



## SALA PENAL

Radicado: 05-129-61-00305-2018-00055  
Procesado: Gildardo de Jesús Ríos Grajales  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años  
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 132

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa y el procesado en contra de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022, por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí que condenó al señor *Gildardo de Jesús Ríos Grajales* por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. De los hechos

Fueron narrados por la Fiscalía en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“Para el año 2017, tras separarse de su esposa, el señor GILDARDO DE JESÚS RÍOS GRAJALES, fue a vivir donde una hermana suya en la carrera 49B #94 Sur-86 del barrio la Inmaculada No. 2 del municipio de La Estrella. Durante los fines de semana llevaba hasta ese inmueble a estar con él, a su hija ERT para entonces de 3 años de edad. En alguna de esas ocasiones, en la noche, mientras dormían en una cama ambos, Ríos le quitó a la menor la pijama para darle besos y

tocarla con las manos en el cuello, en la boca, en los senos y en la vagina”.

## 1.2. De la actuación procesal

La Fiscalía en la audiencia celebrada el 25 de abril de 2019, ante el Juzgado 2° Promiscuo Municipal con función de control de garantías de La Estrella, le imputó a *Gildardo de Jesús Ríos Grajales* el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado (artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal). El imputado no aceptó los cargos y no se le impuso medida de aseguramiento debido a que la Fiscalía declinó de la solicitud.

El 6 de marzo de 2020 se formuló acusación con base en los hechos descritos anteriormente y por el mismo cargo atribuido en la imputación, en la que se adicionó el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal.

La audiencia preparatoria se realizó el 26 de agosto de 2020 y el juicio oral se llevó a cabo en varias sesiones los días 16 de febrero de 2021 —fecha en que se presentaron las estipulaciones probatorias de plena identidad del acusado y la minoría de edad de la víctima—, 23 de abril de 2021 y 28 de octubre de 2021, fecha última en que se realizaron los alegatos de conclusión, se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio —ordenándose la captura del procesado—, y se realizó la audiencia de individualización de la pena.

El 31 de agosto de 2022, se hizo la audiencia de lectura de la sentencia, contra la cual el defensor interpuso el recurso de

apelación, el que fue sustentado por escrito dentro del término legal tanto por la defensa como por el procesado.

## 2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La juez de primer grado estimó reunidos los requisitos para condenar al señor Gildardo de Jesús Ríos Grajales por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en tanto los testimonios de cargo se ubican en el plano de lo veraz, se aprecia sinceridad y fueron coherentes entre sí, sin que, a la luz de los presupuestos del canon 404 del Código de Procedimiento Penal, ningún testigo de cargo mereciera reparo; de los relatos y la actitud de cada uno durante el juicio, no es posible desprender intención dañina o aversión infundada; y no se advirtió propósito distinto al de dar a conocer lo que percibieron a través de los sentidos. Consideró que la contundencia de la prueba es tal que, sin lugar a dudas, ubica a la víctima y al victimario en el mismo espacio y demuestra que Gildardo de Jesús sí ejecutó el comportamiento ilícito cuando en febrero de 2018, resolvió violentar sexualmente a su propia hija ERT.

Señaló que en este evento quedó probada la afrenta de contenido sexual que fue llevada a cabo por el procesado, por cuanto no generó debate alguno el señalamiento directo y consistente de la víctima en la entrevista forense que ERT rindió el 7 de mayo de 2018, ante la investigadora de la Fiscalía, y que ingresó como prueba de referencia, se advierte que no hay dubitación y existe reiteración constante en la sindicación del acusado, además, corroboración periférica, principalmente por el señalamiento directo que la niña hizo delante de su abuela,

su madre, el médico legista, el psicólogo, la trabajadora social de la Comisaria de Familia de Caldas y de la psicóloga de la fundación Jugar para Sanar; por lo que se desprende claramente que fue el justiciable quien le dio besos a ERT en su boca, el cuello, los senos y la vagina, además, la tocó con las manos por encima de la ropa en los glúteos y vagina, sin duda, con fines libidinosos.

En su sentir quedó establecido que, sin asomo de malicia ni interés torticero, de manera espontánea ERT resolvió en febrero de 2018, revelar en principio ante su abuela cómo fue utilizada sexualmente por el procesado, pues contó con ingenuidad y usando términos acordes con su edad que cuando se encontraba de visita en la casa de su padre, en el momento de dormir, este por dentro de la pijama le tocó con las manos las nalgas y la “palomita”, como la pequeña le decía a la vagina, después, que le dio besos en la boca, el cuello, los senos y la vagina. Además, que la anterior experiencia le generó a la ofendida irritabilidad, dificultad para acatar instrucciones, miedo a visitar a su padre y tristeza, indicando la falladora que la corroboración periférica pudo demostrar (i) la reiteración del señalamiento del autor por parte de ERT en varios escenarios, (ii) la existencia de oportunidad en el tiempo y en el lugar, (iii) la inexistencia de motivos que condujeran a la alteración del relato, animadversión infundada o deseo de daños y, (iv) la afectación emocional ante las secuelas del abuso sexual; en tanto así lo aseguraron en el juicio la abuela, la madre y la psicóloga de la Fundación Jugar para Sanar, quienes con coherencia, coincidencia y verosimilitud adujeron que la menor

también les relató en el mismo sentido el abuso sexual que experimentó por parte de Ríos Grajales.

Con relación a la circunstancia de agravación atribuida consideró que la conducta por la que se acusó está agravada por el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal y quedó plenamente acreditada al no haber ninguna duda de que, según el registro de nacimiento y los testigos, Gildardo de Jesús Ríos Grajales es el padre de la menor ERT.

En lo atinente al testimonio de Kelly Yohjana Toro Franco, madre de la menor víctima, refirió que fue clara, concreta y coherente, dio cuenta de lo que directamente conoció, esto es, que ERT visitaba a su padre desde el viernes hasta los domingos, con lo que se prueba la circunstancia de oportunidad. Por otro lado, que, durante el año 2018, la menor cambió de comportamiento, pues se notaba irritable, triste, se negaba a tener contacto con el acusado, tenía pesadillas y juegos eróticos con los juguetes; que cuando la niña reveló el hecho comprendió su miedo y desgano por visitar al implicado, corroborándose la reiteración y sostenimiento del relato incriminador que proporcionó ERT.

Sobre la testigo Elena Amparo Franco Sánchez, abuela de la menor ERT, consideró que sus dichos fueron coherentes con lo declarado por Kelly Yohjana, resaltando que percibieron de manera directa el estado emocional de la menor ERT y lo que les reveló en febrero de 2018; señalando al acusado como quien la besó y le tocó la “palomita”, como la pequeña en su lenguaje le decía a la vagina de acuerdo con sus enseñanzas.

También aludió al testimonio de Dora Libia Ríos Grajales, hermana de Gildardo de Jesús, advirtiéndole que evidentemente se trató de una versión que trató de favorecer en parte a su consanguíneo, empero, ratificó la prueba de cargo en el sentido de que sí existió la oportunidad en el tiempo y en el espacio para que el Justiciable realizara vejámenes sexuales en la pequeña; en tanto, (i) durante el año 2017 y parte del 2018, desde los viernes hasta los domingos, ERT se quedaba en su casa con Gildardo de Jesús y, (ii) ERT y el padre compartían lecho.

Se refirió al testimonio de Yesenia María Arrubla Betancur, trabajadora social, la cual reconoció el informe de valoración socio familiar inicial en el PARD y restablecimiento del derecho del 13 de febrero de 2018, leyendo sus apartes relevantes, siendo una testigo que fue concreta y coherente, y corroboró que la menor mantuvo un relato firme y contundente en cada escenario.

En cuanto al testimonio de Darío Ferney Restrepo Rojas, psicólogo, tuvo en cuenta que este reconoció el informe de intervención y valoración psicológica del 28 de febrero de 2018, del cual leyó los apartes relevantes y, si bien se notó inexperto, según el lenguaje empleado y la forma como estructuró la primera entrevista el 28 de febrero de 2018 a la menor ERT al utilizar preguntas sugestivas que partían del supuesto de que su relato había sido implantado por alguien; lo cierto es que, según el transcurrir de la versión del testigo, este mencionó que la pequeña mantuvo durante la valoración psicológica y otras entrevistas el mismo relato, esto es, que el acusado le había

tocado y besado en palabras de la niña la “paloma”, que la narración de ERT conservó coherencia con lo que ilustró a través del juego con muñecos, donde los desvistió y señaló con coherencia las partes del cuerpo vulneradas y que el lenguaje usado por la ofendida fue comprensible.

Con relación al testimonio de Leidy Johana Herrera Saldarriaga, psicóloga de la fundación Jugar para Sanar que atendió a la menor entre marzo y mayo de 2018, comentó que el motivo de la atención fue un presunto abuso sexual el cual fue informado por la madre; así mismo, reconoció el reporte de atención psicológica del 29 de mayo de 2018 y lo leyó, no dejando duda sobre la afectación emocional de la menor; además de la revelación que a través de una sesión terapéutica le hizo la pequeña, la cual se mantuvo sin variaciones respecto del señalamiento del autor, esto es, su progenitor, y que este le había tocado la “paloma”.

Respecto al testimonio de Eugenio Sierra Martín, médico legista, que le realizó el examen sexológico a la menor en el mes de febrero de 2018, indicó que este profesional determinó que la ausencia de lesiones o signos clínicos en genitales no indica ni permite concluir que la paciente no haya sido manipulada a ese nivel, además que aseguró que no existió contradicción en los dichos de la menor y el hallazgo, mientras que en el contrainterrogatorio aseguró que esta no le dijo a qué hora del día le hacía las “cochinadas”, ingresando como prueba de la Fiscalía el informe base de opinión pericial de clínica forense UBITG-DSANT-00372-2018 del 15 de febrero de 2018.

En cuanto al testimonio de Sandra Yolima Torres Rúa, investigadora adscrita a la Fiscalía General de la Nación y especialista en valoración del daño en salud mental, tuvo en cuenta que, respecto de la entrevista, dijo que el relato de la niña daba cuenta de unos hechos que sucedieron y que al parecer no fue un discurso implantado; además que reconoció el informe de investigador de campo FPJ-11 del 07 de mayo de 2018 y se adjuntó el consentimiento informado, el CD de la entrevista grabada y filmada, la autorización de la defensora de familia y dibujos anatómicos. Advierte la juez que se reprodujo el archivo en la sala de audiencia y que ingresó como prueba de referencia apreciándose la descripción que la menor hizo ante la investigadora, que se mantuvo consistente con el de la madre, abuela, psicóloga de la Fundación Jugar para Sanar y los funcionarios de la Comisaria de Familia de Caldas, Antioquia.

