció la víctima. Se itera, se trata de una percepción directa de la declarante.

No está demás adicionar el hecho de que el procesado admitió haber estado en casa para el día 5 de diciembre de 2016 y tener un trato cercano y lleno de confianza con la víctima, quien, con frecuencia se le echaba encima, le pedía dinero y le proponía juegos. Con lo cual se tiene un nuevo indicio de oportunidad que ha de ser interpretado y evaluado en conjunto con las demás pruebas arrimadas al juicio.

Así las cosas, no cabe duda acerca de la existencia de prueba directa e indirecta que corrobora la versión de referencia de la ofendida y permite sustentar el fallo de condena que profirió la *a quo*. Esta conclusión descalifica la censura postulada.

7. Criticó la defensa que la fiscalía haya acudido a la prueba de referencia en lugar de haber optado por una prueba anticipada que garantice plenamente los derechos de su apadrinado. Con ese proceder entendió como violentados sus derechos.

Al respecto, es cierto que la declaración anticipada de la víctima es una opción viable cuando no se quiere llevar a juicio por el riesgo de revictimizarla. Sin embargo, debe precisarse que se trata de una opción entre varias, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia⁹. Por esa razón no puede imponerse una suerte de tarifa legal en lo que a su práctica se refiere. El proceso penal está regido por el principio de libertad probatoria¹⁰ que permite a la parte elegir el medio con el cual demostrar los hechos que le resultan jurídicamente relevantes o desvirtuar los de su contraparte. En esa elección asume y hace propios los riesgos que ella represente. Por ejemplo, si acude a prueba de referencia, corre el riesgo de no contar con prueba de corroboración periférica que la complemente. Será de su resorte cumplir con esa carga de probar, so pena de sufrir las consecuencias. Esa elección no atenta contra los derechos del acusado, pues las restricciones que sufre en su derecho a la confrontación, se ven compensadas con el carácter menguado de la prueba, tal como se destacara atrás.

Así, no le asiste razón al inconforme.

8. Se duele la defensa de que no se haya investigado al padre de B.S.S.P., quien estuvo con ella en el paseo a la costa y momentos previos a aquel en que la dejaron en casa de su abuela. Esta afirmación no controvierte los argumentos expuestos por la *a quo*

⁹ De este modo se ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la fiscalía diversas posibilidades para aportar al proceso la declaración de un niño o niña que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: i) hacer uso de la prueba anticipada; ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia; y iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral. CS de J, sentencia del 23 de noviembre de 2022, radicado SP3960-2022, 58.476

¹⁰ **ARTÍCULO 373. LIBERTAD.** Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

en relación con el tema, por el contrario, se limita a reiterar lo que expusiera en sus alegatos de conclusión, proceder que lejos está de constituir una adecuada sustentación, misma que la jurisprudencia, ha definido de la siguiente manera:

En efecto, el recurso de apelación impone a la parte impugnante la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador en la decisión recurrida, labor en la cual le es exigible que haga manifiestos los argumentos de hecho y de derecho por los cuales estima errada la postura del funcionario de primera instancia.

*Por ello, ha dicho invariablemente la Sala, con el propósito de sustentar en debida forma el recurso **no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación.** Por el contrario, **se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad.***

Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas.¹¹(destacado por el Tribunal)

En este caso la defensa presentó en sus alegatos conclusivos el argumento que sugería la responsabilidad del padre en el abuso sufrido por B.S.S.P. Ese argumento fue respondido en la sentencia. Esa respuesta debió ser controvertida en la sustentación de la alzada. Si en lugar de controvertirla o atacarla argumentativamente, el censor insiste en el argumento inicial, claro resulta que la respuesta plasmada en la sentencia conserva su vigencia. Para el caso, la *a quo* consideró que no había prueba alguna que apuntara en dirección al padre de la ofendida como autor del crimen, además de que el dictamen del perito que realizó la valoración sexológica dijo que los hallazgos observados en los genitales de la niña desaparecían en 12 horas, lo que hacía imposible que su padre hubiese sido su causante. Estas son las razones en contra de las cuales el inconforme debió dirigir sus reparos, demostrando su carácter equivocado. Al limitarse a reiterar el argumento inicial sin controvertir el plasmado en la sentencia dejó de plantear un debate que deba ser resuelto por esta instancia. Mas claro, no desvirtuó la presunción de acierto que ampara a la decisión recurrida.

