

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, siete de diciembre de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0154 del dos de diciembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensa, conoce en segunda instancia esta Colegiatura, el fallo proferido el 21 de junio de 2021 por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, mediante el cual condenó al acusado DIEGO ANDRÉS GIRALDO CADAVID, a la pena principal de DOCE (12) AÑOS Y UN (1) MES de PRISIÓN, y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso, por hallarlo responsable de la autoría del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, en concurso homogéneo sucesivo (artículos 209, 211-5 y 31 del código penal).

1. ANTECEDENTES

La sentenciadora de primera instancia sintetizó así los hechos que dieron origen a este proceso:

*"**Diego Andrés Giraldo Cadavid** y **Martha Cecilia Upegui Torres**, en el año 2000 sostuvieron una relación sentimental y procrearon a **Paola Giraldo Upegui** y **MGU**, esta última nació el 8 de abril de 2005. Antes de 2009, cuando la familia vivía en el barrio Guayabal, sector La Colinita del municipio de Itagüí, y **Martha Cecilia** trabajaba en el Pueblito Paisa, dejaba a sus dos hijas al cuidado de su progenitor, espacio aprovechado por este para violentar sexualmente a **MGU**, los actos sexuales que ocurrieron en varias oportunidades consistieron en que **Diego Andrés** se llevaba sus dedos a la boca y con estos le tocaba la vagina y los senos a su pequeña hija de tan solo cuatro (4) años de edad.*

*Para el mes de enero de 2009, como era habitual, **MGU** se pasó a dormir a la cama de sus padres, fue en ese momento cuando el procesado le tomó la mano y la acostó en medio de sus piernas, **Martha Cecilia** simuló estar dormida y sintió cómo el procesado se cubrió parcialmente el cuerpo con la cobija, le quitó la pijama a la niña, seguidamente se despojó de su pantaloneta y trató de penetrarla. **Martha Cecilia**, de un golpe con el pie, lo tiró fuera de la cama; **Diego Andrés** cayó al piso con los pantalones debajo de las rodillas y su miembro viril completamente expuesto.*

*Después de la separación entre **Martha Cecilia** y **Diego Andrés**, que ocurrió entre los meses de junio y julio, **MGU** le reveló a su progenitora que cuando esta laboraba en el pueblito paisa, su padre le hacía "cosquillitas" en la vagina, le detalló que se metía los dedos en la boca y después los llevaba a la vagina y con las manos también le tocaba*

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

los senos. Tiempo después, la progenitora de la menor acudió a formular denuncia”.

El 31 de marzo de 2017, ante la Juez Primera Penal Municipal con función de control de garantías de Itagüí, el Fiscal 234 Seccional formuló imputación al señor DIEGO ANDRÉS GIRALDO CADAVID por la autoría del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑO AGRAVADO, en concurso homogéneo sucesivo (artículos 209, 211-5 y 31 del Código Penal), que no aceptó el imputado. No se le aplicó medida de aseguramiento.

Previa presentación del correspondiente escrito, la Fiscalía lo acusó por los hechos antes descritos, en audiencia del 9 de agosto de 2017. La preparatoria se surtió el 11 de abril de 2018 y el juicio oral se adelantó en 7 sesiones entre el 5 de julio de 2018 y el 21 de junio de 2021. Finalmente se profirió el fallo condenatorio que fue motivo de inconformidad por parte de la defensa.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La sentenciadora de primera instancia centró el debate en la demostración de la ocurrencia de los actos abusivos sexuales antes y durante el año 2009, aspecto cuestionado por la defensa. Para la judicatura de primera instancia, los testimonios de la Fiscalía, veraces, sinceros y coherentes, le dan la certeza de la efectiva ocurrencia de la conducta punible y descarta la existencia de un plan de la exesposa del acusado para involucrarlo en tales hechos, que es la teoría del caso del defensor.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

La a-quo encuentra un fuerte poder demostrativo en el testimonio de la progenitora de la víctima, MARTHA CECILIA UPEGUI TORRES, porque presencié un acto abusivo sexual que el acusado ejerció contra su hija MGU, entonces de 4 años de edad, pues narró cómo un día de enero de 2009, que no precisa, ésta se pasó a dormir a la habitación de sus progenitores; ella despertó pero guardó silencio; al poco rato observó que aquel ubicó a la pequeña a su lado y se bajó la pantaloneta, le retiró el pijama a la niña. Ella inmediatamente encendió la luz y pateó fuertemente al individuo, quien cayó al piso con el pene expuesto (tenía las pantalonetas debajo de la rodilla).

La juzgadora de primer nivel apreció este testimonio como claro, coherente y sincero, pues reconoció que después del episodio que presencié, siguió conviviendo con el acusado e incluso sostuvo con él relaciones sexuales, pero las cosas no eran iguales. Estima la a-quo que la deponente se mostró compungida durante su relato y no observó exageraciones ni propósito alguno de perjudicar al procesado, a pesar de su separación conyugal, y señala que, aunque no se demostraron con certeza los hechos abusivos sexuales anteriores a 2009, la menor le contó que en esa época su progenitor le tocaba la vagina y la inducía a tocarle el pene cuando la bañaba.