En lo que respecta a lo alegado por la defensa en cuanto a la inculpación en contra de Gildardo de Jesús la fraguó Elena Amparo Franco Sánchez, abuela de la víctima ERT, debido a los conflictos familiares, estimó la juez que tal apreciación surge porque según lo dicho en juicio por Darío Ferney Restrepo Rojas, psicólogo de la Comisaria de Familia de Caldas, en la primera entrevista le preguntó a la menor quién le dijo que dijera eso, a lo que respondió que su abuela sin ninguna justificación adicional; sin embargo, para la juez no es válido el argumento, no solo porque en la prueba de cargo no se advirtió un ánimo distinto al de dar a conocer el hecho y no hubo contradicciones, sino también porque cuando más el defensor con sus palabras refirió la existencia de problemas familiares,



pero lo que se llegó a concretar ciertamente es que la relación entre el padre y la menor ERT era buena, incluso, tan débil fue la tesis defensiva que no habría alcanzado a poner en contexto la existencia de un móvil de venganza, enfrentamiento o resentimiento entre Kelly Yohjana Toro Franco, Elena Amparo Franco Sánchez, ERT y Gildardo de Jesús Ríos Grajales, para generar incertidumbre.

Con base en el enfoque de género, consideró que es innegable que en un caso como este, esos factores resultan altamente influyentes, al punto de que la víctima fue objeto del deseo sexual de su progenitor, quien con su conducta además de vulnerar la libertad, formación e integridad sexual, infringió dolor psicológico a lo que se suma que la experiencia sexual temprana, como en este caso, tan solo tres 3 años de edad, produce cambios en el comportamiento, angustia, tristeza, temor, enojo, afectando sin duda su vida cotidiana y el desarrollo de su niñez.

En consecuencia, al encontrar estructurado el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado por el que fue acusado el procesado, procedió a proferir condena en su contra como responsable de la conducta descrita, imponiendo la pena mínima de 144 meses o 12 años de prisión por cuanto, en su criterio, el daño causado y la intensidad del dolo no desbordan los presupuestos propios del tipo penal en concreto. Por el mismo tiempo impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

De otro lado, negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque supera el límite punitivo que determina su procedencia, además de la expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal cuando se trata, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, como tampoco procedía la prisión domiciliaria del artículo 38B ídem. Agrega, que el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia que prohíbe otorgar subrogados o beneficios cuando se trata de este tipo de delitos cometidos contra menores.

### 3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

3.1. El defensor contractual del señor Gildardo de Jesús Ríos Grajales, quien asumió su defensa a partir de la lectura de la sentencia, alega que el profesional que lo antecedió ejerció una defensa pasiva y las pruebas que solicitó fueron insuficientes e irrelevantes.

De ahí que pretenda que se declare la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso ante la carencia de defensa técnica, teniendo en cuenta que su defendido le hizo un recuento de pruebas que ofreció al anterior defensor y que este desechó, además que permitió que la Fiscalía ingresara las pruebas sin controversia alguna como lo fue la entrevista de la víctima menor sin reclamar el trámite que señaló el legislador para su ingreso, conforme con lo establecido en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual cita una providencia del 26 de noviembre de 2021, emitida por este

Tribunal dentro del radicado 050016000207201701378 con ponencia del Magistrado Leonardo Efraín Cerón Eraso.

Agrega que, en el ejercicio del contrainterrogatorio, la defensa técnica poco o nada hizo más que presencia en la diligencia, tal como lo reconoce la falladora.

Considera que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en este caso se incurre en violación indirecta de la ley por vía de un falso juicio de convicción en tanto la condena se fundamenta exclusivamente en la prueba de referencia, siendo una tarifa legal negativa que se consagra en el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 de 2004; advirtiendo que la misma juez de primera instancia reconoce que la prueba obrante es de referencia, tanto la madre, la abuela y los profesionales convocados, con la doble calidad de testigos directos y de referencia respecto del hecho juzgado. Al respecto cita variada jurisprudencia, entre ella, la sentencia SP1790-2021, radicado 51535, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, atinente a la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia.

Señala que se incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad, cuando se interpreta la entrevista de la menor presunta víctima, sin observancia de lo preceptuado en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal; además que se incurre en el mismo error cuando se le da una apreciación equivocada a la prueba obrante en el sumario y se omite dar aplicación al inciso segundo del artículo 381 Código de

Procedimiento que prohíbe la emisión de un fallo condenatorio fundando exclusivamente en un fallo de referencia.

Aduce la existencia de un error de hecho por falso raciocinio que conlleva a suponerse certeza cuando no se puede llegar a este grado de convencimiento con las pruebas legalmente allegadas al proceso, lo que se traduce en violación del principio del "*in dubio pro reo*". Afirma que en este asunto se registró una violación indirecta de la Ley sustancial por cuanto en la sentencia recurrida se desconoció la presunción de inocencia y como consecuencia de tal violación, se aplicó indebidamente una norma sustancial, esto es, el artículo 209 del Código Penal que define el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

También considera que existe un error de hecho por falso juicio de identidad, que se produce cuando se altera el contenido de los medios de prueba, ya sea por distorsión, recorte o adición; puesto que en el caso se presentó adicción a las pruebas dándoles un contenido que no tienen.

Arguye que, si efectivamente hubiesen existido los tocamientos por parte de su representado a su hija menor ERT, ninguno de los medios de prueba practicados conduce a establecer que dichos tocamientos tuvieran contenido sexual, pues esa connotación se la adiciona la falladora de primera instancia, en tanto se estableció que la menor pernoctaba con su padre a la edad de 3 años en casa de su tía paterna donde habitaban otras 4 personas, lugar que valga decir solo contaba con una habitación.