¹¹ CS de J, AP1928-2019, Radicación N.º 55299 del veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

9. Puso de presente el defensor que no se demostró que las huellas en la ropa interior de la niña correspondieran a sangre, incertidumbre que en su opinión da lugar a una duda insuperable que debe ser absuelta en favor de su cliente. Este es un argumento inaceptable. Estas las razones: Primera. La sentencia no afirma lo contrario, esto es que las referidas huellas correspondieran a sangre de la víctima. Luego ese no fue un argumento para concluir la responsabilidad de Gómez Velásquez. Y, segunda. Esa omisión probatoria no hace desaparecer la versión de la niña, frente a la cual el togado no plantea reparo distinto que su calidad de prueba de referencia, pues nada dijo en punto de su contenido que además fue corroborado con la conclusión del legista que le realizó valoración sexológica. Luego, la afirmación del inconforme aparece insustancial.

10. A la misma conclusión puede arribarse en punto de la ausencia de una valoración del daño psicológico sufrido por la víctima como consecuencia del abuso sufrido. Esa omisión probatoria no descalifica la versión de la víctima ni las pruebas que la corroboran. Si bien, habría fortalecido la conclusión, su ausencia no la desdibuja. El daño psicológico no forma parte del tipo penal, ni es requisito para concluir la responsabilidad del agente. Incluso hay casos en que las víctimas por una u otra razón pueden no sufrir daño psicológico.

11. Insistió el defensor, una vez más sin agregar un argumento que controvierta la sentencia, en que su apadrinado para la fecha de los hechos no estaba en su casa, con base en el dicho de Rubiela Gil, quien explicó que su compañero había salido desde el 4 de diciembre para la gallera y había regresado el lunes 5 en horas de la tarde, cuando ya su nieta no estaba. Este argumento fue respondido por la *a quo* explicando que el dicho de Rubiela Gil fue desacreditado por el propio acusado, quien precisó que el 4 de diciembre de 2016 estuvo en la gallera del pueblo a la que se dirigió desde su casa a las 2 pm y regresó a la 1:30 de la madrugada y fue enfático en afirmar que el 5 de diciembre estuvo todo el día en la casa.

El defensor en su recurso simplemente insistió en que su cliente no estaba en la casa ignorando el razonamiento de la juez. Debió exponer si era cierto o no que su cliente

había dicho lo que la juez dijo o cuál fue la razón para que manifestara lo que manifestó.

El argumento plasmado en la defensa, puede reforzarse con la manifestación de Rubiela Gil, en el sentido de que su marido estuvo en la gallera el 4 de diciembre de 2016, es decir, el día anterior a los hechos.

El acusado al ser interrogado acerca de a qué actividad se había dedicado el 5 de diciembre, respondió que estuvo en la gallera todo el día. Sin embargo, cuando la defensa y luego la fiscalía insistieron en que precisara la fecha, fue enfático en señalar que fue el 4 no el 5 de diciembre, que este último día permaneció todo el tiempo en su casa. También admitió que la niña se le echaba encima, le pedía plata y le proponía juegos.

Una vez más, dejó de controvertir la decisión.

Finalmente, que Adriana Milena Prisco no gustaba del acusado, puede ser cierto o no. Lo relevante es que no se demostró que ese sentimiento fuera determinante de la imputación que realizara, no ella sino su hija, en contra del acusado.

12. Como apretada síntesis, la defensa no demostró que la sentencia hubiese adolecido de incongruencia respecto de la acusación. Tampoco, es cierto que se haya soportado exclusivamente en prueba de referencia. A respecto, es cierto que la versión de la ofendida detento esa calidad, pero no menos cierto es que se vio corroborada por las versiones de su madre Adriana Milena y de la médico legista que le realizó valoración sexológica. Los demás reparos, no fueron sustentados adecuadamente, razón por la cual no constituyeron una controversia que debiera ser respondida in extenso por esta instancia. Esta las razones para confirmar el proveído confutado.

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:**

CONFIRMAR la sentencia de fecha origen y sentido anunciados en el encabezado de ese proveído.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Devuélvase esta actuación a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, donde se realizará el trámite de notificación de esta providencia, 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.

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 Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **79a9fe21f80cdbe611d0cb9bcb7d445618a5feb24f70174d7b853769d028dea8**

Documento generado en 18/10/2023 09:28:49 AM

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