También destacó la sentenciadora de primera instancia que el médico legista informó la niña le relató que su padre le tocaba la vagina y los senos, lo que estima es una prueba directa, además que muestra coherencia en el relato de la víctima. Del testimonio de PAOLA GIRALDO UPEGUI, hermana de MGU, indicó en

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

su testimonio informó de la confrontación entre sus padres la noche de enero de 2009, lo que significa que el hecho sí ocurrió.

En punto del testimonio de la investigadora de la Fiscalía GLADIS DIAZ ALDANA, con quien se introdujo al juicio la entrevista con la víctima (no rindió testimonio), destaca la narración de la pequeña, confirmando los tocamientos abusivos sexuales que le hizo su padre y las conclusiones de veracidad que la investigadora refiere por la espontaneidad del relato y la persistencia en la incriminación que hizo. Señala la operadora judicial que frente a lo anterior no surgen dudas como las que erradamente plantea la defensa, pues las divergencias narrativas no son de fondo u obedecen al lenguaje infantil.

Aclara la operadora judicial que los hechos acaecidos antes de 2009, relatados por MGU, no tuvieron testigo diferente a ésta, la víctima, y que el ocurrido en enero de 2009, la propia madre presenció que el acusado desvistió a la niña, se bajó la pantaloneta y se aprestaba a accederla carnalmente, lo que ella evitó pateándolo y tirándolo de la cama. Añadió que, aunque la entrevista de la menor ingresó como prueba de referencia admisible, su coherencia y contundencia, permiten inferir, sin duda ninguna, que los hechos sí se presentaron.

Contesta al cuestionamiento de la defensa sobre la incongruencia entre la imputación y la acusación, indicando que efectivamente en la imputación de cargos, el Fiscal se refirió tanto a los hechos ocurridos en enero de 2009 como los anteriores a esa fecha. En lo relacionado con la ausencia de medios de conocimiento

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

que demuestren la ocurrencia de los abusos anteriores a 2009, afirma la judicatura de primera instancia que no es cierto, pues se cuenta con la entrevista a la pequeña que ingresó como prueba de referencia admisible, la que es muy clara en probar los hechos, corroborados periféricamente con el testimonio del médico legista (la anamnesis) y el de la madre de la menor, los que prueban que el acusado convivió con sus hijas desde 2007, la relación de éste con la denunciante era tormentosa pero con MGU era excelente, que el acusado se quedaba solo con la niña mientras su madre trabajaba en esa época y que la niña no solía incriminar falsamente a las personas cuando las cosas no le iban bien.

En cuanto al testimonio de MARTHA CECILIA, madre de la menor, señala la falladora de primer nivel que corrobora contundentemente las manifestaciones de la niña en cuanto a su dicho de que ésta le repetía con insistencia que su padre le hacía *cosquillas* en la vagina y le pedía que hiciera lo mismo, además que la pequeña tuvo cambios fuertes en su comportamiento (rebeldía infantil), disminución en su rendimiento académico. Finalmente, destacó que el relato de MGU no varió, ya que es el mismo ante su madre, la investigadora y el médico legista.

En lo tocante con la tardanza de la madre de la niña en formular la denuncia, destaca la primera instancia que como ésta explicó en su testimonio, fue por asuntos sentimentales, tratándose de un asunto de la madre que no puede afectar a la víctima y menos en su credibilidad, de tal manera que ningún medio de conocimiento confirma que existió ni el síndrome de alienación parental ni

manipulación testimonial por parte de la señora MARTHA CECILIA UPEGUI, progenitora de la víctima.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

En una lacónica y deshilvanada sustentación oral, la defensa deprecia la remoción del fallo condenatorio, pretendiendo la absolución de su representado en este estrado judicial. Estos son sus argumentos:

La Juez sentenciadora incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia y de apreciación de las pruebas porque no tuvo en cuenta el testimonio de la hermana de la víctima ni ninguno de los testimonios de la defensa e incluso algunos de la misma Fiscalía, los cuales favorecían los intereses del acusado.

