

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, primero (1º) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 052126000201201806702
Procesado: Luis Enrique Borja Quintero
Delito: Acceso Carnal con menor de 14 años
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 23 Aprobada por acta No. 78 de la fecha
Decisión: Confirma el fallo recurrido
Lectura: Martes, 9 de agosto 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 17 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, Ant., que condenó al señor **Luis Enrique Borja Quintero** en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y le impuso una pena 12 años y 6 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Para el año 2014, la menor D.E.R.M, de 9 años de edad, fue abordada por su amiga Diana, hija del vecino **Luis Enrique Borja Quintero**, quien la tomó de la mano y la llevó hasta su casa, ubicada en la avenida 37C No. 60^a-49 del Barrio Niquía del municipio de Bello, Antioquia y que una vez en esa vivienda, el señor **Borja Quintero** acostó a D.E.R.M. en una cama, le quitó su ropa y la accedió carnalmente, indicándole que no contara lo ocurrido, porque de lo contrario volvería a repetir el abuso.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 25 de febrero de 2019, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bello, se legalizó la captura y se le formuló imputación al señor **Luis Enrique Borja Quintero**, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio.

La Fiscalía presentó escrito de acusación que correspondió conocimiento por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, quien presidió la verbalización del acto vocatorio a juicio el 2 de junio de 2020. La audiencia preparatoria se realizó el día 6 de julio de ese año.

El juicio oral comenzó el día 15 de septiembre de 2020, culminando el 12 de julio de 2021, fecha en la cual se clausuró el debate probatorio, las partes alegaron de conclusión y se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio, se dio trámite a la audiencia del 447 procesal.

El 17 de septiembre de 2021 se emitió la sentencia que ponía fin a la instancia, frente a la cual la defensa del procesado interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* consideró que la prueba practicada en juicio a instancias del Ente Acusador permitía establecer, con el grado de certeza racional exigida, la responsabilidad del señor **Luis Enrique Borja Quintero** en el delito por el cual fue llamado a juicio.

Señaló que esos aspectos fueron corroborados por otros testigos que acudieron a la vista pública, quienes, si bien no presenciaron el acto lúbrico, si expusieron lo que escucharon sobre el relato que les dio la víctima acerca de lo sucedido y entregaron datos de lo que percibieron de manera previa, concomitante y posterior al abuso.

Luego de hacer un recuento sobre las declaraciones rendidas en juicio por los testigos que comparecieron a juicio, la funcionaria de primer nivel señaló que, como suele ocurrir en estos eventos de abusos contra menores, la única testigo directa fue la misma víctima, situación que no demeritaba el valor suasorio de su declaración, dado que sus dichos contenían suficientes elementos de credibilidad intrínseca y extrínseca, lo que se derivaba de lo enseñado por la prueba periférica y el examen científico aducidos a juicio.

Indicó que la víctima rindió una exposición, clara, sincera y espontánea de los hechos, que no obstante haber transcurrido mucho tiempo desde la ocurrencia de estos y su declaración en juicio, dio cuenta del recuerdo claro en los aspectos relevantes sobre cómo ocurrió el ataque sexual de parte de su vecino, por medio de un relato consistente y reiterado con lo que había manifestado a lo largo de la indagación e investigación.

Además, indicó que no existe un ánimo de resentimiento o enemistad de parte de la menor contra el acusado por cuanto manifestó en juicio que se sentía allegada a la familia del acusado y que se observa que existía una relación de amistad entre las dos familias, aunado a que la menor visitaba frecuentemente la casa del señor **Borja Quintero** para jugar con otras personas, dentro de las que se encuentra una que califican como “especial”.

Refirió que los testimonios de los profesionales que atendieron a la menor, tampoco son prueba de referencia, puesto que si bien entregaron en sus declaraciones ciertos aspectos de lo que la menor les contó, el fondo de su testimonio está orientado a dar cuenta de las secuelas que sobrevinieron en la esfera psíquica y emocional de la víctima por causa del abuso, constituyéndose en prueba periférica que confirma la ejecución del delito.

Reiteró que la menor fue conteste en todas las distintas veces en que contó lo sucedido y que esos dichos tuvieron corroboración periférica como fue la prueba forense de medicina legal, que logró enseñar la verosimilitud del abuso narrado por la víctima, pues efectivamente se presentó un desgarró antiguo cicatrizado, que es indicador del hecho, mismo que si bien no se puede establecer la fecha en que se originó, si concuerda con los dichos de la

menor frente al vejamen sexual al que fue sometida por parte de su vecino.

También señaló el juzgador de primera instancia que la prueba de descargo no logra desmentir los dichos de la menor en juicio, dado que limitaron sus declaraciones a manifestar que no creían al procesado capaz de realizar ese tipo de actos; por el contrario, adujo que esas declaraciones permitían corroborar varios aspectos relatados por la víctima en juicio, como la proximidad entre la niña y el acusado por la vecindad y la asidua asistencia de la menor a la casa de aquél.

Indicó que el hecho de que la menor no recordara la fecha exacta de la ocurrencia del abuso no era pie para pensar la no ocurrencia del delito, pues esa imprecisión u olvido era plenamente explicable por la corta edad de la menor, aspecto que no fue obstáculo para narrar con detalle las vivencias en torno al evento lascivo del que fue víctima.

Para la *a quo*, el hecho de que la menor fuera hiperactiva o que la madre la descuidara, no genera ningún tipo de impedimento para condenar, por cuanto esos aspectos no habilitaban al acusado para atentar contra la integridad sexual de la víctima; tampoco tendría incidencia conocer si el líquido referido por la niña en su relato era semen o no, dado que la eyaculación no es presupuesto de configuración del punible.

Por estos argumentos, la juez profirió condena en contra del señor **Borja Quintero** por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia señalando que la no determinación de la actuación de la hija del procesado que presuntamente llevó a la víctima hasta la casa de este, establecía incertidumbre en el presente asunto.

Censuró el fallo de primer nivel, considerando que la menor no fue clara en sus incriminaciones por cuanto relató unos tocamientos y la investigación era por un acceso; además, la declaración de la menor no permitió establecer una fecha cierta ni el sitio exacto de ocurrencia del ataque sexual.

Señaló que la declaración de la menor, contraía un problema de congruencia con los hechos jurídicamente relevantes, los que adujo no fueron debidamente probados por parte del Ente acusador en el decurso del juicio oral.

Cuestionó el valor probatorio dado a la prueba de descargo, por considerar que estos testigos fueron claros y sí relataron la verdad de lo ocurrido.

Se quejó el recurrente de la indeterminación de la cosa blanca que relata la niña botó el procesado, al igual de las presuntas amenazas referidas por la niña. También, indicó que no se acreditaron las secuelas psicológicas de la menor ni que haya sido penetrada por su prohijado mediante violencia.

Adujo que en el presente asunto existía una atipicidad objetiva, por cuanto para la fecha en que se formuló imputación a su

prohijado, la menor contaba con más de 14 años de edad, rompiéndose así un elemento esencial del tipo penal por el que era procesado su defendido.

Señaló que existe duda sobre la penetración, por cuanto 2 profesionales que acudieron a juicio fueron contradictorios en sus dictámenes, pues mientras uno decía que hubo desgarró, el otro manifestaba que no existían lesiones genitales; además, la perito médico presentó 2 historias clínicas donde se contradecía sobre si el himen era elástico o no.

Por lo anterior, considerando la existencia de una duda solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se profiera fallo absolutorio.

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 Segundo 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 que sus reparos tienen que ver directamente con la valoración probatoria efectuada por la judicatura de primer nivel, encontrándose un problema jurídico principal de índole fáctica, del siguiente tenor:

- ¿Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía, por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor **Luis Enrique Borja Quintero** accedió carnalmente a la menor D.E.R.M. en el año 2014, cuando esta tenía 9 años de edad?

Por ello 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.

7.2.1 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 racional¹.

¹ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

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.

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 probatorio².

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 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.

² 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.

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. 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 sexuales³.

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 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 relatos⁴.

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

³ Cfr. CSJ Rad. 23706 del 26 de enero de 2006.

⁴ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

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.⁵

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 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:

⁵ Sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568

“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.⁶

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 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**

⁶ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

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**”.⁷ – *Negrilla propia*–

Desarrollando esta línea de pensamiento, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016⁸, 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

⁷ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁸ 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.

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.”

7.2.3. Análisis probatorio del caso concreto:

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 con las pruebas practicadas en el juicio, pudo demostrar la Fiscalía que en el año 2014, **Luis Enrique Borja Quintero** accedió carnalmente a la menor D.E.R.M.

Ello, por cuanto la defensa alegó en su escrito de apelación que la juez de primera instancia no valoró en su justa media las pruebas practicadas en juicio oral, pues consideró que las probanzas llevadas a juicio no permitían establecer con certeza la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de su prohijado.

Así las cosas, para resolver el asunto en cuestión, lo primero que hará esta Colegiatura es una depuración probatoria, esto es,

verificará cuáles de las probanzas que se practicaron en el juicio oral sí tienen la capacidad para ser analizadas y valoradas, dadas las reglas propias del enjuiciamiento penal y la jurisprudencia al respecto.

7.2.3.1. Depuración probatoria.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que la menor D.E.R.M declaró en el juicio oral, se tiene que la Fiscalía trajo a juicio a Flor Ángela Muñoz madre de la ofendida, cuya declaración tiene una doble connotación; la primera, como prueba de referencia inadmisibles en lo que guarda relación sobre lo que escuchó cuando la niña le relató lo sucedido al interior de la vivienda donde estaba con el acusado; y la segunda como testigo directo de lo que ella pudo percibir con ocasión al comportamiento de la menor antes y después del presunto abuso.

Así, lo único que será susceptible de valoración en esta segunda instancia, son los aspectos de su declaración que guarden relación con su segunda condición, esto es, lo que directamente percibió de forma previa y posterior y que no guarde relación con la revelación de la niña, por la potísima razón de que los dichos de la menor fueron escuchados en juicio de su viva voz, lo que implica que todo lo manifestado por esta testigo sobre ese aspecto es prueba de referencia inadmisibles que debe excluirse del debate probatorio.

También se tuvo el testimonio de Olga Helena Riaño Carrascal, investigadora del CTI, cuyo conocimiento de los hechos lo obtuvo a través de la entrevista que le realizó a la niña el 11 de abril de 2019, motivo más que suficiente para predicar que su

declaración es prueba de referencia inadmisibles y no susceptibles de valoración, habida cuenta que la niña compareció a juicio.

Otros deponentes que trajo la Fiscalía fueron Olivia Del Carmen Jiménez Martínez y Catalina Sofía Vallejo Aristizábal, médicos del Hospital Marco Fidel Suárez y del Instituto Colombiano de Medicina Legal. Respecto de la primera de los declarantes, se tiene que el conocimiento de los hechos lo obtuvo por el relato que le hiciera la menor y que, además, no le practicó examen sexológico de forma directa a D.E.R.M., sino que ello lo realizó un compañero suyo, motivos más que suficientes para que su declaración no sea valorada en esta instancia.

Ahora, en relación a Catalina Sofía Vallejo Aristizábal, quien subió al estrado a entregar una versión de la atención prestada a D.E.R.M. en su rol de funcionaria de Medicina Legal, se tiene que su testimonio cuenta con una doble connotación, a saber, como testigo de referencia y como testigo perito de la valoración que realizó.

En la primera de sus calidades (testigo de referencia), deviene diáfano que no es susceptible de valoración los dichos de este por las mismas razones que se expusieron con ocasión a la investigadora del CTI y su colega médica, siendo posible solo analizar su declaración en lo que tienen que ver con su segunda condición (perito), es decir, los resultados de la valoración y revisión que hiciera a D.E.R.M. el 26 de Septiembre de 2018.

Así habiéndose depurado la prueba, la Sala se apresta a verificar lo que realmente se probó en juicio con miras a determinar si le

asiste o no razón al censor sobre la duda planteada en esta actuación.

7.2.3.2. Valoración de la prueba legalmente válida.

En el presente asunto, no existió debate sobre la plena identidad del procesado ni de la fecha de nacimiento de la menor, la cual data del 25 de febrero de 2005.

Con base en esta última estipulación, desde ya dirá la Sala que el argumento del censor atinente a la ausencia de un requisito del tipo penal, como lo es la minoría de 14 años de la víctima, es en todo impertinente y raya con el desconocimiento del abogado sobre la tipicidad de la conducta por la cual ha sido procesado su cliente, habida cuenta que en la acusación se delimitó con suficiencia que los hechos tuvieron ocurrencia para el año 2014, esto es, cuando la menor contaba con aproximadamente 9 años de edad.

Este aspecto hace que salte de bulto el error del recurrente, pues para la fecha de los hechos la menor D.E.R.M. si contaba con menos de 14 años, despachándose desfavorablemente la censura propuesta en ese aspecto.

Habiendo aclarado lo anterior, se comenzará por analizar lo dicho por D.E.R.M. en su declaración en juicio para determinar su consistencia y coherencia tanto intrínseca como extrínseca.

La menor al ser indagada en el juicio oral sobre lo que había ocurrido con el acusado, indicó:

Yo iba pasando porque iba a ir a hacerle un mandado a mi mamá, y yo estaba jugando aquí con la cocinita, entonces yo empaque la cocinita en un bolsito y me lo lleve, y estaba jugando con comida de verdad, entonces cogí el cuchillo de juguete y no me quería cortar, entonces cogí uno de verdad y corte la comida y la eché.

Después salí y la hija de él me cogió de la mano y me dijo que él me necesitaba, entonces yo le dije ¿y para qué?, Es que el necesita decirle una cosa, entonces ella me llevó para la casa de él, apenas la estaban haciendo, solo había una cama, no me acuerdo lo otro.

Entonces el me acostó en la cama, se quitó la ropa y los zapatos y me mostró el pene y se montó encima mío y me lo metió; y era sáquemelo y métamelo, y del pene de él le salió una cosa blanca, y después el me vistió y yo me vine para mi casa y me bañé y ya.

Indicó la niña que el sujeto que le introdujo el pene por su vagina lo conocía porque vendía *Bon ice* en la puerta del colegio donde la menor estudiaba y que los hechos ocurrieron en el segundo piso de la casa del acusado.

La declarante refirió que sintió dolor en su vagina cuando el procesado le introdujo el pene y que no contó lo sucedido porque este sujeto le amenazó que si relataba a alguien lo sucedido volvería a repetir el ataque sexual y que, además, le iba a dar dinero para poder tocarla.

Relató D.E.M.R. que pasados varios días de lo sucedido le contó del abuso a su padre, quien no le quiso creer; pero que cuando

su mamá tuvo conocimiento de los hechos, decidió ir a denunciar al procesado.

En sede de concontrainterrogatorio, la menor reafirmó los hechos narrados y que los abusos ocurrieron una sola vez en la casa que ya, previamente, había indicado.

Para la Sala y contrario a lo planteado por la defensa, el testimonio rendido por D.E.R.M. goza de una buena consistencia interna, por cuanto la testigo tiene una buena capacidad de rememoración y cuenta con detalle los sucesos vividos y que fueron constitutivos de un abuso sexual, materializado en la penetración del pene del señor **Borja Quintero** en la vagina de la niña.

Nótese como la víctima en su declaración, da cuenta con mucha suficiencia de todos los actos que realizó previo al encuentro con su agresor, tales como estar jugando a la cocinita y la forma en que fue abordada por una hija del encartado para que acudiera hasta la vivienda de este.

Para la Magistratura, el hecho de que no se verificara la actuación de esa hija del procesado, no da al traste con la credibilidad de la menor ni tampoco, como lo plantea la defensa, genera dudas sobre la real ocurrencia de los hechos, por cuanto el relato vertido en juicio por la afectada fue suficientemente ilustrativo para colegir que sí asistió a la casa de **Borja Quintero**, y que una vez en ese sitio fue abordada por este en una cama donde le quitó la ropa.

Tampoco es cierto que la indeterminación de la fecha exacta dé al traste con la existencia del hecho lascivo endilgado al acusado, habida cuenta que es plenamente entendible que la menor, dada su edad para el momento de los hechos y todo el tiempo transcurrido entre el abuso y la fecha en que puso en conocimiento de este a sus padres y demás personas, pudo significar ese olvido; por demás, la menor si fue clara en indicar que la penetración ocurrió cuando tenía 9 años de edad, situación que acompañada con la fecha su fecha de nacimiento, nos ubica perfectamente en el año 2014, marco temporal que fue el delimitado por el ente acusador a lo largo del proceso.

Para abundar en razones, la no determinación de una fecha exacta en este caso no desdibuja en lo más mínimo que la niña D.E.R.M. cuando tenía 9 años de edad fue abusada sexualmente a través de penetración vaginal por el señor Luis Enrique Borja Quintero, pues de este cargo tuvo la plena posibilidad de defenderse durante todo el juicio, no existiendo un motivo plausible para desestimar la incriminación solo por el hecho de no darse una fecha exacta.

Y es que exigir la calenda concreta a la menor, sería tanto como pedirle que llevase para ese momento una bitácora o un registro de lo ocurrido, anotándolo con fecha y hora exacta en la que fue víctima del vejamen sexual endilgado al procesado. No, el aspecto temporal en este asunto es un mero criterio de valoración probatoria para determinar la credibilidad de la menor, misma que, no se ha menguado por no recordarse la fecha exacta, pues, se itera, que manifestó que ocurrieron cuando tenía 9 años y eso nos ubica exactamente en el año 2014, el cual se comunicó por la fiscalía como fecha de ocurrencia del hecho.

Ahora, de cara a la presunta indeterminación de la penetración alegada por el censor, encuentra la Sala que tampoco le asiste razón en ese planteamiento, dado que D.E.R.M. fue demasiado explícita al momento de señalar la situación vivida, indicando que el procesado le mostró su pene y que se lo introdujo en la vagina, metiéndolo y sacándolo y que ello le generó una dolencia en su zona íntima.

Este relato de la menor, en nada es contraevidente con las otras pruebas practicadas en el juicio, en especial con la declaración de la médico legal, la señora Catalina Sofía Vallejo Aristizábal, quien al ser indagada sobre los resultados del examen practicado a la víctima, señaló:

Externamente no tenía lesiones en todo el cuerpo, en la parte genital no se encontraron signo de infecciones o lesiones en ese momento, y el himen encontré un desgarró antiguo a las 9 en las manecillas de un reloj que era incompleto y no llegaba hasta el borde de implantación, y en la parte anal no se encontraron fisuras, normal.

Ese desgarró hallado por la perito de medicina legal, si bien no puede endilgarse directamente al evento de 2014, por cuanto no era posible establecer su fecha exacta de ocurrencia, si es plenamente coincidente con el relato entregado en juicio por parte de la menor. Nótese que esta fue atendida casi 4 años después de la ocurrencia de los hechos y de esa atención se derivó un resultado que se compadece perfectamente con el fenómeno

fisiológico de la penetración vía vaginal, tal como lo es el desgarramiento del himen.

Y es que tampoco existe contradicción frente a la característica del himen de la menor, pues bien claro quedó en la actuación que este era no elástico, siendo, por tanto, totalmente infundado el reparo de la defensa en ese sentido.

Además, existen en la presente actuación una fuerte corroboración del abuso, en punto de los comportamientos de la niña con posterioridad a la ocurrencia del hecho.

Véase como la señora madre de D.E.R.M pudo ilustrar en el juicio que concomitante a la fecha en que su hija fue abusada, esta tomó una actitud rebelde, tenía pesadillas y llegó a defecar en la ropa, lo que la madre catalogó como actuaciones de como si tuviera menos edad.

Estos aspectos no pueden ser dejados de lado, como pretende la defensa, pues de la sentencia citada al inicio de la resolución del problema jurídico, se ha explicado con suficiencia que estos cambios comportamentales dan indicios fuertes de la ocurrencia de abusos en menores de edad, mismos que se presentaron en la situación personal de la víctima de este caso y que corroboran periféricamente su relato inculpativo vertido en juicio.

Es más, estos puntos esenciales de la declaración de la madre de la niña dan cuenta que, contrario a lo aseverado por el defensor apelante, si existieron comportamientos psicológicos posteriores y que incluso necesitaron intervención profesional en ese campo, para poder ser superados por la menor.

También llama la atención de la Sala la peculiar tarifa negativa que alega el recurrente sobre la imposibilidad de endilgar un acceso carnal en este evento por no poderse determinar si lo que relata la menor que botó el procesado era semen o no (en palabras del censor, espermatozoides), pues no es requisito para la configuración del ilícito que el procesado eyacule o que se determine si lo que vio la menor fue fluido seminal, siendo abiertamente impertinente su censura en este aspecto.

Otro aspecto del que se duele el apelante, lo es la presunta mala valoración de la prueba de descargo, situación que desde ya se dirá no le asiste razón, por cuanto la juez de primer nivel sí la analizó en debida forma concluyendo que carecía de poder suasorio para derruir la sólida evidencia de cargo.

Nótese que los declarantes de descargo, se empecinaron en querer hacer ver al procesado como una persona incapaz de atentar contra la sexualidad de una menor, pero no efectuaron ningún tipo de ejercicio que permitiera restarle credibilidad a la sólida incriminación que realizó la menor en su declaración en juicio.

Contrario a lo anterior, los deponentes de descargo, como lo hizo ver la primera instancia, sirvieron para corroborar aspectos de la declaración de la niña, tales como que el acusado se dedicaba al comercio de *bon ice*, que eran vecinos y que vivía en un segundo piso, además de la relación de cercanía existentes entre la familia de la menor y **Borja Quintero**, precisamente por la vecindad entre ambos y el suministro de agua que le dieron los primeros cuando estaba su casa en construcción.

Así, resulta ilógico pregonar que no se tiene certeza del lugar donde ocurrieron los hechos cuando la menor lo relató con suficiencia y ello se pudo corroborar en la declaración de los deponentes de descargo.

Todos estos aspectos, permiten establecer que las censuras del apelante no tienen ninguna vocación de prosperidad.

Así, por haberse demostrado por el Ente Acusador con la certeza racional requerida para estos asuntos, el acceso carnal realizado por el acusado, en contra de la menor D.E.R.M. en el año 2014, se debe 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 17 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, Ant., que condenó al señor **Luis Enrique Borja Quintero** en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y le impuso una pena 12 años y 6 meses de prisión, por las razones que se expusieron en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: La presente decisión 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