



SALA PENAL

Radicado: 05212-60-00201-2018-06024
Procesado: Gildardo Antonio Gómez Cadavid
Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Actos sexuales con menor de 14 años
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 118

Medellín, cuatro (4) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa en contra de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí que declaró la responsabilidad penal de Gildardo Antonio Gómez Cadavid como autor del concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

2. ANTECEDENTES

2.1. De los hechos

La Fiscalía General de la Nación le atribuyó en la acusación al señor Gildardo Antonio Gómez Cadavid que, en repetidas ocasiones, realizó sobre la menor N.A.T.A. múltiples acciones constitutivas de abuso sexual, consistentes en tocarla por

dentro y por fuera de la ropa en los senos y la vagina, darle besos, masturbarse frente a ella y en una ocasión le hizo practicarle sexo oral, lo cual habría ocurrido entre los años 2008 y 2014 en los barrios Santa María y Calatrava del Municipio de Itagüí, más precisamente en la residencia que compartía con la tía de la menor, la señora Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave, como su compañero sentimental, cuando la menor contaba con 7 años y perduraron hasta que esta cumplió la edad de 13 años.

2.2. De la actuación procesal

El 12 de marzo de 2019, ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Copacabana, Antioquia, se formuló imputación en contra de Gildardo Antonio Gómez Cadavid por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, de acuerdo con el artículo 209 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados por el imputado.

El 21 de enero de 2020, ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí se formuló acusación, en contra de Gildardo Antonio Gómez Cadavid, siendo precisada en cuanto a que los hechos sucedieron desde el año 2008 hasta el año 2014, cuando la menor contaba con entre 7 y 13 años de edad; además, aclaró que tuvieron ocurrencia en los barrios Santa María y Calatrava. La imputación jurídica se hizo por el concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años (artículo 209 del C. P.) en concurso heterogéneo con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del C. P.) en calidad de autor material.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 4 de marzo de 2020, en la que se presentaron las solicitudes probatorias, y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones de audiencia los días 21 de abril, 6 de octubre y 3 de noviembre de 2020, y el 21 de enero de 2021, fecha última en que se alegó de conclusión. El 9 de mayo de 2022 se anunció el sentido condenatorio del fallo, se realizó la audiencia de individualización de la pena y se dio la lectura de la sentencia, contra la cual interpuso recurso de apelación la Fiscalía, el que sustentó oralmente, al igual que la defensa que lo sustentó por escrito dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado examinó la congruencia entre la formulación de imputación y acusación, concluyendo que en esta última solo se alteró la calificación jurídica inicialmente anunciada en la imputación, como se constata con la comunicación inicial de los cargos realizada el 12 de marzo de 2019, en la que la Fiscalía dio a conocer el sustento fáctico del adicional delito concursal atribuido en la acusación. De manera que en estos dos actos procesales coinciden las conductas punibles atribuidas desde el plano fáctico, que es inflexible, respetándose los parámetros racionales en la modificación de la calificación jurídica, por lo cual estimó que la adición jurídica del acceso carnal no implicaba violación de garantías del procesado.

En cuanto a la discusión de fondo, acogió la pretensión condenatoria de la Fiscalía al considerar que de la valoración

probatoria se concluye que las conductas desplegadas por el procesado fueron típicas, antijurídicas y culpables.

Partió en su examen de considerar que el tipo de delitos por el que se procede, usualmente se desarrolla sin la presencia de testigos diferentes a la propia víctima, de manera que procedió a valorar la declaración de esta última, que fue incorporada por el entrevistador forense Jhanior Romaña Romaña. Según esta pieza procesal, dijo la menor que desde que ella tenía 7 u 8 años, hasta aproximadamente haber cumplido los 13, cuando visitaba la casa de su tía ubicada en el Municipio de Itagüí, el procesado, que era pareja sentimental de la tía, aprovechaba cualquier momento en el taller de máquinas, en la pieza o en el baño, para masturbarse en su presencia, tocarle los senos, la vagina, las nalgas, por dentro y por fuera de la ropa, haciendo que en una ocasión, cuando ella tenía 8 años, le practicara sexo oral, así como besarla cuando salían al parque.