El defensor plantea como su teoría del caso el síndrome de alienación parental, indicando que MGU fue inducida por su madre a mentir, involucrando falsamente a su padre en unos actos sexuales que no existieron, en razón de los problemas que condujeron al rompimiento de la relación conyugal. Destaca que eso se puede apreciar al inicio de la entrevista que practicó la investigadora de la Fiscalía cuando la señora MARTHA le dice a la niña que *"diga lo que me prometió"* y añade que ésta no dijo quién la abusó ni dónde. También le parece muy extraño que la menor, a sus 4 años de edad, hablara de *"vagina"* y *"senos"* que son términos no apropiados para esa edad.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

De otro lado, en relación con los hechos ocurridos en enero de 2009, donde ella supuestamente presencié los actos abusivos que el individuo practicó con su hija, la cuestiona por no haber llamado a la policía y esperar seis meses antes de denunciar, después de la separación de la pareja, pues de haber sido cierto, sería muy grave. Cuestiona la versión de MARTHA CECILIA UPEGUI en punto de que cuando advirtió que DIEGO ANDRÉS despojó del pijama a la pequeña y él se bajó la pantaloneta, lo pateó y tumbó de la cama, afirmando que no se explica cómo no tumbó también a la niña, además que no se demostró MGU se hubiera pasado esa noche a la cama de sus padres. Cuestiona también a la testigo por no haber iniciado un proceso de restablecimiento de derechos de su hija, frente a las agresiones sexuales y siguió enviando a la pequeña a la casa de DIEGO ANDRÉS con su nueva pareja, como si nada hubiera pasado. Tampoco denunció violencia intrafamiliar, todo lo que genera dudas en torno a la real ocurrencia de los hechos.

De la entrevista de MGU destaca que no le manifestó a la investigadora lo sucedido la noche de enero de 2009 ni tampoco los supuestos abusos sexuales anteriores a esa fecha. Nadie hace referencia a esos actos y a pesar de esa ausencia total de pruebas, la sentenciadora condenó al acusado por unos hechos que ni siquiera fueron denunciados ni investigados por la Fiscalía, como que no formaron parte de la imputación.

El censor plantea otros temas que no sustenta adecuadamente, apenas hizo una breve relación de ellos sin desarrollar contradictoriamente la antítesis. Afirma por ejemplo que el médico legista no encontró huellas en el cuerpo de la víctima y

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

aseguró que no podía afirmar que fue abusada. También indica que PAOLA, hermana de MGU, no se dio cuenta de lo sucedido en enero de 2009 y su madre no le advirtió que se cuidara de su padre, como debió haber hecho. Tampoco dijo PAOLA que su hermanita esa noche se hubiera pasado para la cama de sus padres.

Finalmente, añada que la judicatura de primer grado no se pronunció acerca de las fotografías de la niña junto a su padre y a la nueva pareja de éste, en actitud sonriente y feliz, después de enero de 2009, lo que significa que MGU no le tenía a su progenitor. Tampoco tuvo en cuenta lo dicho por LUCERO, la nueva compañera marital de DIEGO. Tampoco hizo comentario alguno acerca de los otros testigos de la defensa que favorecen al acusado. Se pregunta, por qué no le quedaron hematomas al hombre si la mujer lo pateó fuertemente lanzándolo de la cama. No entiende por qué la juzgadora de primer nivel habla de actos progresivos y cuestiona el fallo por afirmar que después de 2009 hubo otros tocamientos, ya que nadie hace alusión a esos actos. Todo lo anterior, para el defensor, genera dudas que deben resolverse a favor del sentenciado.

4. LOS NO RECURRENTE

El Fiscal solicita la confirmación del juicio de reproche, porque no existen las dudas que plantea el disenso, ya que la judicatura resolvió cada una de las situaciones que el censor califica de dudosas. Añade que los testimonios de la defensa en nada contradicen los de la Fiscalía y que no es cierto que víctima hubiera

sido parca y silenciosa en su entrevista; simplemente se comportó como una niña de 4 años, como es normal.

El señor agente del Ministerio Público solicita declarar desierto el recurso de apelación porque el discurso del censor es un simple alegato de conclusión, nada contradice; se limitó a hacer interrogantes que no son argumentos contradictorios sino falacias e hipótesis que en nada controvierten los argumentos de la judicatura sentenciadora. Ningún yerro mostró el apelante. Tampoco ve inducción de la madre de la niña a mentir.

5. CONSIDERACIONES

Es competente esta Colegiatura para conocer, por vía de apelación de la defensa, el fallo proferido en esta carpeta por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, adscrita a este Distrito Judicial, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. A pesar de las fuertes falencias técnicas que presenta el disenso, advertidas por el señor agente del Ministerio Público, estima la Sala que contiene el mínimo argumentativo para desatar la alzada.

La primera crítica de la censura informa que la sentenciadora de primera instancia incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia porque no tuvo en cuenta el testimonio de PAOLA, hermana de la víctima, ni de ninguno de los testigos de la defensa.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, el error de hecho es un defecto fáctico **trascendente**, porque, aunque se respeta el contenido del medio probatorio, se desatiende las reglas de la sana crítica (error de raciocinio), se distorsiona, agrega o suprime, **aspectos relevantes de la prueba** (falso juicio de identidad), o se decide al margen de pruebas que obran en el proceso, o supone otras que no fueron incorporadas a la actuación (falso juicio de existencia). Significa lo anterior que el defecto fáctico debe ser trascendente, relevante e importante para la solución del caso concreto, lo que no se presenta en el evento examinado, pues el examen interpretativo que hizo la a-quo del testimonio de PAOLA GIRALDO UPEGUI, hermana de MGU, y de los testigos que presentó la defensa en el juicio oral, si bien es cierto no fue el más prolífico, sí fueron analizados, solo que el contenido de los mismos, especialmente el de los declarantes de la defensa, nada aportaban de manera relevante al caso concreto, se limitaron a exponer el conocimiento que tenían del acusado y su conducta familiar, pero nada les consta de los hechos del proceso y por eso todos afirmaron que no presenciaron lo sucedido ni podían aportar dato alguno de corroboración que fuera útil para la labor hermenéutica. Desde esta óptica, la crítica del censor en este primer aspecto de la controversia, no es de recibo por la Sala, aclarando sí que la juzgadora de primer nivel no olvidó rotundamente estos medios de conocimiento como infundadamente afirma el disenso. En relación con la consanguínea de MGU, más adelante examinaremos la dinámica de su intervención testifical.

El argumento más fuerte del recurrente es el referente al síndrome de alienación parental que observa le aplicó la madre de la niña para inducirla a decirle a la entrevistadora de la

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

Fiscalía que su padre la había tocado en su vagina y los senos. Destaca que asume una deducción tal, porque al inicio de la entrevista, le dijo textualmente "*diga lo que me prometió*". Además, le parece muy extraño que a sus 4 años la niña hablara de vagina y senos, que son términos no apropiados para esa edad. También advierte que la entrevistada no le manifestó a la entrevistadora nada acerca de lo sucedido la noche de enero de 2009, ni tampoco los supuestos abusos sexuales sufridos antes de esa fecha. Nadie hace referencia a esos actos y no obstante esa ausencia de pruebas, la sentenciadora condenó al acusado por los mismos, pues ni siquiera formaron parte de la imputación.

Para resolver este primer cuestionamiento del censor, debemos contextualizar la situación y examinar primero, qué se probó en el juicio oral. La acusación se refiere a dos hechos puntuales: el ocurrido en la madrugada de un día del mes de enero de 2009, denunciado por la progenitora de la menor MGU, MARTHA CECILIA UPEGUI (no se precisó con exactitud la fecha), según el cual, dormía con el acusado en la habitación de la pareja, cuando sintió que la niña se acostó (venía de su cama en otra habitación que compartía con su hermana 3 años mayor, PAOLA); se quedó un rato despierta cuando advirtió que DIEGO ANDRÉS GIRALDO, su marido, corrió a la pequeña para su lado de la cama, le retiró la pijama, se bajó la pantaloneta y se aprestaba a accederla carnalmente, por lo que ella le lanzó un puntapié que lo derribó de la cama; prendió la luz y lo vio con el pene expuesto y la niña con el pantalón de la pijama abajo, lo que dio origen a un fuerte enfrentamiento.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

La acusación, contrario a lo que plantea la defensa, sí contempla el concurso de actos sexuales abusivos, adicionando al hecho antes descrito, otros ocurridos entre los años 2007 y 2009, según los cuales y conforme a lo indicado por la denunciante (la niña le refirió los mismos), cuando MARTHA CECILIA se encontraba trabajando en el *pueblito paisa*, su progenitor se lamía el dedo índice de la mano derecha y le tocaba la vagina (así lo expresó también MGU en la entrevista rendida ante la investigadora del CAIVAS, ingresada al juicio como prueba de referencia admisible), de tal manera que estos últimos sí forman parte de la acusación.

En punto de la entrevista rendida por la menor, el censor cuestiona su verosimilitud y concluye rotundamente que su madre la preparó para que explicara a la investigadora que su padre le tocaba los senos y su vagina, como en efecto lo hizo, y se basa en lo que MARTHA CECILIA dijo a la niña al inicio de la entrevista: "*diga lo que me prometió*". A juicio de la Sala, el defensor descontextualiza la conversación sostenida entre madre e hija, previa a la entrevista (quedó grabada), porque lo que aquella le indicó a la niña es que se portara bien durante la entrevista con la psicóloga, tal como le prometió. No obstante, lo anterior, observamos algunas falencias técnicas en la entrevista y unas actitudes infantiles durante su dinámica que, si bien pueden ser producto de su corta edad, nos deja dudas en torno a su espontaneidad, dando cabida bien a una alienación parental o a una manipulación testimonial infantil, como explicaremos más adelante.

En el debate oral se practicaron las siguientes pruebas:

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

Por parte de la Fiscalía, los testimonios de la denunciante MARTHA CECILIA UPEGUI TORRES, quien manifestó que convivió con el acusado por 9 años durante los cuales procrearon dos hijas (Paola y Michell), se separaron por fuertes desencuentros conyugales, violencia intrafamiliar y continuas peleas que presenciaban las niñas, además que DIEGO ANDRÉS consiguió otra pareja durante la convivencia. Relata que, en el mes de enero de 2009, un día en la madrugada, la niña se pasó para su cama y Diego la puso a su lado; como estaba despierta se dio cuenta que éste se arropó parcialmente, le quitó la pijama a la niña y él se despojó de la pantaloneta y le puso el pene en la vagina a la pequeña, por lo que ella reaccionó y lo pateó, éste cayó al piso con la pantaloneta abajo y el pene expuesto. Posteriormente la pequeña le contó que antes de esa fecha su padre le tocaba la vagina y los senos, cuando ella estaba trabajando en el pueblito paisa.