Agrega que en las labores de higiene y aseo de la menor el procesado debía tocar sus partes íntimas, pero el ente acusador se limitó con pruebas de referencia y algunas experticias técnicas para establecer que fueron de índole sexual. Se queja por cuanto algunos de esos profesionales referencian que la niña presentaba irritabilidad y tristeza y concluyen sin base científica para ello, que dicho comportamiento obedece a dichos tocamientos, ignorando que también podían obedecer al rompimiento del procesado con la progenitora de la menor por una infidelidad de aquel, o al enfrentamiento físico entre su padre y su tío materno como lo referenció la menor en una de las entrevistas.

Alude a que existe indisposición e implantación de los hechos narrados por la menor por parte de su abuela materna, de lo que habría dado cuenta el psicólogo de la Comisaria de Familia de Caldas, Darío Ferney Restrepo Rojas, quien le realizó tres entrevistas a la menor y que en una de ellas, en la que no estuvo la abuela, manifestó que fue esta última quien le había dicho que señalara a su padre de dichos tocamientos. Se queja porque la juez le resta valor suasorio a dicho testimonio aduciendo que, tal vez fue por la inexperiencia del profesional que lo vertió, solo por la razón de ser un testimonio exculpatorio, y le da un carácter inductivo al interrogante que al respecto se le formulara a la menor.

Critica el que la juez concluya que las testigos de cargos, madre y abuela de la menor, declaran sin ningún sesgo en contra de su representado, puesto que desconoce la apreciación

que ella misma invoca como prueba periférica que sí obra en el sumario y determina que la relación matrimonial del acusado y la madre de la menor ocurre por una infidelidad de aquel y que la relación no es pacífica, y se acude frecuentemente a la comisaría de familia para regulación de visitas, cuota alimentaria y denuncias mutuas por diferentes hechos. Por tanto, la relación de su representado y las declarantes no sería buena ni pacífica, como lo supone la juez.

En síntesis, solicita se revoque la sentencia impugnada y, en consecuencia, se absuelva de responsabilidad al señor Gildardo de Jesús Ríos Grajales, habida consideración de que no incurrió en el delito por el cual fue acusado.

3.2. Por su lado, el señor Gildardo de Jesús Ríos Grajales sustentó el recurso manifestando que es un hombre de campo de bajos recursos y con grado de escolaridad hasta primaria; refiere que por su situación económica no pudo nombrar un abogado particular, por lo que le fue nombrado un defensor público que hizo caso omiso a su solicitud de declarar en el juicio y prestó poco interés al caso al no anexar pruebas o evidencias contundentes.

Afirma que la ruptura matrimonial con la madre de la menor se debió a una infidelidad de su parte, lo que ocasionó que esta lo demandara en la Comisaría de Familia por regulación de visitas y cuotas alimentarias para su hija, llegando a un acuerdo consistente en que la menor pasaría un fin de semana con su padre y otro con su madre; pero por represalias, esta última dio un falso testimonio en su contra

difamando su buen nombre y manifestando que haría todo lo posible para alejarlo de la niña, presentando denuncia en su contra por actos sexuales.

Se refiere a un acontecimiento consistente en que, en uno de los fines de semana en que se quedaba con su hija, esta le manifestó que le tocara la “paloma”, a lo que él le indagó si alguien se la tocaba y aquella le contestó que su tío Esteban; circunstancia que le comentó a la psicóloga de la comisaría, quien realizó el procedimiento respectivo y concluyó que la niña era muy inteligente y que cuando el padre la bañaba podría pensar esas cosas, dando la recomendación de que no la volviera a bañar, por lo que de tal labor se ocupaba su hermana con la cual vivía el procesado. Dice que presentó una contrademanda al señor Juan Esteban Londoño, hermano de su excompañera y tío de la menor, por los tocamientos que esta le comentó le hacía, pero la familia del denunciado se adelantó para presentar denuncia en su contra.

Sostiene que, tanto su expareja como la madre de esta, le tienen rabia por un reclamo que hizo cuando pasó a recoger a su hija y no estaba bañada ni vestida, a lo que el hermano de la primera respondió dándole golpes en la cara, debiendo así defenderse por su cuenta propinándole dos rayones en la cara a su agresor con un arma blanca. Por tanto, afirma, esa familia quiere tomar venganza en su contra, a lo que agrega que la abuela de la menor le decía a esta cosas en su contra, tal como lo narró al psicólogo Darío.

Se queja por cuanto la Comisaría de Familia de Caldas no atendió las peticiones realizadas con el fin de que su hija fuera alejada de la abuela y del tío, ya que estos le estaban inculcando dichos en su contra, además que se les quitó el derecho a sus familiares de recibir información sobre la niña.

Indica que no se defendió de otra forma porque confió en su inocencia y le rogó al defensor público que introdujera o pidiera esas pruebas, pero no lo quiso hacer, pues decía que no servían y que lo dejara hacer su trabajo.

En síntesis, solicita que no sea condenado por algo que no hizo y que no haría nunca con ninguna niña y menos con su hija.

3.3. El apoderado de la víctima, como sujeto procesal no recurrente, pide que se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que los testigos que comparecieron al juicio contaron de una manera clara y concisa los hechos productos de investigación y le permitieron a la señora juez de primera instancia llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable atendiendo al estándar probatorio exigido en el artículo 381 de la ley 906 de 2004.

Sostiene que la Fiscalía cumplió lo que prometió demostrar en sus alegatos de apertura, de modo que las pruebas llevaron acertadamente a la condena, pudiendo observarse que cada uno de los testigos manifestaron las circunstancias temporales y espaciales en que sucedieron los hechos, además de que la juez



utilizó la corroboración periférica para llegar a determinar que los hechos sí ocurrieron y que fue el acusado quien los cometió.

#### 4. CONSIDERACIONES

Dado que la Sala oficiosamente no percibe motivo de nulidad de la actuación procesal y que no prosperará la alegada, basada en la deficiencia de la defensa técnica, se proveerá de fondo la resolución de este asunto para lo cual será indispensable escrutar la prueba para establecer si, como lo alega la defensa, (i) el fallo se fundamenta apenas en prueba de referencia; y (ii) existe una errada valoración probatoria en general que habría conducido a desconocer la presunción de inocencia en lo que concierne al connotación sexual de los tocamientos, en la que se supone la prueba; así como en el desconocimiento de la posible implantación de los hechos por parte de la abuela de la afectada, o de los problemas previos familiares que se tenían, que impondrían sesgos en la madre y la abuela de la menor.

##### 4.1. De la adecuada defensa técnica.

Aunque se alega la carencia de defensa técnica, dado que actuó en el proceso un defensor público, habrá que reconducir el cargo contra la sentencia a la inadecuada defensa que habría realizado el abogado que tenía dicha responsabilidad.

No hay duda de que en nuestro sistema de juzgamiento contar con una apropiada defensa técnica es una garantía que hace parte del derecho al debido proceso y constituye un

aspecto esencial de este derecho fundamental, en tanto es base para asegurar un juzgamiento justo y legítimo.

Pero evaluar qué tan idónea resulta una defensa es cuestión problemática para los jueces que de las posibilidades de actuación solo conocemos lo que ofrezca la realidad procesal. Aunque esta circunstancia parece sugerir que escaparía al control judicial el apropiado diseño preprocesal de una estrategia defensiva idónea, lo cierto es que las alegaciones de quien invoque la nulidad y las particularidades del caso permitirían valorar también este aspecto, siempre que se informe el criterio del funcionario judicial. Así puede colegirse de la siguiente cita jurisprudencial:

“Es decir, un presupuesto indispensable para demostrar la invalidez por vulneración de la garantía de asistencia técnica consiste en brindar datos objetivos que prueben inactividad, torpeza o profunda incomprensión de la técnica, institutos o métodos del nuevo sistema. Pero ello no es suficiente, porque esas específicas circunstancias también deben ser idóneas para determinar, independientemente del resultado del juicio, que el abogado no logró alcanzar su cometido, es decir, una gestión tendiente a hacer valer la presunción de inocencia o, en general, toda decisión que favoreciera a su protegido.” (Auto del 9 de octubre de 2013, radicado 40.920, M.P. Eugenio Fernández Carlier)

Pues bien, en concreto la queja sobre la actividad profesional se basa en (i) asumir una defensa pasiva; (ii) no considerar para la práctica y decreto algunas pruebas que no se especifican, salvo la decisión de no declarar del procesado; y (iii) que habría permitido el ingreso de la entrevista sin

observancia de lo dispuesto en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

El primer motivo de descalificación de la actividad del anterior defensor público no tiene entidad para el efecto pues no solo se trata de una opción legítima fundada en la premisa incuestionable de que le corresponde a la Fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia, sino que también puede ser conveniente cuando se desconoce qué podrían decir los testigos de la contraparte, porque interrogar sin saber las revelaciones que podría hacer el testigo, constituye una imprudencia que a veces vemos castigada con que sea precisamente esa actividad desorientada del defensor, la que esclarece, fortalece o aun hace surgir prueba de cargos que incluso puede ser fundamento de la condena. Dicho de otra manera, si se actúa con ligereza y sin fundamentos, los resultados de la gestión profesional quedan librados al albur, dentro de lo que se incluye que produzca resultados contraproducentes a los fines perseguidos.

Atendiendo a la particularidad del caso, esto es, que se trata de un delito cuya ocurrencia se da en ámbitos privados, y ante la ausencia de especificación de cuáles pruebas fueron desestimadas para presentarse debiendo hacerse, es de concluir que no se observa ninguna irregularidad. En lo que concierne a si el acusado atestiguaba en su propio caso, se observa en el registro que antes de definir el punto se dio una conversación telefónica entre el procesado y su defensor, luego de lo cual este último anunció que aquel no renunciaría a su derecho constitucional de no declarar.

Finalmente, no medió irregularidad alguna en la introducción de la prueba de referencia puesto que el literal e) de la norma que cita el apelante establece con claridad que puede ingresarse de ese modo la prueba cuando se trate de declarante menor de edad y sea víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, así como otros delitos. Es notorio que ambas condiciones se reunían en el caso.

En consecuencia, si el actuar del anterior defensor no puede predicarse siquiera de que es irregular, mucho menos puede inferirse que haya trascendido en los derechos del procesado o haya trastocado la estructura procesal, causa suficiente para no decretar la nulidad, con mayor razón atendiendo al modo como se resuelve este asunto.

4.2. Examinada la prueba, se encuentra que el testimonio esencial de cargos es de referencia, lo cual demanda que deba tener corroboración o complementación de prueba que no tenga esta calidad.

Frente a este aspecto, el defensor apelante sostiene que el fallo está soportado exclusivamente en prueba de referencia, cargo que no demuestra en tanto no pasa de ser una mera aseveración, sin reparar críticamente en si los restantes soportes probatorios tienen esa calidad, específicamente los utilizados por la funcionaria judicial de conocimiento de primera instancia para considerar corroborado el testimonio de referencia de la menor reputada como víctima, desviando su alegación a la por conocida e inútil demostración de que normativamente, tanto legal (artículo 381 de la Ley 906 de

2004) como jurisprudencialmente (sentencia SP399-2020, radicado 55957, entre otras) se demanda el complemento probatorio echado de menos, premisa que nadie discute y que esta sede acoge plenamente.

Para que este cargo saliera adelante lo que se requería demostrar es que el fallo se soportó en prueba de referencia, lo cual demanda hacer un inventario de los soportes de la condena y demostrar que los mismos constituyen prueba de referencia.

Dicho de un modo sucinto, los soportes del fallo pueden resumirse en: (i) la credibilidad que le inspiró a la juez la prueba de referencia de la entrevista de la menor, al estimarla espontánea, sin asomo de malicia ni interés torticero y que con lenguaje propio le habría relatado a la abuela del abuso, lo que ha reiterado ante diversas personas; y (ii) en la corroboración que habría con prueba indirecta periférica que, a juicio de la funcionaria judicial, se le concedió suficiente credibilidad; lo que selecciona en los siguientes aspectos: (a) reiteración del señalamiento del autor en varios escenarios, (b) la existencia de oportunidad en el tiempo y en el lugar, (c) la inexistencia de motivos que condujeran a la alteración del relato, animadversión infundada o deseos dañinos, y (d) la afectación emocional que como secuela del abuso habría padecido la menor víctima.

Como es evidente que estos aspectos discriminados se soportan en los testimonios de la abuela, la madre y los profesionales que intervinieron en el caso de la menor, quienes habrían apreciado de modo directo lo que esta dijo, así como en

lo relacionado con el indicio de oportunidad por lo dicho incluso por la hermana del justiciable y las secuelas que habrían observado familiares y terapeuta, es obvio que no toda la prueba puede calificarse de referencia.

En conclusión, sobre este cargo, no solo la defensa no lo demuestra, sino que tampoco la Sala le encuentra asidero al examinarlo. Sin embargo, esto no nos releva de ingresar en las censuras sobre la acertada valoración probatoria y en general sobre el problema de si existe la suficiente prueba, conformada por prueba de referencia y prueba que no lo es, para obtener el conocimiento, sin ninguna duda razonable, de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado.

Puestos en esta tarea, juzga la Sala que la juez sobrevalora la credibilidad que se le puede otorgar a la reputada víctima, al tiempo que minimiza los contraindicios que surgen de una eventual implantación del dicho de la menor por parte de la abuela, a la vez que les confiere más fuerza probatoria a los aspectos corroborativos que, examinados críticamente, no permiten descartar la probabilidad de una fabulación inducida en la menor. Veamos:

En orden de tiempo, precede a la delación del eventual abuso el hecho de que la menor, cuando regresaba los fines de semana del tiempo que compartía con su padre, evidenciaba irritaciones en su zona genital, lo que, según atestigua la madre, fue objeto de reclamo al padre quien lo justificó con que se le limpiaba con jabón de baño. Si bien sobre este aspecto — que pudo haber alertado con fundamento real o imaginario que

podría haber un abuso sexual— no se ahondó mucho, permite la ubicación temporal antes de la delación del abuso, por cuanto apenas este ocurrió la menor dejó de ser enviada a las visitas que tenía acordadas con el padre después de la separación de la pareja.

Naturalmente que este aspecto puede indicar que mediara desconfianza sobre el debido cuidado de la menor, como también lo revela que su progenitora asegura que cada vez que le regresaban la niña, la examinaba de pies a cabeza.

Contrario a lo que piensa la juez sobre que la menor se expresa con palabras propias, el invocado episodio inicial en que la menor considerada víctima le preguntaba o decía a otra niña de su edad si su papá también le hacía “cochinadas” constituye un indicio de contaminación de su conocimiento de la realidad o de su descripción, puesto que esta expresión empleada por la menor debió tomarla probablemente de un adulto, pues así se entendería el sentido peyorativo que se le agrega a la denominación de la actividad.

Igualmente, cabe tener presente que la menor le manifestaba a su terapeuta de la institución *Jugar Para Sanar*, psicóloga Leydi Johana Herrera, que quienes le hacían cochinas eran Frank y el papá. Del primero de los mencionados se sabe por la misma testigo abuela, quien acompañó a la niña en la sesión en que dijo eso, era un primo de 9 años, sin que se ingresaran elementos de conocimiento de este suceso al juicio, en el que más que precisar su existencia su importancia se radicaba en establecer si a partir del mismo

se normalizaba la definición de la expresión “cochinada” como alusiva a tocamientos en zonas íntimas, desde cuándo y sobre todo que no concurriera episódica o temporalmente con la eventual indagación de las causas de la irritación que la madre percibía cuando le regresaban a la menor de la visita con su progenitor.

Por último, sobre este aspecto, es de considerar que el psicólogo Darío Ferney Restrepo Rojas le indagó a la niña que quién le había dicho que dijera que el papá le tocaba “la paloma”, expresión con que la niña en el lenguaje familiar denominaba la vagina, y esta contestó que su abuela, al indagarle el porqué, la respuesta fue un “porque sí”. De modo que no se conoce claramente el alcance de esta inducción, lo que no permite descartar en rigor cierta implantación hasta involuntaria en el curso de la eventual indagación que haya despertado el enrojecimiento vaginal que se detectaba antes de la delación.

Aunque la juez de primer grado minimiza este episodio al traer a colación que se trata de pregunta sugestiva, lo cierto es que en modo alguno sugirió que quien se lo habría dicho es la abuela, a la vez que, dada la escasa edad de la niña, es menester precisarla, pues así se desarrolló la entrevista. También soportó la funcionaria que a este mismo psicólogo se le preguntó sobre si el abuso puede ser cierto y este respondió que sí podía serlo por la reiteración de la menor en el señalamiento, pero se tiene que esta es una conclusión de probabilidad, lo que en sentido contrario permite subsistir la probabilidad de que no lo fuera.



Establecidas estas circunstancias que, a juicio del Tribunal, no permiten descartar la injerencia de adultos en la representación y enunciación del suceso que hace la menor, es del caso destacar que no se trataría de la implantación de un evento que le fuera totalmente ajeno, sino de la fijación del sentido libidinoso del mismo, sobre lo cual no hay mayor descripción y se colegiría de las zonas pudendas que son tocadas o besadas, según la narración de la afectada.

Naturalmente que la escasa edad de la reputada víctima —3 años— implica que sus capacidades mentales están en proceso de formación, lo cual explica su desubicación temporal y parquedad en la descripción; sin embargo, ello no conlleva a que las precariedades que surjan de su versión dejen de puntualizarse y menos de considerarse.

Así, al escucharse su versión, se encuentra que al parecer la menor entremezcla momentos y acontecimientos que impiden establecer con claridad la modalidad atribuida del abuso.

En efecto, por la escasa edad de la entrevistada esta no hace un relato, sino que responde a preguntas que puntualmente y a veces insistentes se le hace. La entrevistadora indaga sobre la presencia de alguien en el momento de los abusos y esta responde que se encontraba Dora (la hermana del procesado en cuya residencia se alojaba este para el momento de los hechos) y espontáneamente asocia el momento con la entrega que su tía le daría de un postre Alpinito, situándola cerca de ella. Esta situación le despierta a la Sala

susplicacia de que la niña este dando cuenta del momento del abuso, pues resultaría extraño y poco comprensible que se le dieran besos libidinosos a la menor delante de su tía, lo cual no correspondería al modo como suelen ocurrir las cosas.

De otro lado, llama la atención que no mencione que le haya contado a la abuela, quien sería la primera en conocer la revelación del abuso, mientras que con dificultad puede conocerse qué dice sobre como serían los besos en “la paloma” (vagina) puesto que señala como si tuviera la ropa puesta, pero advierte que sería debajo de la ropa, lo que lleva a que la entrevistadora le pregunte con alguna insistencia sobre dónde estaría la ropa, para después la niña señalar que en la cama, sin que pueda percibirse que haya identidad entre los momentos que evoca; y por último, además de referirse apenas a tocamientos, culmina con la fabulación de que pidió ayuda a la policía.

Cabe precisar en que si bien frente a diferentes personas la menor ha señalado al papá como autor de dichos abusos no quiere decir que las versiones mantengan uniformidad en todos los aspectos, lo cual es apenas normal porque no necesariamente se centra su relato en diversos asuntos; no obstante, llama la atención la alusión a eventos que le resultan hasta inexplicables a la misma madre, quien según el informe de valoración familiar que hizo la trabajadora social de la Comisaría de Familia de Caldas que conoció del asunto, le habría dicho a su progenitora que su papá le había sacado sangre, lo que según las evidencias obrantes no tendría, ciertamente, explicación.

No considera el Tribunal que con lo hasta ahora valorado se haya establecido la implantación o fabulación de los abusos, solo remarca que existen aspectos que podrían indicar la probabilidad de que ello ocurriera; mientras que las debilidades propias de la versión de la menor, entendibles por su escasa edad y en la que se coincide con la valoración de la juez sobre que no hay rastros de que actué maliciosamente, no descarta que se haya interiorizado la existencia de tocamientos y besos libidinosos por efectos de la inducción que podría hacerse hasta involuntariamente si se indagaba el origen de las irritaciones o enrojecimientos que evidenciaba cuando llegaba de visitar al padre.

Pues bien, al margen de las debilidades propias de la versión rendida por una menor de edad de tan escasos años, su testimonio sería de referencia, por lo cual demanda la ley su complemento, ratificación o corroboración con prueba que no tenga esa calidad, lo cual bien puede ser de naturaleza indiciaria, como a la que acude la juez al señalar los cuatro siguientes aspectos: “(i) reiteración del señalamiento del autor por parte de ERT en varios escenarios, (ii) la existencia de la oportunidad en el tiempo y el lugar, (iii) la inexistencia de motivos que condujeran a la alteración del relato, animadversión infundada o deseos de daños y, (iv) la afectación emocional ante las secuelas del abuso sexual” (página 7 de la sentencia).

En cuanto al primer aspecto señalado, ha de entenderse que la juez toma lo que escucharon decir de la menor los

diversos testigos como tema de prueba, esto es, no como medio de que lo dicho sea verdad, sino la mera existencia de esas expresiones, para utilizarla como base del indicio o hecho indicador, pues de lo contrario, seguiría siendo prueba de referencia, lo que no ofrecería utilidad para estos efectos.

No obstante, esta prueba, que al revelar coherencia podría incidir en corroboración, no logra descartar la probabilidad de fabulación implantada en la menor, en tanto, de haber sido así, la niña habría interiorizado en su comprensión que existieron los besos y tocamientos que menciona, como si realmente hubieran ocurrido, y lo que haría sería simplemente reiterar lo que tiene entendido que ha pasado.

Igualmente, la existencia de la oportunidad cuya demostración se hace tanto con el conocimiento directo de la madre de la menor y la hermana del acusado, no se le puede revestir de mayor significación puesto que su capacidad indicativa es baja. En efecto, si consideramos que el justiciable es el padre de la menor, que estaba alojado donde su hermana cuya vivienda puede estimarse pequeña en tanto en un mismo espacio se dividía para ubicar la cama de la pareja dueña del hogar, y en el otro espacio dos camas, en una de las cuales dormían sus dos hijos, la restante quedaba disponible para el acusado y su hija. Entonces, como no había disponibilidad de que la niña durmiera aparte, no puede reputarse extraño que un padre duerma con una hija de esa edad, de manera que más que corroborar o añadir un elemento de juicio diferente para reforzar la sindicación, este elemento no desvirtúa la acusación.

No comparte la Sala la atribuida inexistencia de motivos que condujeran a la alteración de la espontaneidad del relato de la menor, por cuanto para el momento de los hechos no solo había operado una separación de hecho entre el padre y la madre de la menor por razón de la infidelidad del primero, sino que de alguna manera había un soporte de sospecha de abuso sobre la menor por las irritaciones de su pubis, al tiempo que la madre la revisaba de pies a cabeza cuando llegaba, como muestra de desconfianza en los cuidados que deberían tener con ella, como se había advertido en precedencia, a lo cual se agrega el episodio desconocido en el cual la niña aprendió a reconocer como cochinada ciertos actos y que hubiera mediado un episodio de violencia intrafamiliar, puesto que, según dice la psicóloga terapeuta, la niña le informó que su papá agredió a su mamá y a su tío con un cuchillo, lo que había marcado negativamente la visión que la menor tiene de su padre, pues no solo lo ubica al mismo, sino también a Frank, quien sería un niño de 9 años, como quienes le hacen cochinadas y alude al episodio de violencia intrafamiliar, que no fue esclarecido o explicado en la prueba.

Por consiguiente, subsiste la probabilidad, por pequeña que sea, que aun de buena fe y con el afán de establecer si mediaba abuso se fijara en la menor ideas sobre los tocamientos y los besos indebidos, de manera que a raíz de ello los interiorizara como cochinadas.

Por último, en lo que respecta a las consideradas secuelas del abuso debe tenerse presente el testimonio de la psicóloga Leydi Johana Herrera quien revela que la niña tenía dificultades

de comportamiento, era inquieta e irritable, refiriéndose a que tenía dificultades de adaptarse en la misma terapia a las normas e instrucciones; y lo que se logra evidenciar es un miedo o temor por esta situación y los temas de violencia intrafamiliar. (minuto 17:00 de la última audiencia del juicio oral). Aclara que como afectación se podría relacionar también lo que la madre refiere constantemente de la masturbación compulsiva que la niña presenta, porque se sale de la etapa de exploración, en tanto se presenta todos los días y en muchos momentos, tratándose de una sintomatología que refirió la madre.

Sobre este último aspecto, la terapeuta señala que nunca en las sesiones logró observar ni ver ese comportamiento, por lo que este aspecto de las secuelas queda como prueba de referencia inadmisibles; además de que la psicóloga advierte que no tiene como función investigar o dar cuenta de si la versión era espontánea o implantada y con base en lo observado en las terapias dice no poder establecerlo.

Debe puntualizarse que la psicóloga no restringe la causa de los comportamientos de la menor al informado abuso sexual y le da relevancia a la violencia intrafamiliar que pudo padecer y que ciertamente puede explicar el miedo y pesadilla de lo que también daría cuenta la madre.

En efecto, la madre atestigua que luego de los hechos la menor se vuelve agresiva, con miedo constante, tiene pesadillas con el papá y solo el hecho de mencionarlo es un temor impresionante; que su papá es malo, dice ella, es un tormento permanente y que para el momento (a los 6 años que tendría la

niña cuando declaraba su progenitora) es muy sexual. Cuando se le pregunta que significa la última expresión, extrañamente no informa de la masturbación diaria y constante que supuestamente tendría la menor, sino que dice que cuando juega toca las partes íntimas de las muñecas lo que interpreta como haciendo referencia a lo que vivió.

Por supuesto que el miedo de la menor, el calificativo de malo o las ganas de no ver a su padre podrían tener otra explicación sobre su etiología, mientras que las conductas sexualizadas sí apuntarían al origen de experiencia sexuales precoces no solo padecidas sino también entendidas como tal u observadas. En este caso, además de que otro niño al parecer también le hacía lo que la niña denomina cochinas, resulta inquietante para la credibilidad de la madre de la menor que no diera cuenta de lo que sí le informaba a la psicóloga sobre la constante masturbación de la niña.

Pues bien, valorada en conjunto la prueba, concluye la Sala que, si bien es muy probable la existencia de los abusos como tal y la responsabilidad del acusado, subsiste la probabilidad de una implantación o fabulación interiorizada en la víctima, lo que también generaría reacciones, lo cual será causa suficiente para revocar la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolver al acusado, en estricta aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Advierte la juez que este último principio mencionado no se activa porque existan preguntas sin repuestas si no se refieren a aspectos de tal relevancia en que, de resolver

adversamente, se corra el riesgo de condenar un inocente, pero lo cualifica al exigir que sea serio y complementa disertando con base en la jurisprudencia sobre el conocimiento requerido para condenar, como certeza racional y, por tanto, relativa. Pero en este caso, los vacíos de la prueba que dejaron de explicar los aspectos que suscitan las dudas de la Sala están referidos a un aspecto esencial: qué fue lo realmente vivido por la niña y cómo se produjo su fijación en la memoria, aspecto crucial en el que a nuestro juicio no se descarta la contaminación trascendente por parte de adultos en la distorsión de los sucesos, que comprensivamente no pueden ser muy bien explicados por la afectada, dado sus escasos años, cuando fue entrevistada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia condenatoria recurrida y, en su lugar, absolver al señor Gildardo de Jesús Ríos Grajales del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado que le fue atribuido.

Segundo: Ordenar la libertad inmediata del procesado, siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial por otro asunto, de lo cual se deberá dejar expresa constancia en el



oficio respectivo. Lo anterior se cumplirá una vez suscrita esta providencia y aún antes de su notificación en audiencia.

Tercero: Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO  
MAGISTRADO