Estimó que esos dichos se encuentran corroborados periféricamente por cuanto no se ha comprobado que existan razones para que la víctima mienta con la finalidad de perjudicar al procesado, pese a que su tía, la señora Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave sostuvo que su sobrina es una mentirosa y habría admitido que lo denunciado era falso; por el contrario, consideró que esta testigo demostró un patrón de mendacidad porque, con un ánimo abiertamente parcializado hacía el acusado derivado de los lazos de afecto con su expareja sentimental, alteró de forma radical su versión de los hechos, negando lo anteriormente dicho. Incluso aseguró que nunca dijo lo expuesto en la entrevista del 24 de julio, incorporada por

retractación como testimonio adjunto (acorde con la providencia del 20 de mayo de 2020, radicado 52045, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), pues le resulta inverosímil que el funcionario que recibió la entrevista altere las pruebas para perjudicar a un desconocido, asumiendo el riesgo de perder su investidura y la libertad.

Igualmente, dedujo que N.A.T.A. sufrió un daño psíquico causado a raíz del ataque sexual, toda vez que su tía Sandra Yurani Tabares Arroyave precisó que, por todo lo ocurrido, la menor quedó con carácter débil y sensible, incluso fue internada en el hospital mental.

Agrega que la incriminación realizada por la víctima se prolongó en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicción, pues fue uniforme en los aspectos esenciales de su versión brindada a la tía Sandra Yurani con la dada al entrevistador forense, aunque esta última fue más detallada, señalando que la señora Sandra Yurani explicó que no quiso profundizar en la indagación del asunto para no perturbar a su sobrina; lo que coincide con lo narrado por la tía Daimaruk del Pilar en su entrevista en el sentido de que Gildardo Antonio Gómez Cadavid le manifestó que se dieron mutuos tocamientos en genitales y práctica de sexo oral. Advirtió que, pese a que esto último sería prueba de referencia, al tratarse de una admisión de parte, constituye una excepción a la inadmisibilidad de la misma, al no haber menoscabo al derecho a la contradicción ya que el declarante no puede objetar que no ha podido contrainterrogarse a sí mismo.

Consideró que la víctima y el victimario pudieron estar a solas, pues las tías de la menor manifestaron que esta, en tiempos de descanso, visitaba la casa de Daimaruk del Pilar donde habitaba el procesado, aclarando la víctima que aquel se valía de los instantes en los que su tía estaba en la tienda, ocupada en la cocina o en el baño para realizar los actos.

Juzgó que hubo dádivas del procesado que le hizo a la víctima, sin que existiera una explicación diferente a propiciar el abuso sexual, lo que se constató con la revelación de Daimaruk del Pilar Tabres, quien afirmó haber sorprendido a Gildardo Antonio Gómez diciéndole a N.A.T.A. que lo hiciera como antes cuando ella estaba pequeña, agregando que ahora que estaba más grande se sentiría mejor y, ante la recriminación de la tía sobre lo que sucedía, N.A.T.A. le indicó que el procesado le estaba pidiendo un masaje en los pies, luego de lo cual este le entregó \$5000 a la menor para lo que necesitaba, lo que entiende el fallador se trataba de la compra del silencio de la menor.

Así mismo, tuvo en cuenta que el acusado le envió a N.A.T.A. mensajes cargados de insinuaciones eróticas a través de redes sociales, lo que se desprende de lo dicho por Daimaruk del Pilar Tabares al indicar que ingresó a la cuenta de Facebook del procesado y encontró que este le decía a su sobrina que era un ángel vestido de demonio porque cuando estaba pequeña hacía las cosas muy bien y ahora que estaba más linda no quería hacer las cosas que tanto le gustaban a ambos; además que comentaba las fotos de la menor, refiriendo que era muy linda.

En cuanto a la demostración de la edad inferior a 14 años de la víctima al momento de las ilicitudes, advirtió que en nuestro sistema rige la libertad probatoria, por lo que el estado civil no se demuestra únicamente con el registro o documento equivalente de un individuo, sino que puede emplearse cualquier medio de prueba, estando acreditada la edad de N.A.T.A. con la entrevista que rindió.

Además, estimó que la afectación de la integridad y formación sexual de la víctima es un asunto que se presume de derecho, al estar demostrado que el acusado tuvo contactos de carácter libidinoso con ella y consideró que, como la imputabilidad del individuo se presume, ante la falta de contra evidencias, se deduce que el procesado, al momento de realizar la conducta, pudo haber conocido, cuando menos potencial y razonablemente, lo ilícito de su conducta y pudo determinarse conforme con esa comprensión.

Agregó que el testimonio del entrevistador Jhanior Romaña Romaña es creíble, pese a que se le impugnó credibilidad, pues no tuvo inconveniente en rectificar su error en cuanto a la confusión de la entrevista sobre el hecho de que N.A.T.A. no haya llorado al narrar lo sucedido, de manera que las evidencias incriminatorias han llevado a la convicción racional de la responsabilidad penal.

Advirtió que, al haberse referido la Fiscalía a un número plural de actos sexuales sin indicar el número exacto, por

favorabilidad, la declaratoria de responsabilidad se reduciría a dos de ellos.

En suma, declaró la responsabilidad del procesado por la comisión de un acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por la introducción del pene en la boca de la víctima, y dos actos sexuales con menor de 14 años, por haberle tocado la vagina y los senos, imponiendo una pena de 168 meses de prisión y la prohibición de acercarse a la víctima o a los integrantes de su núcleo familiar por un tiempo igual a la pena principal. Además, negó la concesión de subrogados penales por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

4.1. La Fiscalía presentó recurso de apelación al no compartir la decisión en cuanto se deduce un comportamiento ilícito y desleal con la administración de justicia de parte de la señora Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave. Estima que debió cumplirse con lo previsto en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal toda vez que el comportamiento de esta testigo va en contra de las disposiciones del Código Penal y precisamente, al momento de recibir el testimonio, el juez le había advertido que se iniciaría una causa criminal de faltar a la verdad en el juicio.

Lo anterior por cuanto, afirma, en la sentencia se califica el comportamiento de la testigo como sumamente inverosímil, refiriéndose a sus afirmaciones y que tiene un patrón de

mendacidad, al igual que se indica que tuvo un ánimo abiertamente parcializado y alteró de forma radical su versión de los hechos; además que se conceptuó que no fue la menor N.A.T.A. quien faltó a la verdad, sino su tía Daimaruk del Pilar quien tenía el propósito de encubrir al encausado. Así mismo, se advirtió que esta testigo en el curso del juicio oral se arrepintió al percatarse de las consecuencias que tendría que afrontar el individuo que aún apreciaba.

Considera que no hay la más mínima duda de que en contra de la señora Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave debe abrirse una investigación penal para que se verifique si en efecto se puso en contra del contenido del artículo 442 del Código Penal, con mayor razón cuando se trata de un delito sexual en contra de una menor de edad que es su sobrina y que fue la misma testigo la que presentó la denuncia.

Por tanto, pide que se ordene la correspondiente compulsas de copias en contra de la señora Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave para que sea investigada por el delito de falso testimonio.

4.2. El apoderado de víctimas, como no recurrente, coadyuva la solicitud de la Fiscalía.

4.3. La defensa, como no recurrente, se opone a la solicitud de la Fiscalía por cuanto su rol de acusador se ha satisfecho, con la obtención de una condena; además, debido a que la sentencia aún no se encuentra ejecutoriada ni en firme, no podría compulsarse copias en contra de una persona teniendo

en cuenta que opera la presunción de inocencia que se encuentra incólume, siendo ilógico que se pretenda iniciar una investigación penal cuando la sentencia no está en firme, atiborrando los despachos judiciales que se encuentran congestionados. Por consiguiente, solicita que se mantenga la decisión recurrida, incluyendo la orden de privación de la libertad hasta tanto la sentencia cobre ejecutoria.

4.4. En su calidad de recurrente, el defensor de Gildardo Antonio Gómez Cadavid pretende que se anule la sentencia condenatoria o, en su lugar, sea revocada y se absuelva a su prohijado de los cargos atribuidos.

Se queja por cuanto el juez de primer grado le atribuye a la entrevista forense de la menor postulada como víctima la condición de declaración cuando no lo fue, ya que no acudió al proceso a declarar, sin conocerse probatoriamente por qué razón, además que alude a afirmaciones de la señora Sandra Yurani Tabares Arroyave que no fueron dichas por la testigo, cambiando posiblemente la naturaleza o identidad de sus manifestaciones y atribuyéndole valor probatorio a lo que no tiene, como por ejemplo la entrevista forense para establecer la edad de la presunta víctima, suprimiendo el valor probatorio que requiere para el asunto como lo es el registro civil de nacimiento de la menor, o una tarjeta de identidad, con la que se estableciera la minoría de edad para la fecha de los hechos, entre otros aspectos; arguye que también renunció la primera instancia a una valoración psicológica para establecer si existió o no como síntoma del abuso la afectación mental, un daño psíquico, incluso faltó una constancia de hospitalización del

hospital mental de Bello, lo que suplió el juez con la manifestación de la tía Sandra Yurani, bajo la excusa de que existe libertad probatoria.

Sostiene que en la sentencia se desestiman las inconsistencias e imprecisiones en las que incurre el investigador de la Fiscalía que realizó la entrevista forense a la víctima, escudándose en el que pasar del tiempo hizo que no recordara, pese a que se le puso de presente el video de la entrevista misma y su informe que no coincidían, en donde no se encontró un síntoma de abuso como “romper en llanto”.

De otro lado, alega que el juez no advirtió la falta de congruencia en tanto la imputación fue solo por actos sexuales, mientras que la acusación fue variada abruptamente para agregarle el acceso carnal abusivo, sin que se haya realizado una debida imputación en punto de la narración de los hechos y la consecuente norma presuntamente violentada. Estima que se está sorprendiendo al procesado con una acusación más inflada que la misma imputación y no se le dio oportunidad al acusado de entender la comunicación que debió ser en la imputación de los demás delitos por los que se le acusaba, violando claramente su derecho a la contradicción, confrontación y defensa, y con todo el debido proceso. Afirma que no es cierto que se hayan narrado los hechos de acceso y, de haberlo hecho, se hizo de solaz, es decir, aparte de los que se le estaba imputando como actos diversos del acceso, lo que excluye los accesos acusados y por los que se condenó, cuando debió procederse a una adición de la calificación jurídica en la imputación.

Arguye que la Fiscalía citó a más testigos como la misma madre de la víctima, pero ninguna de las dos acudieron al juicio oral como tampoco la otra tía y el investigador con el que se iba a acreditar la minoría de edad, pero la judicatura se refiere a la libertad probatoria, cuando en la audiencia preparatoria se decretaron estos testimonios y se renunció a otros, con lo que la Fiscalía abandona su deber de satisfacer la carga probatoria debida para solicitar condena, llegando el juez a la conclusión de que las conductas desplegadas por el acusado son típicas, antijurídicas y culpables, desconociendo que debió analizar la existencia de causales que excluyan la responsabilidad, la presunción de inocencia y la duda razonable que, en su sentir, pulula en este plenario.

Señala que no se sabe qué edad tenía la víctima para el año 2008 a 2014, fechas en que se habrían cometido las conductas acusadas, pues no se conoció en el proceso, como prueba directa, si antes o después de ese tiempo ocurrieron los presuntos actos, justamente por ausencia de expresar las circunstancias de la fecha, lugares, modo y persona, habida cuenta de que el verdadero posible abusador era el padrastro de la menor, el señor Juan Joaquín.

Considera que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, puesto que el juez le dio la connotación de testimonio adjunto a la entrevista espuria que le tomaron a Daimaruk Del Pilar, cuando ella la negó en el juicio y el fiscal había indicado que su ánimo era el de impugnarle credibilidad, pero el juez acomodó este ejercicio como testimonio adjunto

desequilibrando la balanza de la imparcialidad, al hacer pedagogía para el fiscal, labor únicamente permitida a los órganos de cierre en apelación, casación y revisión, por lo que no se garantizó la posibilidad del sindicado de ejercer el derecho de defensa material y, aunque contó con defensa técnica, tampoco se dejó ejercitar debido a que el juez callaba al defensor y enseñaba a la Fiscalía como hacer su rol.

Con relación a la aseveración de que este tipo de delitos se cometen, según su forma, en la soledad de una habitación o un paraje solitario, por lo que no existe aparte de la víctima otros testigos directos, critica que el juez también aludiera a que los tocamientos ocurrieron en un parque, el cual no es un paraje desolado o una habitación; además que se omite establecer en qué casa ocurrieron los abusos porque no se entendió si en el barrio el Rosario o el barrio Calatrava de Itagüí.

Reitera que la entrevista de la víctima no es una declaración y solo es prueba de referencia, sin que se hubiere establecido si cuando se refiere a años se alude a la edad de la menor o de haberla conocido el procesado, y que se cita una jurisprudencia del año 2020 con radicado 55957, cuando la conducta denunciada habría ocurrido entre el 2008 al 2014, por lo que no se garantiza el fenómeno de preexistencia de la sentencia.

Estima que es indeterminada la afirmación del fallador cuando indica que el procesado aprovechaba cualquier momento para abusar de la menor y no puede constituir prueba para condenar, pues no se conoce en el proceso en qué casa del taller de máquinas, de la pieza o en qué baño, menos dónde era

que se masturbara en su presencia o le tocaba los senos, la vagina, las nalgas, por dentro y por fuera de la ropa, o que le practicara sexo oral, en una ocasión, cuando ella tenía 8 años, ni que la hubiera besado cuando salían al parque.

Critica la consideración del juez respecto a que no se habrían comprobado razones para que la menor mintiera con la finalidad de perjudicar al acusado, pues cuando se coloca una denuncia no solo podría ser para perjudicar a una persona, sino también, como en este caso, para ocultar lo que le estaba haciendo Joaquín su padrastro, o una narración fabulosa o imaginaria trasladando lo uno al otro. Así mismo, indica que el juez de primer grado hace a un lado el testimonio de la tía Daimaruk al haber declarado que la menor era mentirosa y que le dijo después que todo lo denunciado era falso, sin que resulte cierto que la tía haya mentido por el afecto con su expareja sentimental y para cambiar su versión documental, toda vez que ya no existían lazos entre ellos dos ni afecto; además que no consta prueba que sostenga la afirmación del fallador que de que, por sentirse traicionada, sus emociones la impulsaron a denunciar, pero luego dice, con cabeza más fría se arrepintió por las consecuencias que tendría que afrontar el individuo que aun apreciaba.

También alega que en la sentencia no se precisa cuál fue el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual que sufrió N.A.T.A., puesto que no es cierto que su tía Sandra Yurani Tabares haya precisado que aquella, por todo lo ocurrido, quedó con carácter débil y sensible e incluso fue internada en un hospital mental, porque lo cierto es que esta testigo aseveró que

el comportamiento de la niña ha sido muy débil, ha estado en el hospital mental varias veces, no sabe si por lo mismo o por lo que ha vivido, y que ha sido una joven de mal carácter sensible y débil.

No le resulta coherente que la víctima haya realizado una incriminación prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicción, de una parte, porque la víctima presunta no declaró y, en segundo lugar, porque lo dicho en la entrevista no fue corroborado. De igual forma, estima que no es cierto que la entrevista fuese más amplia que lo corroborado por Sandra Yurani, ni que esta no quisiera profundizar en el asunto para no perturbar a su sobrina, pues incluso señaló la testigo que no tuvo oportunidad de conversar con la menor sobre el presunto abuso. Así mismo, alega que lo supuestamente informado por el procesado a la señora Daimaruk es prueba de referencia inadmisibles por la posible narración de un hecho inexistente y sin corroboración.

Sobre las supuestas dádivas que el procesado le hizo a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, arguye la defensa que basta con decir, como lo advirtió Daimaruk Del Pilar, que el señor Gildardo Antonio era como un padre para N.A.T.A. lo que hace lógico que le dé dinero para un helado, una tarea de la escuela o la invite a tomar fresco, lo demás es pensar mal. Igualmente, asegura que no está probado como prueba directa ni de corroboración que el acusado le envió a N.A.T.A. mensajes cargados de insinuaciones eróticas a través de redes sociales.

5. CONSIDERACIONES

5.1. El aspecto impugnado por la Fiscalía versa exclusivamente sobre la omisión de dar aplicación al artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el juez no habría aplicado su inciso 2º al abstenerse de compulsar copias contra la señora Daimaruk Del Pilar Tabares Arroyave, quien al comparecer al juicio se retractó de los aspectos incriminadores contenidos en la entrevista que fue incorporada como testimonio adjunto, es decir, censura la omisión de dar un orden de investigar penalmente a la testigo, lo cual no constituye un aspecto propio de la sentencia y no resuelve o deja de resolver un asunto sustancial o esencial del proceso que adquiera la calidad de un auto, situación que demarca que carezca de recurso de apelación.

Naturalmente que fijar la credibilidad de los testigos es un asunto propio de la decisión que resuelve la instancia cuando debe definirse el sentido del fallo por la evaluación de las pruebas; sin embargo, la consecuencia de expedir copias para la investigación penal del delito de falso testimonio por conocer con su sola práctica que existió la comisión de un delito es un asunto que por su naturaleza no hace parte integral de la decisión final, como lo revela que incluso si el juez lo consideraba del caso podría haber compulsado las copias inmediatamente después de que se concluyera el testimonio.

De otro lado, cabe reparar que la orden de compulsar copias, de ordinario, no ingresa en un aspecto sustancial ni de significación procesal por sí mismo, salvo que comprometa

derechos fundamentales, como cuando se afecta el *non bis in idem*, aspecto que obviamente no está presente en esta situación.

En estas circunstancias, por las razones expuestas, esto es, que la orden de compulsas de copias echada de menos por el recurrente no es parte de la sentencia ni resuelve un aspecto sustancial o esencial del proceso, el recurso de apelación es inadmisibile, por lo que así se procederá a declarar en la parte resolutive de esta providencia.

Pese a lo dicho, no sobra aclarar al impugnante y a la representación judicial de víctimas que lo coadyuva, que a todos los servidores públicos nos asiste el deber de denunciar, contemplado en la norma cuya aplicación se le echa de menos al juez. De modo que el Fiscal bien puede asumir la responsabilidad de cumplir con ese deber si lo tiene tan claro como lo alega, lo cual también podría hacer el Tribunal si, obrando como juez *ad quem*, se percatara de que se dan los presupuestos para ello, es decir, si la realidad procesal permite conocer que la testigo Daimaruk Del Pilar Tabares Arroyave incurrió en el delito de falso testimonio, lo cual derivaría de la valoración que se haga de su deponencia en juicio, aspecto en el que, de una vez se advierte, la Sala no ingresará de mayor modo, porque un evidente error de litigación de la Fiscalía dará al traste con la prueba principal de cargos y con ello la suerte de la condena.

5.2. En este tipo de procesos es de indudable importancia el testimonio de la víctima por razones obvias en las que no es

menester ingresar, causa por la cual la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viene insistiendo en ilustrar las distintas posibilidades que tiene la Fiscalía para ingresar en el juicio oral las versiones de niños y niñas o adolescentes abusados sexualmente, alentando a la práctica de prueba anticipada o del testimonio del menor o en último término el ingreso de lo expuesto en la entrevista inicial como prueba de referencia, caso último en que no debe perder de vista el ente acusador que para la prosperidad de su caso debe contar con prueba que no sea de referencia que apunte con solvencia la condena que aspira a obtener.

Desafortunadamente, la instrucción de la Corte suele ser desatendida, mermando la Fiscalía, por sus propias decisiones probatorias, las posibilidades de sacar adelante su caso. En este evento, no solo no se echó mano de las mejores opciones que tenía el ente acusador para ingresar en juicio el conocimiento requerido de lo expuesto por la víctima, sino que utilizó uno que no se ajusta a la legalidad, puesto que no estaban presentes los supuestos requeridos para aplicar la causal e) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal sobre admisión excepcional de la prueba de referencia.

En efecto, el 3 de noviembre de 2020, cuando se fue a incorporar como prueba de referencia la entrevista de la afectada a través del testimonio del investigador Jhanior Romaña Romaña, se opuso el defensor advirtiéndole que la joven que se considera víctima estaba presente en las dependencias, que convendría escucharla y que era mayor de edad. La última objeción fue despachada con notoria ligereza, es decir, sin

reflexionar detenidamente en el asunto, toda vez que al fiscal le bastó con replicar que, cuando fue abusada, la víctima era menor y al juez le fue suficiente con citar la sentencia de constitucionalidad C-177 de 2014 de la Corte Constitucional, pese a que en ella nada se dice de extender la causal a mayores de edad ni se puede colegir de la *ratio decidendi* que está fundada precisamente en que la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes —que se concretan en el interés superior que les asiste y en el principio *pro infans*—, permite modular derechos tan esenciales como el de inmediación, concentración, contradicción y defensa.

De esta manera, el más interesado en la suerte de la prueba y el juez se desentendieron del sentido y texto de la causal señalada. Veamos lo que la norma expresamente dispone:

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) ...;
- b) ...;
- c) ...;
- d) ...
- e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

Según el texto y sentido de la norma citada se requieren dos presupuestos para ingresar directamente como prueba de referencia las versiones de los menores abusados sexualmente: El primero es que el declarante sea menor de edad y el segundo que se le haya atribuido la condición de víctima de un delito

contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal.

Ahora bien, este sentido natural y obvio de la disposición legal no puede verse ampliado para ser interpretada al modo como lo hizo el fiscal, esto es, con que bastaba que fuera menor cuando se cometió el delito por diversas razones, empezando por el carácter excepcional del ingreso de la prueba de referencia, lo que en principio impone la interpretación restrictiva, con mayor razón cuando el legislador autoriza su ingreso solo bajo la causal en mención y que la naturaleza de la misma, a diferencia de la señalada en el literal b), es precisa y cerrada a los supuestos que señala.

De forma similar, tampoco cabe ensayar una interpretación finalística y teleológica por cuanto es evidente que la *ratio legis* es proteger a los menores de una revictimización, de manera que al desaparecer esa condición corre igual suerte el privilegio. Naturalmente que, si aun siendo mayor de edad la víctima, resultara imperioso que se evitara volver a recordar el suceso por razones de salud mental —lo que la convertiría en un testigo no disponible—, se debería acreditar esa circunstancia, bajo la cual se podría autorizar su ingreso como prueba de referencia; aunque, claro está, más convendría practicarla como prueba anticipada.

De manera análoga, si se propusiera una interpretación sistemática para desconocer el sentido y alcance de la regulación legal, ella no podría conducir a extender la causal a los mayores, por la simple razón de que una visión de este corte

exige darle eficacia a los valores que encierra la inmediatez y la contradicción, que no deberían ser limitados por eventos en que el declarante es mayor de edad, en quien se reconoce cierta madurez y solvencia para sortear las dificultades que en general se presentan en el transcurso de la vida, con más razón cuando los instrumentos internacionales apuntan también a proteger a los menores y no propiamente a quienes han alcanzado la mayoría de edad.

De todos modos, para que opere la causal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se requiere las dos condiciones antes dichas, esto es, que el declarante sea menor de edad y que se repute víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Establecido lo anterior, se tiene que claramente la víctima, que era la eventual declarante, era mayor de edad al momento de ingresarse la prueba de referencia, como lo advirtió la defensa y que no desmintió el fiscal al alegar que sí era menor cuando se cometió el delito.

Conviene reparar que una de las censuras del apelante se refiere a la falta de acreditación de la edad de la menor, lo que ciertamente no se hizo con la mejor evidencia anunciada como era el registro civil de nacimiento, que además era de fácil incorporación por constituir un documento público, pero como no se hizo le corresponderá al Tribunal establecerla, lo cual en el evento es posible con lo dicho en la acusación y lo dicho por la afectada en la entrevista.

Según la acusación, que le resulta vinculante a la Fiscalía, la víctima en el año 2008 tenía 7 años de edad y los abusos habrían sido hasta los 13 años, es decir, hasta el año 2014, lo cual significa que nació en el año 2001. Esta inferencia fundada se ve reafirmada si consideramos que la entrevista de la víctima se realizó en julio de 2018 y esta dijo tener 17 años, anunciando que cumpliría los 18 el próximo 11 de enero. Valga decir entonces que la afectada nació el 11 de enero de 2001, de modo que para cuando se inició el proceso, se solicitó la prueba y se practicó, ya era mayor de edad.

Por consiguiente, cuando se introdujo la prueba no operaba la causal que habilitaba el ingreso de la versión dada por fuera de juicio como prueba de referencia, lo que la convierte en ilegal; irregularidad trascendente en tanto afecta los derechos de contradicción de la defensa, la que abogaba porque la testigo compareciera, aspecto que evitó el fiscal, pero mal o tarde.

En consecuencia, la Sala no valorará la entrevista de la menor y toda vez que solo subsisten como valorables los testimonios de Sandra Yurani Tabares Arroyave y de Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave, que junto con la entrevista ingresada constituyen las únicas pruebas practicadas, se juzga que los mismos son insuficientes para soportar una condena, ya sea por su naturaleza de referencia en cuanto a la veracidad de las sindicaciones en contra del procesado o de considerarse como indicios resultan no concluyentes al no obtener una

corroboración precisa de la hipótesis fáctica atribuida en la acusación.

Efectivamente, Sandra Yurani Tabares dice que el 24 de diciembre de 2015 escuchó decir que su sobrina, la estimada aquí como víctima, le revelaba a su tía Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave los abusos, lo que percibió pero que no quiso enterarse de más, aunque precisa que no solo escuchó eso de la víctima sino también de la tía mencionada y la progenitora de esta. No da en consecuencia mayores detalles del modo en que se desarrollaron los abusos, el lugar ni su temporalidad. Su dicho es prueba de referencia inadmisibles pues las personas de las que escuchó la información eran testigos disponibles para atestiguar.

Si se pretende reconducir lo escuchado, de lo cual es testigo directo, como base de un indicio, por la ambigüedad de la información no es mucho lo que puede acreditar por sí misma y podría ser reafirmación de lo dicho por la víctima, pero como ya habíamos establecido, al no valorarse su dicho por ser de referencia inadmisibles, no logra ofrecer mayor conocimiento y menos para fundar en ello la condena.

Algo similar ocurre con lo expuesto por Daimaruk del Pilar Tabares Arroyave puesto que, aunque concurrió a juicio y la entrevista ingresada como testimonio adjunto haría parte de su exposición, aun sin valorar las censuras de la defensa sobre su ingreso, en gracia de discusión y de dársele pleno valor a lo dicho en la entrevista, se tiene que no dejaría de ser prueba de referencia por cuanto los abusos no les consta; de manera que

cuando más es prueba indiciaria de que escuchó de la existencia de abusos y aún de la admisión de la que da cuenta por parte del procesado.

Ahora bien, si consideramos la insularidad de esta prueba y que aun en casos de admisión o confesión se requiere corroborar los aspectos que determinan la condena como es la existencia del delito y su responsabilidad, juzga el Tribunal que serían indicios que no logran ser concluyentes de la responsabilidad.

A la testigo no le consta efectivamente nada por sí misma y su credibilidad depende de la sinceridad de otras personas pues no observó ningún abuso, ni siquiera la conversación que escuchó puede reconducirse a la evocación de los abusos sexuales anteriores, por cuanto la explicación de que se trataba de masajes en los pies los que se añoraban y que antaño la menor hacía bien y para ese momento no, quedó establecido de un modo que se requieren adicionales soportes probatorios para desvirtuarlo, así como el dinero que se le daba y que se vinculó a la realización de actividades escolares y que el juez no debió utilizar como corroboración periférica, salvo que se hubiera descartado la justificación dada.

Igualmente, como al procesado no se le pueden poner cargas de atestiguar en su proceso, no parece acertada la exoneración de invocar causal alguna de procedencia de la prueba de referencia bajo la argumentación del juez de que como es una expresión que le es propia es prueba de referencia

admisible; criterio del que se aparta la Sala porque ello implicaría el correlativo deber del procesado de atestiguar.

No sabemos los motivos que le habrían asistido al justiciable para admitir lo que la testigo dice que, entre otras cosas, se distancia de las descripciones que efectuaba sobre los hechos la afectada; pero ello no ofrece un conocimiento seguro en tanto desconocemos bajo qué lógica y entendimiento le resultaba al justiciable que su exposición le aseguraría que su excompañera no lo abandonara.

Incluso aun tomando lo que conoce de oídas esta testigo como un indicio grave de que ocurrieron los abusos en una época en que fueran reprimibles por el derecho penal, no se logra obtener un conocimiento seguro que descarte otras hipótesis probables, lo cual será razón suficiente para revocar la condena y la consecencial orden de aprehensión que se difirió a la ejecutoria de la providencia.

Esta forma de resolver el asunto releva a la Sala de ingresar en múltiples aspectos cuestionados pese a que algunos tendrían utilidad pedagógica, pues lo cierto es que dicho ejercicio no se hará por considerar que la actividad judicial debe restringirse a la requerida para la adopción de la decisión, con mayor razón cuando otros asuntos están en espera de ser resueltos.

En mérito de lo 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

Revocar la sentencia condenatoria recurrida y, en su lugar, absolver a Gildardo Antonio Gómez Cadavid de los cargos formulados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con actos sexuales con menor de catorce años. En consecuencia, se ordena cancelar cualquier requerimiento judicial que exista en contra del procesado por este asunto, incluyendo la orden de captura anunciada en primera instancia y que sería proferida a la ejecutoria de la decisión.

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