Añadió que no denunció el hecho hasta 6 meses después, cuando ya habían roto la relación, en julio de 2009. Afirma que se demoró mucho tiempo en denunciar porque pensó más como mujer que como madre y admite que después de ocurrido el hecho en enero de 2009, sostuvo relaciones sexuales con el acusado común y corriente. Añadió que efectivamente, después de la denuncia, permitía que DIEGO se llevara las niñas a compartir con ella y su nueva pareja.

GLADYS DIAZ ALDANA, investigadora de la Fiscalía, manifestó que entrevistó a la niña en febrero de 2010, cuando tenía 4 años de edad. Observó que tenía buen lenguaje y era muy conversadora. No advirtió manipulación parental a la niña.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

EUGENIO SIERRA MARQUEZ, médico legista practicó examen sexológico a la menor sin hallarle evidencia alguna de agresión sexual. Destacó que en la anamnesis la paciente le refirió que su padre se lamía el dedo y luego le tocaba la vagina y los senos.

YISETH PAOLA GIRALDO UPEGUI, hermana de MGU (3 años mayor), manifestó que durante la convivencia sus padres peleaban permanentemente; recuerda que su consanguínea era muy apegada a su padre y siempre lo fue. MICHELL era muy unida a ella y le contaba todo, pero jamás le refirió abuso sexual alguno por parte de su progenitor. Tiene la seguridad que si hubiese ocurrido algo así MICHELL le hubiera contado. Tiempo después, cuando estaba la investigación en plena dinámica, su hermanita le aseguró que el supuesto abuso no ocurrió. Tampoco ha advertido cambios en el trato de ésta con su padre, siempre lo busca y lo llama constantemente. Las dos van con mucha frecuencia a la casa de su padre, quien convive con una nueva pareja, y pasan tiempo juntos. Se aportaron fotografías de paseos y las visitas de las niñas a su padre. En lo tocante con lo supuestamente sucedido en enero de 2009, indica que nada le consta, pero sí recuerda en una ocasión, no precisa la fecha, escuchó una fuerte discusión entre sus padres, despertó y vio a su hermana MICHELL en su habitación con la pijama puesta, pero esto era normal entre sus progenitores: discusiones y peleas permanentemente y a toda hora.

Por parte de la defensa se presentaron los siguientes testigos:

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

LUCERO AMANDA LOPEZ GARCIA, esposa actual del acusado. Informó que en 2008 o 2009 tenía un salón de belleza contiguo a la vivienda de la pareja y que empezó una relación clandestina con DIEGO ANDRÉS, que inicialmente no conocía MARTHA, pero después se enteró y eso provocó la ruptura entre aquellos. Las dos hijas del acusado los visitan con frecuencia desde hace mucho tiempo y éstas tienen una excelente relación con su progenitor. MGU es especialmente amorosa y muy apegada a su padre. En una ocasión, ésta le dijo que no se acordaba de nada y que era su madre quien le contaba sobre supuestos abusos por parte de DIEGO.

HECTOR ALBEIRO OROZCO TOBÓN, primo de MARTHA CECILIA, ha compartido con ésta y DIEGO durante mucho tiempo y nunca advirtió problema alguno entre éste y sus hijas.

MARGARITA LUCÍA CADAVID VELÁSQUEZ, madre del acusado, convivió en dos ocasiones con su hija y MARTHA y nunca supo de abusos de DIEGO con sus hijas. Sabe sí que las niñas siempre fueron muy afectuosas con éste. Después de la separación, MARTHA dejaba ir a las niñas a visitar a su padre y pasaban mucho tiempo juntos.

DIEGO ANDRÉS GIRALDO CADAVID, el acusado, quien manifestó que, durante la convivencia con la denunciante, sostuvieron muchos problemas y permanentemente se enfrentaban. El problema surgió cuando él consiguió otra pareja estando viviendo con aquella y a partir de allí, se incrementaron las agresiones y se deterioró totalmente la convivencia, por lo que se separaron

definitivamente, lo que no aceptó nunca MARTHA CECILIA y estima ese es el motivo para involucrarlo en unos abusos con su hija MICHELL, que nunca se presentaron. Añade que la pequeña desde siempre ha sido muy apegada a él y lo llama con frecuencia; que pasan tiempo juntos porque MARTHA, envía a las niñas a visitarlo y a pasar tiempo con él.

Respecto a los hechos ocurridos antes de 2009 y a los que hizo relación la denunciante, debe decir la Colegiatura que le asiste razón al censor en punto de que ningún medio de conocimiento, ni dato alguno corrobora periféricamente la manifestación de MGU en la entrevista ingresada al juicio como prueba de referencia admisible porque la pequeña, hoy en día con 17 años de edad, no concurrió como testigo al debate público. Solo se cuenta con esa manifestación de referencia. La Fiscalía no aportó ningún dato probatorio que permitiera a la judicatura superar la tarifa negativa que caracteriza a la prueba de referencia (artículo 381 inciso 2º), como se indicó precedentemente, solo se cuenta con la entrevista, de tal manera que ese solo medio de convicción no resulta suficiente para condenar al acusado por los hechos supuestamente ocurridos antes de 2009, tanto más cuanto que esa entrevista tiene falencias que nos genera dudas en la ocurrencia de los hechos, tal como se expondrá más adelante.

Al respecto tenemos que la denunciante indicó en su denuncia y en el testimonio que rindió en el juicio oral que simplemente la niña le contó que de tiempo atrás su padre le tocaba la vagina y los senos, pero ni le consta estos hechos ni tiene elementos que lo confirmen, únicamente sabe que, en muchas

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

ocasiones, DIEGO ANDRÉS se quedaba al cuidado de las dos niñas mientras ella trabajaba o estudiaba de noche.

Así las cosas, fácil se concluye que además de la entrevista de la menor en el CAIVAS, no se captó en el debate público ningún medio de conocimiento que corroborara la manifestación de la pequeña y, por tanto, siendo ésta una prueba de referencia, no se puede proferir juicio de reproche contra el inculpaado, por lo expuesto en el inciso 2º del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

El otro punto de la inconformidad apunta a lo que supuestamente ocurrió una noche del mes de enero de 2009 y que según la señora MARTHA CECILIA UPEGUI, cometió el acusado, entonces su compañero marital, al intentar acceder carnalmente a su hija común MGU, entonces de 4 años de edad, quien momentos antes se había pasado para la cama de la pareja en otra habitación (dormía en una habitación separada con su hermana PAOLA y acostumbraba a pasarse a la cama de sus padres en la madrugada).

Según la denunciante, despertó cuando sintió que la niña se subió a la cama; rato después advirtió que DIEGO ANDRÉS corrió a la niña hacia su lado, la despojó del pantalón del pijama y se bajó la pantaloneta; cuando se disponía a accederla carnalmente, ella reaccionó lanzándole un puntapié tumbándolo de la cama; fue cuando lo vio con la pantaloneta abajo de las rodillas y con el pene expuesto. Inmediatamente entraron en una fuerte discusión.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

Para la defensa, la versión de la señora UPEGUI no coincide con la realidad, pues es una retaliación suya porque GIRALDO rompió la relación y se consiguió otra pareja con la que se casó poco tiempo después. Destaca que resulta claro el ánimo vindicativo de MARTHA porque, de haber sido cierto el conato de acceso carnal con la niña, hubiera denunciado inmediatamente tan grave hecho, pero esperó seis meses, después de que DIEGO ANDRÉS abandonó la casa para irse a vivir con otra mujer, que formuló la denuncia. Además, desde la ruptura de la relación conyugal, MARTHA enviaba a las dos niñas a la casa de su padre a fin de que compartieran con él, lo que resulta inexplicable porque de haber ocurrido el hecho que denunció, lo lógico era que protegiera la integridad de las dos pequeñas hijas de la pareja.

Por eso, estima el censor que la denunciante indujo a MGU a que, en la entrevista dijera que su padre le tocaba la vagina y los senos, lo que constituye una clara alienación parental. En punto del síndrome de alienación parental que plantea la censura debe indicarse:

La alienación parental es una figura creada por Richard A. Gardner en 1985, propuesto básicamente por las experiencias de orden civil y familiar que se llevaban ante los jueces del área, fruto de conflictivas y traumáticas rupturas conyugales, en las cuales los hijos, fuertemente influenciados por uno de los padres, rechazan sistemáticamente al otro de manera injustificada e hiperbólica, o como producto de la intervención parcializada y nociva de otros parientes cercanos interesados en el rechazo del menor hacia uno de los progenitores. Es así como el infante

(principalmente) o el adolescente critica, cuestiona y rechaza a uno de los padres, en lo que Gardner denomina *lavado de cerebro* para significar que uno de los padres o un pariente cercano programa a uno o varios de sus hijos en la descalificación hacia el otro, **incluyendo elementos subconscientes y hasta inconscientes** que emplea el sujeto alienador.

El problema de la alienación parental ocurre cuando la interferencia nociva del adulto alienante se instala en la **conciencia** -conocimiento moral de lo bueno y lo malo-, no **consciencia** -conocimiento de la propia existencia- del menor, pues se presenta un choque emocional muy fuerte que le genera traumáticas consecuencias psicológicas, muy difíciles de eliminar porque el menor quiere a sus dos padres y desea seguir siendo querido por ellos, lo que conlleva a que inicialmente el niño repela la intervención de alienación, intentando mantener una posición de equilibrio entre sus progenitores. Si el alienante desarrolla una estrategia continua y agresiva, remueve fácilmente, especialmente en los infantes, ese equilibrio inicial y poder obtener de éste su rechazo hacia el otro padre, lo que efectivamente ocurre si la labor de aquel es continua, permanente y convincente, lo que no resulta difícil si se trata de infantes, pues los adolescentes desarrollan una mayor resistencia a la alienación dado que su proceso de maduración psicológica es más avanzado y la esfera afectiva más consolidada.

La creación de Gardner aplicaba para los conflictos legales entre padres que se disputan la custodia de los hijos. Más adelante, se trasladó al ámbito penal, donde se tiene que el padre

alienador instala en la mente del niño (generalmente inferior a 6 años, según investigadores como el mismo Gardner, Iñaqui Bolaños y Borszomengy-Nagy) un supuesto abuso sexual, que en realidad no ocurrió, lo que inicialmente el niño rechaza, pero la cotidiana y contundente reiteración del supuesto abuso por parte del alienante, crea en la mente del infante una ficticia realidad que el niño alienado la representa como cierta y en estas condiciones la manifiesta en el estrado judicial.

Si la madre o el padre le repiten muchas veces una falsa historia, el niño termina por creer que efectivamente la vivió, pues así lo determinan las tres fases de la memoria: codificación, en la que se prepara la información para ser almacenada, almacenamiento que consiste en la retención de los datos, y la recuperación le permite encontrar la información cuando la necesita, vale decir la recordación. Desde esta óptica tenemos que el niño va a recordar la falsa historia que le instaló en su memoria el padre alienador y la reproduce como si fuera cierta, porque cree que en realidad tuvo esa vivencia. Por esta razón, ni el más experto perfilador kinésico infantil (especialista en el significado expresivo, gestual aprendido o somatogénico, no oral o comunicativo), puede detectar la falsedad de la historia, aunque el contenido verbal de la misma sí lo puede llevar a dudas, si lo analiza contextualmente.

En este caso concreto no podemos afirmar que MGU fue víctima de alienación parental por parte de su madre, como plantea tan contundentemente la defensa, instalándole en su mente un falso abuso sexual por parte de su padre, pues ningún medio de conocimiento así lo señala. Sin embargo, sí encontramos datos

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

debidamente probados que nos crea fuertes dudas en torno al asunto, y que de paso oscurece mucho la credibilidad del testimonio de la señora MARTHA CECILIA UPEGUI. Veamos:

El comportamiento de la niña, entonces de escasos 4 años, durante la entrevista, se sale del común en las entrevistas de menores abusados sexualmente. Por ejemplo, a todas las preguntas de la entrevistadora acerca de lo que hacía su padre, contestó afirmando que se lamía el dedo y le tocaba la vagina y los senos, sin decir absolutamente nada más, como recitando un libreto preestablecido; reía con frecuencia y se puede decir que estaba alegre, a diferencia de los niños abusados que son adustos en el trato con el psicólogo y hasta rompen en llanto, como lo pregona la psicología experimental infantil; bajaba el tono de voz al momento de tocar el tema y le hablaba al oído a la entrevistadora (el protocolo de entrevistas infantiles no le permite al profesional que el paciente le hable al oído); en todo momento buscaba con la mirada a su madre (estaba fuera del recinto), por lo que la psicóloga le llamaba la atención y, especialmente, no estaba concentrada en la entrevista.

Además, un aspecto de la entrevista llama poderosamente la atención: dentro del protocolo SATAC empleado en este caso por la profesional del CAIVAS. En los casos de abuso sexual se definen los **tocamientos**, para lo cual la entrevistadora debe mostrarle láminas a la paciente con figuras del cuerpo humano femenino y masculino, debiendo percatarse que el menor identifique, principalmente, las partes genitales, para cerciorarse de que el menor conoce a la perfección los mismos. En el caso de MGU,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

la entrevistadora le exhibió la figura femenina y le preguntó cómo se llamaba la parte genital, mostrándole la zona vaginal. La pequeña dijo que se llamaba "*culito*", la psicóloga le reiteró la pregunta indicándole si tenía otro nombre, a lo que la niña ratificó que se llamaba "*culito*" y que no tenía otro nombre. La funcionaria le preguntó entonces cómo se llamaba el trasero (los glúteos) a lo que MGU contestó que "*nalgas*", pero extrañamente cuando le preguntó por lo que hizo su padre respondió que le tocó la vagina, como si repitiera una lección, lo que causó confusión en la investigadora, según se observa en el vídeo ingresado al juicio oral como prueba de referencia.

Reiteramos que lo anterior no es certeramente indicador de que la niña estaba reproduciendo una historia falsa ni que estaba alienada parentalmente por su progenitora, porque no encontramos medios de convicción que nos permita razonar así, pero sí nos crea una razonable duda en torno a la espontaneidad del relato dado en la entrevista y en la veracidad de lo narrado. Ahora, en punto del testimonio de la señora UPEGUI, progenitora de MGU, y en esto tiene razón el disenso, algunos datos nos permite restarle valor suasorio, impidiendo tenerlo como suficiente para proferir juicio de reproche contra el señor DIEGO ANDRÉS GIRALDO.

En efecto, la señora UPEGUI afirmó que los hechos ocurridos un día del mes de enero de 2009, en su casa, consistieron en un conato de acceso carnal por parte del acusado a su hija de 4 años MGU. Sin embargo, no los puso en conocimiento de la Fiscalía en forma inmediata, pues siguió durante 6 meses conviviendo con éste común y corriente, incluso contestó en el contrainterrogatorio

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

que durante ese lapso continuó sosteniendo relaciones sexuales con GIRALDO, y solo cuando éste dio por terminada la convivencia, porque se fue a vivir con una vecina (luego se casó con ella), la señora UPEGUI formuló la denuncia, lo que no resulta tan normal y permite la hipótesis de que se trató de una retaliación suya.

Es más, la señora, luego de la separación marital con el acusado, enviaba frecuentemente a las dos niñas a visitar a su padre en el nuevo hogar, lo que también resulta muy extraño si en verdad el abuso denunciado por ella hubiera tenido ocurrencia. De otro lado, la actitud de MGU con su progenitor desdice mucho del testimonio de su madre, pues la abuela MARGARITA LUCÍA CADAVID, su hermana YISETH PAOLA GIRALDO, la señora LUCERO AMANDA LOPEZ (esposa actual del inculcado) y el propio GIRALDO sostuvieron en sus testimonios que la niña siempre fue muy apegada a su padre, lo llamaba con mucha frecuencia después de la ruptura conyugal con su madre y que era evidente el gran amor que le profesaba, lo que no resulta normal en una niña que supuestamente durante más de 2 años era abusada por éste.

Ninguno de los testigos que acudieron al juicio, ni siquiera la denunciante, afirman que la pequeña repelía a su progenitor ni hablaba mal de él. Además, como se indicó en acápites anteriores, en la entrevista no evidenció retraimiento, ni cualquiera otra actitud que la identificara como una niña abusada sexualmente. No se le detectó ninguna de las características consideradas por la psicología infantil como constitutivas del síndrome del niño abusado sexualmente. Por el contrario, observamos a una niña de 4 años de edad alegre, extrovertida, muy gestual e inquieta (lo que resulta

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

normal en los niños de esta edad mentalmente sanos), sin traumas psicológicos evidentes, porque la psicóloga del CAIVAS ni siquiera los planteó, todo lo cual nos genera fuertes dudas en torno a la ocurrencia de la agresión sexual denunciada por su madre.

Es más, su hermana YISETH PAOLA GIRALDO UPEGUI, apenas 3 años mayor que MICHELL, fue contundente en su testimonio al manifestar que no cree en el supuesto abuso sexual denunciado por su progenitora y explica que en esa época (2009), dormían juntas en la misma habitación y eran muy unidas, se contaban todo y que su hermana jamás le dijo algo sobre el tema. Agrega que recientemente MICHELL le aseguró que jamás fue abusada por su padre, que lo denunciado por MARTHA CECILIA UPEGUI, no es cierto. En punto de la referencia que hizo ésta acerca de que la noche de los hechos ella (PAOLA) escuchó la discusión entre la pareja, afirmó la testigo que es cierto, pero no puede asegurar que fuera exactamente por el motivo indicado por su madre, pues la pareja discutía y se agredían a todo momento, además, esa noche ella vio a su hermana MGU en su cama, en su habitación, con el pijama puesto.

Todo lo anterior nos conduce a dudar de lo denunciado por ésta, pues no observamos la espontaneidad de su manifestación y el valor suasorio de su testimonio está muy disminuido por las razones explicadas en los acápite anteriores. Además, el contexto probatorio no nos permite la certeza que exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir juicio de reproche contra el acusado, por lo que se revocará el fallo condenatorio proferido por la primera instancia y en su lugar se

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

absolverá al procesado, dadas las dudas que se observan, las que nos impide estimar la certeza de la conducta punible y de paso de la responsabilidad del agente.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **ABSOLVER** al acusado DIEGO ANDRÉS GIRALDO CADAVID, de anotaciones civiles y personales conocidas en la carpeta, de los cargos que, por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, en concurso homogéneo sucesivo, le fueron formulados en este proceso.

SEGUNDO: DISPONER la cancelación de la orden de captura N° 027 expedida el 21 de junio de 2021 por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí y librar las comunicaciones de rigor.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Diego Andrés Giraldo Cadavid
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Radicado: 05266 60 00203 2009 04151
(0200-21)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado