

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 052126000201201805592
Procesado: Yojan Andrés Macías Espinosa
Delito: Acceso carnal violento agravado.
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 27 Aprobada por acta No. de la fecha
Decisión: Confirma el fallo recurrido
Lectura: Viernes, 7 de octubre de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 3 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello, Ant., que condenó al señor **Yojan Andrés Macías Espinosa** en calidad de autor del delito de acceso carnal violento agravado, imponiéndole una pena 16 años de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Los hechos que dieron génesis a esta causa penal, tuvieron ocurrencia el 9 de septiembre de 2017, en la vivienda ubicada en el barrio París del municipio de Bello, en la que habitaba Cindy Madeleine Rojas Morales y donde se llevaba a cabo una celebración.

En el momento en que Rojas Morales abandonó su vivienda para ir por más licor, **Yojan Andrés Macías Espinosa** ingresó a la habitación donde dormía el menor J.S.G.R., de 11 años de edad para la fecha de los hechos, y de manera violenta, aprisionándole la cabeza contra la almohada, lo accedió carnalmente por el ano y lo amenazó qué si decía algo lo mataba, ante lo cual el menor guardó silencio y solo hasta el año 2018, ante los comportamientos extraños que asumió, como defecarse en la ropa y ante los cuestionamientos de la abuela, narró lo sucedido.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 15 de noviembre de 2018 la Fiscalía solicitó, ante el Juzgado tercero Penal Municipal de Bello, la expedición de una orden de captura en contra del señor **Yojan Andrés Macías Espinosa**, la cual se hizo efectiva y fue legalizada su aprehensión el 14 de febrero de 2019, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de esa misma ciudad. En esa fecha, la Fiscalía le formuló imputación al ciudadano por el punible de acceso carnal violento agravado (art. 205 y 211 # 4 del C.P.), imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 8 de mayo de 2019, correspondiendo el conocimiento de las diligencias, por reparto, al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello, quien presidió la verbalización del acto vocatorio a juicio el 6 de noviembre de esa anualidad.

El 3 de febrero de 2020, se llevó a cabo la audiencia preparatoria y se dio inicio al juicio oral, el cual se extendió en 3 sesiones más, clausurándose el debate probatorio el 19 de octubre de esa anualidad; el 19 de noviembre de 2020 las partes alegaron de conclusión, emitiéndose el sentido del fallo el 16 de diciembre siguiente.

La audiencia de proferimiento de sentencia se realizó el 16 de diciembre de 2021, decisión que fue recurrida por el defensor del acusado que estuvo en ese acto procesal; empero, en el término del traslado, el procesado concedió poder a otro profesional del derecho para que presentara el recurso de alzada.

Dentro de ese mismo interregno, el abogado que estuvo presente en la audiencia de proferimiento de sentencia también allegó un escrito con sus reparos frente al fallo, siendo remitidas así las diligencias a esta Corporación.

Mediante auto del 8 de abril de 2020, esta Magistratura dispuso la devolución del expediente a primera instancia para que se sirviera a aclarar cuál fue la apelación concedida, manifestándose por el *a quo* mediante auto del 19 del mismo mes y año que el trámite de apelación se debía dar con respecto al escrito allegado por el nuevo apoderado, pues así era el querer del acusado.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo*, luego de hacer un recuento de la prueba practicada en juicio y de las alegaciones de partes e intervinientes, indicó que el testimonio del menor J.S.G.R., enseñaba la forma en que fue agredido sexualmente por **Macías Espinosa** y la razón por la que decidió guardar silencio.

Se encargó la funcionaria de primer nivel de efectuar un análisis detallado de cada uno de los otros testigos que acudieron al juicio, señalando que estos daban corroboración a las manifestaciones entregadas por la víctima, en temas como la presencia del enjuiciado en la fiesta, la forma en que se distribuían las camas y las actitudes asumidas por el menor, luego de esa fecha.

Con relación a los testigos de la defensa, realizó el mismo ejercicio, para concluir que el ánimo de estos de advertir sobre la ocurrencia de un problema entre la madre del menor y el acusado no era suficiente para avizorar un interés por parte de aquella en generarle un perjuicio a este.

Luego, reafirmó que la versión rendida por J.S.G.R. era clara, coherente y desapasionada, la cual permitía conocer a ciencia cierta la forma en que fue agredido sexualmente y sometido tanto física como psicológicamente por **Macías Espinosa** y que pese a tal sometimiento si era posible que el menor identificara a su victimario, como efectivamente ocurrió; además, que permitió establecer la presencia única del procesado en la habitación donde se desarrolló la violación.

La primera instancia advirtió que el joven fue claro en señalar que logró identificar a su agresor y así lo hizo saber, no solo en la audiencia de juicio oral, sino en distintos escenarios donde reafirmó su relato, sin que pueda pensarse que faltó a la verdad, dado que se contaba en la actuación con el dictamen rendido por la sicóloga que refirió alteraciones en el menor como consecuencia de la agresión sexual de la que fue víctima, situación que, acompañada a la crisis presentada en el juicio por la víctima y a las alteraciones que presenciaron sus familiares cercanos, permitían establecer que este no faltó a la verdad, máxime cuando no se avizoró un ánimo dañoso hacia el acusado.

Recalcó que si bien los testigos que acudieron a la vista pública no presenciaron directamente los hechos, sus declaraciones si permitieron establecer la presencia del enjuiciado en la fiesta que se celebraba en aquella vivienda el día de los hechos, situación que se acompañaba de la reiteración del relato del menor ante los distintos personajes a los que les puso de presente la violación de la que fue víctima.

Adujo que la coartada del procesado, que tendía a indicar que este se durmió junto al menor y no realizó el acto que se le imputaba, se veía frustrada con la solidez del relato de la víctima, mismo que no pudo ser desvirtuado y que ubicó al acusado como la única persona que estuvo con él en esa habitación.

Es más, señaló que las malas explicaciones entregadas por el acusado en su declaración en juicio jugaban en su contra, pues estas no se compadecían con lo realmente sucedido, dado que el mismo ofendido lo señaló como su agresor, quien estuvo presente en el lugar donde ocurrieron los hechos y que no existían

inconvenientes entre la madre de J.S.G.R. y el acusado que la conllevaran a perjudicarlo con una denuncia tan delicada.

En consecuencia, por existir certeza de la ocurrencia de los hechos y de la responsabilidad del procesado en estos, condenó al procesado por el delito de acceso carnal violento agravado.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En un confuso recurso de apelación, el abogado del señor **Macías Espinosa** señaló que la tía de la víctima estaba dispuesta a ayudarlo a salir de este problema y que existían unos audios, donde señalaba que su sobrino era mentiroso y que ya se defecaba en la ropa con anterioridad, los cuales anexó a su escrito de apelación.

Además, indicó el recurrente que existió una imprecisión en la fecha de ocurrencia de los hechos, derivada de la práctica probatoria en juicio, no quedando claro con suficiencia el día en que se presentó la violación.

Señaló que la relación entre la madre de J.S.G.R. y su defendido no era buena, puesto que el hermano de su prohijado indicó en juicio que la dama no hablaba bien del acusado; además, indicó que se echó de menos que la misma víctima seguía frecuentando la casa del acusado en compañía de su progenitora.

Se quejó del valor entregado a la pericia de medicina legal, por cuanto consideró que esta enseñaba que la presunta violación no pudo ocurrir, pues los hallazgos encontrados por la médico legista no daban cuenta de huellas o signos de penetración.

Además, indicó que las características físicas entregadas en la vista pública no se compadecían con las de su defendido, situación que se acentuaba más si se tenía en cuenta que el menor confundía a su asistido con el hermano gemelo de este, siendo necesario que la madre de la víctima aclarara cual era Jonatán y cuál era el procesado.

Indicó que se desechó la existencia de terceros que pudieron inducir al niño a que realizara este tipo de incriminaciones, máxime cuando la relación con el menor fue normal y que el día de los hechos su prohijado se quedó todo el día en esa vivienda sin ninguna novedad

Por lo anterior, solicitó se revoque la decisión de primera instancia.

6. LOS NO RECURRENTES

Los no recurrentes guardaron silencio en la oportunidad procesal respectiva.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello (Ant.), de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón a la censora o si, por el contrario, la sentencia proferida por el funcionario judicial de primera instancia debe ser confirmada.

7.2. Problema Jurídico

De cara a los planteamientos que hace la defensa, encuentra la Sala 2 problemas jurídicos que, para una mejor estructura de la decisión, se irán decidiendo en su orden:

- ¿Resulta admisible que la parte apelante pretenda la valoración en segunda instancia de evidencias que no fueron debatidas en el juicio oral?

- ¿Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía, por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor **Yojan Andrés Macías Espinosa** accedió carnalmente y mediante violencia, el día 9 de septiembre de 2017, al menor J.S.G.R. quien para esa fecha contaba con 11 años de edad?

7.2.1. ¿Resulta admisible que la parte apelante pretenda la valoración en segunda instancia de evidencias que no fueron debatidas en el juicio oral?

La doble instancia se erige en el ordenamiento jurídico colombiano como una prerrogativa de talante constitucional que

busca resguardar el debido proceso de las partes en conflicto, permitiendo la posibilidad de que la decisión que se considera adversa a los intereses de una o varias de ellas pueda ser revisada por un juez imparcial de jerarquía superior, quien hará el respectivo control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de acuerdo a los planteamientos del o de los recurrentes.

En materia penal, la apelación se encuentra regulada en los artículos 177 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004, imponiéndole al interesado una carga argumentativa que debe circunscribirse a la oposición frente a los planteamientos jurídicos y valorativos que fueron expresados por el funcionario de primer nivel para la adopción de la determinación desfavorable.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia¹ ha advertido:

Una sustentación debe entenderse adecuada, cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar el desacierto de la misma y las bondades de la tesis que se propone. La sustentación tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión.

De manera reiterativa la Corte se ha referido al tema:

“De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica

¹ Auto de 19 de septiembre de 2012, radicado 38.137, M.P. Fernando Castro Caballero.

con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados ²

(...)

Y en una más reciente decisión:

3.1. Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

3.2. En ese orden de ideas **se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos**, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabaje en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, **pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados**³.” (negrillas propias de la Sala)

Por consiguiente, el ejercicio del recurso de apelación debe limitarse únicamente a la presentación de argumentos, de índole

² Rad- 23667 sentencia 11 de abril de 2007.

³ Radiación 36407.

fáctica y/o jurídica, en contra de los planteados en la determinación que se considera lesiva a los intereses de la parte que lo promueve, sin que sea dable en esta sede pretender corregir yerros argumentativos de la solicitud inicial ni mucho menos presentar planteamientos o elementos probatorios nuevos, que por olvido o estrategia, no se exhibieron en primera instancia porque, como ha quedado establecido, el recurso de apelación es exclusivamente un trámite para que el superior funcional controle la decisión del inferior respecto de los puntos de debate debidamente planteados en la instancia de primer nivel y no un nuevo y diferente espacio procesal de discusión.

Además, para abundar en razones, se sale de cualquier lógica dentro de nuestro ordenamiento procesal penal, que el juez de segunda instancia pueda tener en cuenta una prueba que no fue decretada en su oportunidad y que por ende no fue sometida al debido contradictorio en el respectivo juicio oral, cuestión procesal y constitucional imprescindible para poder valorarla judicialmente.

7.2.1.1. Caso concreto

Sorpresivamente, el abogado del señor **Macías Espinosa** en su escrito de apelación anunció la existencia de unos audios que pretendía fueran valorados por parte de esta Colegiatura para soportar su pretensión de revocatoria del fallo recurrido, aportando un total de 16 archivos digitales.

Es por demás claro para la Sala que esos elementos no pueden ser objeto de valoración en esta sede pues, tal como se señaló en la *ratio decidendi* previa, la determinación de la segunda

instancia solo debe versar sobre aquellos aspectos que fueron debidamente debatidos en el juicio oral, sin que resulte admisible que la parte recurrente presente unos medios de prueba nuevos para que sean valorados por la segunda instancia, bajo el claro entendido que estos no pudieron ser controvertidos, ni mucho menos ser objeto de análisis por el juez de primer nivel al proferir la sentencia que se revisa.

De admitirse el *petitum* de la defensa, se estaría avalando una grave y flagrante afrenta a los más caros principios procesales de nuestro modelo de justicia, como lo son la buena fe, la contradicción, la inmediación y, en últimas, el debido proceso de la contra parte, pues resulta inadmisibile que uno de los sujetos procesales pretenda sorprender a otro con la entrega de un nuevo elemento a la segunda instancia para que esta lo valore cuando no se tuvo la oportunidad de ser sometido a confrontación en la oportunidad contenciosa respectiva.

Ello tiene incidencia directa sobre lo que es considerado prueba en el sistema penal con tendencia acusatoria pues, la introducción de esas evidencias que pretende la defensa en esta instancia no solo desestructura el sistema probatorio imperante sino que da al traste con los principios de buena fe procesal y contradicción, porque lo que pide, ni más ni menos, el apelante es que se tenga en cuenta evidencias, que no pruebas, que no las conoció el juez de primera instancia y que la contraparte no ha tenido la oportunidad de contradecirlas.

En razón de lo anterior, la Sala no entrara a realizar ningún análisis de esos documentos.

7.2.2. ¿Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía, por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor Yojan Andrés Macías Espinosa accedió carnalmente y mediante violencia, el día 9 de septiembre de 2017, al menor J.S.G.R. quien para esa fecha contaba con 11 años de edad?

Para desatar la cuestión, es necesario efectuar un breve exordio sobre las posibilidades con las que cuenta la Fiscalía para la incorporación de las versiones de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral y la valoración de estos dichos por parte del juez, para luego proseguir con el abordaje del caso concreto.

7.2.2.1. Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino de los jueces para tratar de encontrar el justo medio en donde los derechos de los unos no avasallen a los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso coexistan de la manera más armónica posible para que las

decisiones que se tomen se ajusten en lo más posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, teniendo como referente claro nuestro régimen procesal y el *principio pro infans*, ha habilitado cuatro formas de introducir la versión de la menor víctima al juicio oral, cada una de las cuales tiene unas exigencias especiales como pasa a verse:

La primera -y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación-, consiste en la **práctica del testimonio del menor en el juicio oral**, eso sí con el respeto máximo de todas sus garantías constitucionales y procesales para evitar una revictimización.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que el menor rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad tal versión anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.

Sobre esta forma de introducción de los dichos previos del menor, la Alta Corporación fue demasiado clara al señalar que, para que pueda introducirse la declaración anterior como testimonio adjunto, debe existir: *i)* una retractación o modificación significativa de la versión inicial del testigo; *ii)* este debe estar disponible, no solo de forma física, sino también funcionalmente

para ejercer como medio de prueba; *iii*) debe existir una solicitud en el sentido de la aducción de la declaración previa como testimonio adjunto que, garantizándose debidamente el contradictorio y que se profiera una decisión favorable por parte del Juez de conocimiento; y *iv*) la declaración anterior debe introducirse a través de la lectura efectuada por el mismo testigo. Así, contando el juez con las dos versiones puede ejercer la respectiva valoración, a la luz de la sana crítica y la persuasión racional⁴.

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es como **prueba anticipada** practicada ante un juez de control de garantías en razón de "... motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio", o por cierto tipo de delitos reseñados por el artículo 284 procesal, advirtiéndose que tal carga probatoria y argumentativa le corresponde a la Fiscalía o a la parte solicitante.

En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la defensa el derecho de contradicción, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada ha desaparecido o no se cumplió, el juez ordenará la repetición del testimonio del infante en la vista pública, salvo las excepciones que trae el referido artículo 384.

⁴ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

La última alternativa que prevé la ley es la introducción de los dichos del menor rendidos antes del juicio por medio de lo que se conoce como **prueba de referencia**, cuando a pesar de que haya la posibilidad de hacer comparecer al testigo a juicio, ello pueda implicar una revictimización secundaria.

Es menester señalar que, si bien por ley se encuentra habilitado que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello, al igual que el testimonio adjunto, no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima dentro de nuestro sistema penal en tanto afecta de manera sustancial al principio de inmediación, su introducción al juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se pueda demostrar la indisponibilidad total del testigo (hipótesis señaladas en el artículo 438 literales a, b, c y d) o, cuando menos, su indisponibilidad relativa (a pesar de la presencia física del testigo en el juicio, aquel por diversas razones no está en la posibilidad de declarar de manera adecuada y suficiente).

Frente a este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al establecer la precisa ritualidad que se debe seguir si se quiere introducir este tipo de pruebas al juicio:

- (i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, **con plena garantía del contradictorio**, tome la decisión que considere procedente, lo

que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia, es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Sala de Casación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de juicio, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, acreditar la causal excepcional de admisión, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la admisibilidad del medio de prueba y, con base en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio⁵.

Véase como la Corte, de forma por demás acertada, y en criterio que es compartido plenamente por la Sala, ha dictado parámetros específicos para reglamentar la introducción de este tipo de pruebas al juicio oral, por lo cual la petición probatoria debe ser expresa, ceñirse a estrictos parámetros de argumentación sobre la indisponibilidad del testigo -sea plena o relativa-, y someterse al escrutinio de las demás partes e intervinientes para que expresen

⁵ Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

su punto de vista frente a su admisión, a efectos de que finalmente el juez tome una decisión motivada al respecto, sobre la cual proceden los recursos de ley.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, puede allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas directrices la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

Por último, es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia en casos de abuso sexual contra menores, no significa una excepción a la tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena únicamente con pruebas de esta estirpe.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que, de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal en punto a la elaboración de su estrategia para sacar adelante su pretensión punitiva, la Corte en la sentencia del 20 de mayo de 2020 ha hecho esta puntual y oportuna advertencia:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los

hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del

proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)» .

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre debe hacerse con pleno respeto del interés superior del menor; pero también con el respeto de las formas propias del juicio y las garantías del procesado.

7.2.2.2. De la valoración del testimonio rendido en juicio por los menores víctimas de violencia sexual:

Lo primero que ha de señalarse es que, como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad

que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas y que como en muchas ocasiones la agresión no deja huellas en el cuerpo de la víctima, el testimonio de esta adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, en tanto es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

Respecto a la valoración del testimonio de los infantes, inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue un tanto reticente frente a su credibilidad, pues se alegaba una cierta inmadurez mental de aquellas, lo que afectaba su percepción real de los hechos.

Posteriormente, la misma Corporación sostuvo que, a partir de investigaciones científicas, era posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiriría una gran credibilidad cuando era víctima de abusos sexuales⁶.

La jurisprudencia actual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ubicado en un punto intermedio, al establecer que lo que corresponde al juez en cada caso es valorar tales dichos

⁶ Cfr. CSJ Rad. 23706 del 26 de enero de 2006.

bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o, de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie de juntillas sus relatos⁷.

Y es que esto último realmente no es nada nuevo, porque de tiempo atrás la alta Corporación indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.⁸

También en sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado 35080, advirtió que: «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

En estas condiciones, para el análisis de la veracidad del testigo, el juez debe tener en cuenta la consistencia interna del testimonio, para lo cual se asirá de los aspectos ya señalados del

⁷ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

⁸ Sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568

artículo 404 y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión; pero también la valoración debe contener un análisis de consistencia externa que tiene que ver con la armonía y coherencia que guarde el relato con las demás probanzas llevadas a juicio.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración (consistencia interna y externa o periférica), puede sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si

confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.⁹

Ahora bien, en decisión emitida recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales, se reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal o jurisprudencial, **sino como consecuencia de**

⁹ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: **la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.**

En este sentido, la Corte ha dicho que: **“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental”** (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

La postura anterior encuentra su justificación en que: “cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, **su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica**”.¹⁰ – *Negrilla propia*–

¹⁰ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

Desarrollando esta línea de pensamiento, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016¹¹, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana:

“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.”

7.2.2.3. Análisis probatorio del caso concreto:

¹¹ SP3332, M.P. Patricia Salazar Cuellar. Posición reiterada en otras decisiones posteriores, entre esas, la más reciente, la sentencia 55957 del 12 de febrero de 2020.

Traídos los anteriores conceptos al caso en concreto, deberá la Sala determinar la credibilidad que debe otorgarse a los diferentes declarantes que concurrieron a juicio, en grado muy especial a la víctima, teniendo en cuenta su consistencia tanto interna como externa, a fin de establecer si en verdad entre el 7 de septiembre de 2017, **Yojan Andrés Macías Espinosa** accedió carnalmente, mediante violencia, al menor J.S.G.R.

Ello por cuanto la defensa, si bien presentó un escrito demasiado confuso y lacónico para oponerse al fallo de primer nivel, se puede entender que tiene reparos con ocasión a la valoración probatoria hecha por la *a quo*.

Así las cosas, para resolver el asunto en cuestión, lo primero que hará esta Colegiatura es una depuración probatoria, esto es, verificar cuales de las probanzas que se practicaron en el juicio oral sí tienen la idoneidad para ser analizadas y valoradas, dadas las reglas propias del enjuiciamiento penal y la jurisprudencia al respecto.

7.2.2.3.1. Depuración probatoria.

Con base en lo anterior, se tiene que la Fiscalía trajo a juicio a Janior Romaña Romaña, psicólogo investigador de la Fiscalía, quien le tomó entrevista a J.S.G.R. el 14 de septiembre de 2018. De lo anterior, logra deducirse que el conocimiento que tiene sobre los hechos, solo obedece a la toma de la entrevista al menor motivo por el cual, para la Sala, el testimonio de este psicólogo obedece a prueba de referencia, que no es susceptible de

valoración en esta sede habida cuenta que la víctima si compareció a juicio y entregó su declaración de forma directa.

También acudieron a juicio el médico legista Juan Ramiro Rojas González y la psicóloga Janeth Cristina Monterrosa Martínez, quienes en cada una de sus especialidades brindaron atención a J.S.G.R. Del desarrollo del testimonio de esta profesional, se tiene que ostentan una doble connotación, esto es, como testigos de referencia y como peritos.

En la primera de sus condiciones, los testimonios de estos profesionales no serán tenidos en cuenta por la potísima razón de que son prueba de referencia inadmisibles por la comparecencia de la víctima a juicio, siendo solo susceptible de valoración lo que tiene que ver con su segunda condición, esto es, como peritos y con relación a las conclusiones arribadas, así como lo que directamente pudieron percibir.

Otras deponentes que trajo la Fiscalía lo fueron Cindy Madeleine Rojas Morales, Gloria Elcy Morales Rojas y Paola Andrea Rojas Morales, madre, abuela y tía de la víctima, respectivamente, testigos cuyo conocimiento de los hechos que tuvo su fuente en la información entregada por el menor respecto de la violación por él padecida, situación suficiente para desligar ese aspecto de sus testimonios del caudal probatorio, por ser prueba de referencia inadmisibles.

Empero, las circunstancias que directamente pudieron percibir sobre el comportamiento del menor en momentos previos y posteriores al presunto acceso carnal, así como los datos que puedan dar del contexto concomitante al momento en que se

dieron los hechos sí son admisibles para ser valoradas en esta sede.

Una vez excluidos del acervo probatorio todos esos elementos que constituían prueba de referencia inadmisibles, es pertinente estudiar las probanzas legalmente aducidas a juicio para resolver el problema jurídico planteado.

7.2.2.3.2. Valoración de la prueba legalmente admisible.

Lo primero que se dirá es que en el presente abuso no hubo debate sobre el hecho de que, para el día de los hechos, J.S.G.R. contaba con menos de 14 años de edad, de conformidad con la estipulación introducida al juicio, situación que da por acreditada la circunstancia de agravación punitiva enrostrada al procesado, esto es, la contenida en el numeral 4 del canon 211 del C.P.

Tampoco existió controversia sobre la plena identidad del procesado ni sobre el hecho de que este padece de un trastorno de ansiedad, no es agresivo ni tiene desviaciones de índole sexuales.

Advertido lo anterior, se comenzará por analizar lo dicho por J.S.G.R. en su declaración en juicio para determinar su consistencia y coherencia tanto intrínseca como extrínseca.

En efecto, al ser el referido menor indagado por la defensora de familia del ICBF en la vista pública sobre los hechos acaecidos, señaló:

(...) Ese día había un *baby shower* y mi mamá salió con una amiga a comprar unas cervezas, y yo estaba dormido, entonces yo sentí que a mí se me montaron encima, yo estaba acostado boca abajo, de ahí, ya a mí me bajaron los pantalones y yo estaba así boca abajo y me cogieron la cabeza contra la almohada, yo intentaba levantarla y no me dejaba, y a mí me dijo, que si usted cuenta cuando lo vea por ahí lo mato, y me alcanzó a meter el aparato reproductor en mi nalga y entonces me dijo, pero ya sabe, que si cuenta, al verlo lo mato, entonces yo intentaba alzar la cabeza y no me dejaba, entonces yo medio voltee y le vi la cara a él y por la voz lo escuché, de ahí me paré, fui para el baño, y cuando me dio por limpiarme la nalga me salió un poquito de una cosa babosa y un poquito de sangre, ya de ahí me acosté, y cuando resulta al otro día, él estaba acostado en la cama.

DF: ¿Quién es él?

T: Johan Andrés Macías.

DF: ¿La persona que estaba acostada al lado tuyo acostada cuando despertaste?

T: Estaban las dos camas, yo estaba durmiendo con mi hermanito, y después de mi hermanito él estaba ahí dormido.¹²

El menor señaló en el juicio que pudo reconocer a su agresor y que cuando despertó este estaba acostado junto a él y a su hermanito de 6 años de edad en la misma pieza, en camas que se encontraban juntas. Fue demasiado claro en identificar a la persona que lo agredió sexualmente como **Yojan Andrés Macías Espinosa** quien había asistido al *baby shower* que se desarrollaba en su casa.

¹² Para efectos de una mejor comprensión de la transliteración, DF hace referencia a la Defensora de Familia y la T al menor J.S.G.R.

La víctima refirió que después de ser violado fue al baño a limpiarse porque tenía una cosa babosa y le había salido sangre y que no había contado nada por el miedo que le produjeron las amenazas prodigadas por el victimario y que solo fue capaz de decir lo sucedido un año después.

Durante la práctica del interrogatorio, J.S.G.R. se tornó demasiado afectado emocionalmente y entró en una suerte de crisis que hizo necesario suspender su declaración.

En este punto, observa la Sala que la Fiscalía indicó no tener más preguntas para el menor, situación que también fue manifestada tanto por el Ministerio público como por la representante de víctimas; no obstante, el Juez que dirigía el acto procesal omitió indagar al defensor sobre la necesidad de contrainterrogar al menor, sin que tampoco se presentara ningún tipo de manifestación por parte del togado al respecto.

En este estado de cosas, para la Sala es claro que hubo un yerro por parte del Juez en la dirección del proceso, que en un momento primario podría dar al traste con el derecho de defensa del procesado; empero, ante la pasiva actitud en ese momento del defensor que se encontraba asistiendo al acusado, misma que se extendió durante todo el restante decurso del proceso, estamos frente a una convalidación del acto irregular.

Nótese como en ese momento en que el Juez decide dar por terminado el interrogatorio de J.S.G.R. ante la crisis psicológica que presentó, el abogado no reclamó su derecho de contrainterrogar al testigo y tampoco hizo referencia o ejerció oposición a la validez de la prueba en los alegatos de conclusión,

ni mucho menos hizo alusión a ello en la apelación contra el fallo censurado, situación que se entiende como un desistimiento tácito a la posibilidad de ejercer el contrainterrogatorio y que, de entrada, habilita plenamente a la Magistratura para valorar la declaración de la víctima en esta instancia.

Habiendo efectuado la anterior claridad y analizando el testimonio en su integridad, para la Sala es claro que, pese a su corta edad para la ocurrencia de los hechos -11 años- aunado al tiempo transcurrido entre el evento sexual y su comparecencia en juicio, el menor logró contar con mucho detalle el evento lujurioso del que fue víctima por parte del procesado.

Si bien no puede desconocerse que existen ciertos aspectos periféricos que no pudo recordar, como la ropa que tenía puesta para ese día, ello tiene explicación lógica en el paso del tiempo, pues el hecho se generó el 7 de septiembre de 2017 y solo acudió a declarar en juicio hasta el 15 de julio de 2020.

De resto, los detalles narrados por la víctima son demasiado dicentes y claros, pues fue en absoluto descriptivo en contar aspectos relevantes como *i)* el sitio donde se encontraba: en una cama en la habitación de la casa que compartía con su madre; *ii)* la forma en que fue abordado por su agresor: se le montó encima aprisionándole la cabezas sobre la almohada y bajándole los pantalones; *iii)* las amenazas recibidas: su agresor le manifestó que si contaba algo lo mataba, situación que le dijo en 2 ocasiones; *iv)* lo que hizo inmediatamente después que fue penetrado: fue al baño a limpiarse, encontrándose algo baboso y sangre; y *v)* el haber encontrado a la mañana siguiente a su agresor dormido junto a él y su hermano de 6 años de edad.

Pero si ello no fuera poco, el testimonio de la víctima permitió establecer que la tardanza en revelar lo sucedido obedeció al temor que le generaron las amenazas que este sujeto le hizo, en el evento en que llegase a contarle a alguien sobre la violación.

Para la Sala, estos aspectos permiten otorgarle un alto grado de credibilidad a la declaración de J.S.G.R. dado que tuvo un buen proceso de rememoración de los sucesos, pese al amplio tiempo transcurrido y, contrario a lo indicado por la defensa, no existen indicios de que ello obedeciera a una idea implantada, máxime que, tal como se verá a continuación, gran parte de lo relatado por el menor tiene corroboración en otras pruebas practicadas en el juicio.

En efecto, con la declaración de Cindy Madeleine Rojas Morales, se puede establecer que, ciertamente y como lo refirió la víctima, el señor **Macías Espinosa**, se encontraba para el día de los hechos en la misma vivienda de la víctima, en una celebración previa al nacimiento de alguien y que tuvieron tiempo para quedarse a solas pues, tal como ya lo había narrado el niño, el procesado entró a dormir a esa misma habitación y esta dama salió a conseguir más licor en compañía de otro sujeto.

Además, esta declarante refirió que su hijo comenzó a tener cambios en el comportamiento con posterioridad al día de la celebración y en la que ocurrió la violación que dio origen a esta causa penal, tales como notarlo pensativo y melancólico, indicando en sede de contrainterrogatorio que su hijo luego de la fecha de la fiesta comenzó a defecarse en la ropa.

Estos aspectos también fueron observados y relatados por la señora Gloria Elcy Morales Vélez, abuela de J.S.G.R. quien en juicio anotó con mucha suficiencia los detalles comportamentales de su nieto con posterioridad a la fecha en la que se encuadra la violación por él sufrida.

Esta testigo, además de ubicar al procesado en la fiesta, indicó que vio a su nieto retraído, cabizbajo y con la particularidad de defecar en su ropa, situación que la conllevó a abordar al menor e indagarle sobre lo que le ocurría, siendo en ese momento cuando la víctima decidió hacer la revelación, indicándole que temía por su vida, situación que hizo que el menor se tornara incómodo.

Paola Andrea Rojas Morales, tía de J.S.G.R., fue otra de las deponentes de cargo que no solo indicó que el acusado estaba en el *baby shower* sino que, además, notó los mismos cambios y síntomas en su sobrino.

Tampoco puede echarse de menos que la psicóloga Janeth Cristina Monterrosa Martínez encontró en el menor una serie de secuelas psicológicas que guardaban relación con abusos, tales como conducta regresiva, trastorno del sueño y temor instaurado desde la fecha en que se presentó el abuso en su contra.

Todas estas probanzas le dan solidez al dicho incriminador de la víctima en juicio, pues permiten dar una corroboración periférica que dota su declaración de una buena consistencia externa que hacen aún más creíble su testimonio.

Nótese como estos cambios en la personalidad y en la salud del menor víctima permiten corroborar sus dichos, donde se estructuran varios de los aspectos que la Corte Suprema de Justicia ha instituido de antaño en materia de delitos sexuales, para dar por corroborados en el contexto los dichos incriminadores del afectado.

Así, para la Sala está acreditado con estos testimonios que **Yojan Andrés Macías Espinosa** si efectuó un ataque sexual en contra del menor J.S.G.R., mediante el empleo de violencia, la cual se materializó en colocar con fuerza su cabeza contra la almohada, situación apenas obvia si denotamos que el procesado es un adulto que se enfrentaba a un menor de escasos 11 años de edad; pero esa violencia no solo fue física, sino también de índole moral y psicológica, pues claro quedó que este amenazó al menor, previo a penetrarlo y con posterioridad a satisfacer su ánimo libidinoso, reafirmó sus amenazas de muerte.

Otro reparo que realizó el censor fue la ausencia de prueba pericial para dar por sentada la penetración, por cuanto la pericia de medicina legal introducida al juicio no llegó a tal conclusión; En este punto, es esencial traer de nuevo lo manifestado por el menor, cuando refirió con mucha suficiencia la manera en que fue abordado y la forma en que el acusado le introdujo el pene en su ano.

Nótese como en este preciso instante de la declaración de la víctima, esta fue lo suficientemente clara en hablar de una penetración del miembro viril del acusado y que esto le generó dolor, situación que de facto descarta la existencia de un mero refregamiento o de un rozamiento del pene en su zona anal, pues

es evidente que el menor adujo la sensación de dolor en el transcurso del acto lujurioso del que fue víctima.

Además, no puede echarse de lado que este niño fue categórico al señalar que luego de ser penetrado por su agresor, procedió a limpiarse su zona anal y que encontró algo baboso e incluso vio la presencia de sangre.

Si bien al cotejarse estos dichos con el resultado de la pericia, pudiese existir la duda que plantea el recurrente, ello se cae por su propio peso por cuanto la sensación de dolor y la presencia de sangre nos ubican frente a un desgarró de la zona perianal del menor y no frente a una simple rozadura del pene en esa zona, lo que dota de mayor solidez el dicho del menor en ese aspecto y da cuenta de la real existencia de la penetración alegada en la acusación.

También, el hecho de que la prueba pericial no arrojara huellas o desgarró recientes es apenas obvio pues este examen se realizó casi un año después de la ocurrencia de los hechos, siendo ilógico el planteamiento de la defensa, máxime cuando el mismo perito explicó con suficiencia que este tipo de abusos no necesariamente dejan huellas y que la presencia de los signos obedecería a múltiples factores, entre los que se enmarca el inexorable paso del tiempo, por lo que esta precisa cuestión no desvirtúa el sólido relato del menor sobre la violación sufrida casi 12 meses atrás.

En suma, no puede la Sala descartar la real ocurrencia del acceso carnal por el mero hecho de que una pericia realizada con mucha posterioridad a la penetración no indique la presencia de huellas,

más aun cuando el relato realizado por la propia víctima es demasiado diciente y carece de cualquier asomo de un ánimo incriminatorio mendaz en contra del aquí acusado.

Otro planteamiento problemático del defensor en su escueta apelación, lo fue la incorrecta indefensión en la vista pública de su defendido, argumento del todo desfasado pues el menor fue claro en dar el nombre completo de su agresor y las demás personas lo ubicaron en el lugar de los hechos para la fecha de su ocurrencia.

Pareciera que el defensor pretende sembrar con su recurso una especie de duda fincada en la confusión que pudo generarse en el menor para distinguir entre su prohijado y el hermano gemelo de este, pero ello no abandona el campo de las meras especulaciones, dado que ningún elemento de juicio que pudiera estructurar su planteamiento fue traído a juicio, máxime cuando si bien existe ese hermano, no alcanzó a establecer que estuviera también presente para la fecha y hora de los hechos denunciados.

La desesperada coartada de un problema entre la madre del menor y el acusado, también carece de un respaldo fiable, pues si se mira con detenimiento el decurso del juicio, nunca se generó una discordia entre ellos, más allá de que la madre presuntamente manifestara que el acusado no les daba dinero a sus hijos; es más, el mismo acusado manifestó que su relación con Cindy Madeleine Rojas Morales era buena, situación que hace caer de bulto la apreciación amañada del recurrente.

Ahora bien, el hecho de que el niño viera al procesado con posterioridad a los hechos y actuara normal no es un indicativo de que el hecho no ocurrió sino más bien una manifestación del miedo que le producían las amenazas de las que fue objeto, de las que se reitera fueron la violencia empleada por el acusado para accederlo carnalmente.

Tampoco existe tal indeterminación en las fechas como lo pretende afanosamente hacer notar el recurrente; es claro que el *baby shower* existió, que fue el 9 de septiembre de 2017 y que allí estuvo presente el procesado, quien se quedó a solas con la víctima.

Por todo lo señalado en precedencia, para la Sala no queda duda que el señor **Yojan Andrés Macías Espinosa** realizó accedió carnalmente, valiéndose de violencia física y psicológica a J.S.G.R. quien para el momento de los hechos, esto es, 9 de septiembre de 2017, contaba con 11 años de edad, situación que hace mas gravosa la conducta, de conformidad con lo explicado al inicio de este acápite.

Por último, los testimonios de Jonatan Macías, hermano gemelo del procesado, y de Sonia López, en el sentido de que la víctima después de los hechos tenía un trato normal con el ofendido, en caso de que ello llegara a ser cierto, para nada desvirtúa el abuso sexual y se puede explicar en el hecho de que el niño fue amenazado por el procesado para que guarde silencio sobre lo sucedido.

Así, por haberse demostrado por el Ente Acusador con la certeza racional requerida para estos asuntos, el tocamiento libidinoso realizado por el acusado a la menor víctima, impele en este caso confirmar el fallo de primer nivel.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

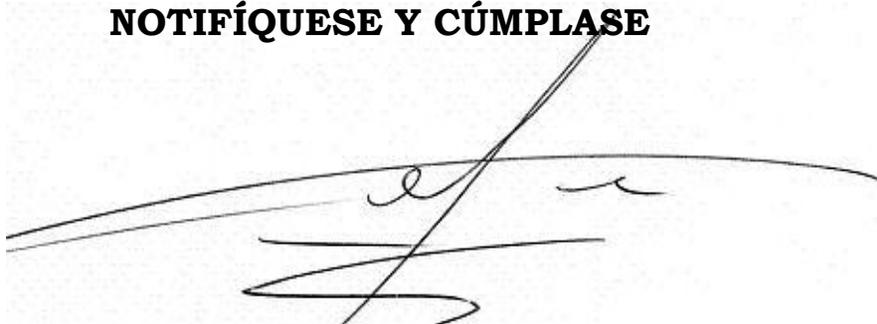
8.1. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia del 3 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello, Ant., que condenó al señor **Yojan Andrés Macías Espinosa** por el delito de acceso carnal violento, agravado, y le impuso una pena 16 años de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, de conformidad con las razones que se expusieron en las consideraciones de la presente decisión.

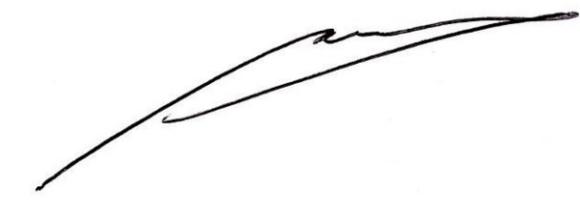
SEGUNDO: Esta sentencia es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión remítase al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado