

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL

**Radicado: 052666000203201801210**  
**Procesado: Fernando de Jesús Arango Durango**  
**Delito: Acto sexual con menor de 14 años**  
**Decisión: Declara desierto**  
**Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín**  
**Acta Nro. 038**

### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

#### Sala Novena de Decisión Penal

**Medellín, veintisiete de marzo de dos mil veintitrés.**

Procede la Sala a estudiar la viabilidad jurídica del recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia de primera instancia, proferida el 5 de mayo de 2021, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, mediante la que tomó distintas determinaciones entre las cuales condenó al señor **Fernando de Jesús Arango Durango**, a la pena de 132 meses de prisión, tras hallarlo penalmente responsable del delito de Acto

sexual con menor de catorce años cometido en contra del menor JERA. Lo absolvió por los demás cargos imputados.

### **HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

Para lo que es materia de la presente decisión conviene precisar que los hechos génesis del presente proceso, sucedieron, según lo acreditado en el juicio oral y lo narrado en la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

*Los hechos tuvieron ocurrencia en la ciudad de Medellín, desde el año 2011 hasta el año 2018, en la calle 19 Sur # 20-17 interior 72, barrio San Lucas El poblado, en la casa materna de los menores víctimas, donde el señor FERNANDO DE JESÚS ARANGO DURANGO identificado con cedula de ciudadanía 71.600.691, accedió carnalmente y realizó tocamientos eróticos Sexuales a los menores J.E.R.A (hoy con 10 años) y M.A.R.A (hoy con 8 años), hechos que vienen sucediendo desde que los menores tenían 2 o 3 años de edad aproximadamente, cuando los cogía de la mano y los llevaba hasta la casa del señor FERNANDO, la cual quedaba al lado de la casa de los menores, donde allí ponía a uno a un lado de la pared y al otro menor al otro lado, luego procedía a sacarse el pene y se los metía a la boca y como no entraba bien, los jalaba del pelo y de la boca para que se lo chuparan y luego les empujaba la cabeza para que la movieran hasta que se eyaculaba en la boca de los menores. Adicionalmente les abría el cierre de los pantalones y les cogía el pene con la mano y se los jalaba duro, les pegaba porque no les gustaba y los amenazaba diciéndoles que si no se dejaban les pegaba más duro. Adicionalmente a esto, también hacía lo mismo con los menores en la cancha del sector de San Lucas donde el señor FERNANDO trabajaba como vigilante, esto sucedió hasta el día que los menores se los llevaron para el Hogar Casa verde, sin embargo esto se repetía los días sábados y domingos cuando los menores salían del hogar y regresaban a su casa a pasar el fin de semana con su madre y demás hermanos.*

Por estos hechos, el de 22 mayo de 2020, ante el Juez octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación contra el señor **Fernando de Jesús Arango Durango**, por los punibles de Acceso carnal abusivo y Acto sexual con menor de 14 años,

agravados, cargos que no fueron aceptados por dicho ciudadano, razón por la cual se prosiguió con el trámite normal del proceso.

La Fiscalía presentó el respectivo escrito de acusación y el conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín.

La formulación de acusación se llevó a cabo el 6 de agosto de 2020. La audiencia preparatoria fue realizada el día 30 de noviembre de 2020. El juicio oral se llevó a cabo en diferentes sesiones 22 de enero, 8, 16, 17, 25, de febrero, 24 de marzo del año 2021, al término de las cuales se anunció sentido del fallo de carácter mixto en contra del señor **Fernando de Jesús Arango Durango**, pues fue condenado por el cargo de Actos sexuales con menor de 14 años cometido en contra de JERA y absuelto por los demás cargos.

Luego de llevar a cabo la audiencia de Individualización de pena, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín dictó la sentencia de fecha y sentido ya reseñados.

### **DECISIÓN IMPUGNADA:**

Dada la resolución que se le dará al asunto, no será necesario efectuar una prolija relación de los argumentos expuestos por el *A quo* en la sentencia recurrida, donde este discurrió ampliamente sobre la existencia de prueba que le permitió deducir la responsabilidad del acusado sobre el delito de Acto sexual con menor de catorce años cometido en contra del menor JERA.

Comienza por destacar que el menor JERA en el juicio declaró negando que los hechos de la acusación hubieran sucedido, pues que lo que dijo inicialmente no era verdad, lo que dijo por que en ese momento tenía rabia porque no le gustaba salir del Hogar Casa Verde y además se había confesado y eso significaba no decir más mentiras. Retracción que llevó a la Fiscalía a proyectar la entrevista que había llevado tiempo antes el investigador del CTI y en la que el niño suministra una versión de los hechos totalmente distinta, en la que el menor refiere haber sido víctima de distintos actos de tocamiento en las nalgas y su pene por parte de quien conoce como el tío Ñato, a quien identifica como el señor Fernando de Jesús Arango Durango.

El juez *A quo* tras discurrir ampliamente sobre los presupuestos para la incorporación y valoración de las exposiciones anteriores al juicio oral, en supuestos de retractación, y advirtiendo que en esta oportunidad se cumplieron los requisitos para ello, le da credibilidad a la declaración adjunta del menor JERA, no así a la retractación manifestada en el juicio.

Para ello considera que las razones del niño JERA para explicar la retractación son ingenuas y explicables por su vínculo familiar con el acusado. No considera razonable que el testigo pudiera estar molesto porque no le gustaba salir del hogar Casa Verde. Por el contrario, lo advierte calmado. Además, sostiene que en el juicio se demostró que en otros contextos el niño afirmó lo que sucedía con esa persona acerca de los abusos sexuales. Destaca que en la versión previa el menor también aludió a que era víctima de abuso sexual por su primo Samuel y su madre lo había visto y castigado, lo que indica que hablaba con la verdad y no por venganza o motivos de ira.

Tampoco le da importancia al hecho de que el menor se había confesado el día anterior y ello significaba no volver a mentir, pues ello no deja de ser una infantil excusa, ya que durante tres años ninguno de los docentes o profesionales que abordaron al menor tuvieron razones para dudar de lo manifestado por éste.

Destaca que el menor nunca manifestó tener alguna enemistad, rencor o animadversión frente al conocido por el menor como el tío ñato. Sus manifestaciones fueron experiencia que vivió no que se inventó.

Señala que el niño siempre refirió como autor de los hechos al tío ñato. No se inventó ningún nombre.

Del testimonio de Paula Andrea Rojas, madre del menor y sobrina del acusado, a quien conoce como el tío ñato, confirma que los niños ingresaron a su hogar después de la muerte de su madre, pero negó tener conocimiento de los abusos sexuales, aunque sí conocía que el ñato les daba plata y mecato y jugaban en la manga, cerca de su casa. Dijo que la casa de Fernando es enseguida de su casa. Sostuvo que el niño cuando iba a su casa era feliz, lo que le permite afirmar al *A quo* que termina por afectar la credibilidad de lo manifestado por este en el juicio.

De la Psicóloga e investigadora del CTI, Eli Johana Arredondo Aguirre, destaca que los hechos narrados por el menor JERA son los mismos de la declaración adjunta. Su declaración permite establecer situaciones de credibilidad como la capacidad mental del niño para transmitir lo que estaba indicando, su coherencia y gestualidad.

De Adriana María Cano Paniagua, Directora del Hogar Casa Verde, destaca que conoce lo sucedido por lo manifestado por los niños, donde referían de abusos sexuales por parte del tío ñato, indicando prácticas de sexo oral y tocamientos. Resalta que advirtió que cuando los niños salían del hogar para declarar en este asunto los observaba serenos, lo que le permite afirmar al *A quo* que se desvirtúan las razones del menor para justificar su retractación.

Indicó que los menores presentaban comportamientos y lenguajes inadecuados a nivel sexual, circunstancia que le permite advertir que el abuso sexual sea cierto, pues un niño de esa edad no refiere prácticas vívidas como las expresadas por JERA y señalan al tío ñato como su autor, lo que genera la persistencia en la incriminación.

Sostiene que Gloria Eugenia Hincapié Rivera, psicóloga, atendió a los menores entre 2017 y 2019. Sus practicantes hallaron algo irregular en el dibujo de los niños de una silueta humana que le dibujaron pene y babita. Solicitó su evaluación e indicó que fueron insistentes en su test de la silueta humana con pene y babita, que sabía muy fastidioso, según decían los niños, los que indicaban que en esa actividad los había iniciado el tío ñato. También notó miedo hacia el tío ñato. Sostuvo que conoció el relato de los niños sobre las prácticas sexuales a las que los inducía el ñato, hechos que ocurrían en la casa de aquellos y en el sector de la cancha. Considera que no existe fantasía porque el relato se corresponde con los test aplicados, fue una narración vívida.

Señala el Juez que si bien su conocimiento no es directo sí permite sustentar la credibilidad del menor JERA con

respecto a su declaración adjunta, es coherente con la denuncia de abusos sexuales por parte del tío ñato y permite descartar que la misma haya estado motivada en emociones de ira o incomodidad por salir del hogar Casa Verde, así como la expresión sexualizada frente al pene no permiten dudar de la existencia del abuso sexual.

Clara Elena Chisco Torres, médica legista, valoró sexológicamente al menor JERA. Indicó que éste dijo que el tío ñato lo tocaba en las nalgas con su pene y también le tocaba su pene. No encontró alteraciones en su parte genital o anal.

Critica las pruebas traídas por la defensa, pues Cristian David Rojas Arango, hermano de JERA, se mostró dubitativo y evasivo demostrando falta de objetividad en su declaración, su objetivo no era otro que evitar comprometer a su tío.

Con relación a Luz Angela Arango, sobrina del acusado, sostiene que de su testimonio no es posible establecer hechos que generen menor probabilidad de existencia del hecho o la falta de credibilidad en la declaración adjunta del niño, pues no permanecía en la casa de los niños o del acusado; el lugar donde ocurrieron los hechos no es de imposible o difícil ejecución.

Juan Guillermo López Pérez, administrador de las canchas de tenis, confirma la existencia de las canchas de tenis ubicadas cerca de la casa del señor Fernando, construidas hace 4 años y antes existían unas mangas, sitio del cual dio cuenta el ofendido.

La valoración de la prueba en su conjunto le permite establecer más allá de duda razonable, que JERA cuando tenía 5 o 6 años de edad fue sujeto de tocamientos eróticos en su parte genital por el acusado, sucesos ocurridos en casa del señor Arango y en inmediaciones de la cancha del barrio San Lucas.

Desestima la agravante atribuida relacionada con la confianza depositada por la víctima, pues no fue acreditada la relación de confianza entre el niño y el adulto. Además, fue cometido con dolo y culpabilidad, por lo que decide proferir sentencia de condena.

Rechaza los argumentos de la defensa, pues no advierte incongruencia alguna en la acusación por la Fiscalía haber desistido del testimonio del niño MARA en cuanto a los hechos acusados en concurso de conductas punibles, pues el Fiscal desistió por razones objetivas del testimonio de MARA del que no contaba con declaración adjunta relevante, consecuencias que solo pueden ser atribuidas a la acusación relacionada con esta víctima, pero ello no genera ninguna consecuencia en torno a la declaración del menor JERA.

Sobre la señora Paula Andrea Rojas sostuvo que ésta no fue testigo de los hechos y que el hecho que no conociera de los mismos no es un hecho indicador acerca de la inexistencia del hecho, pues los niños no le contaban por las advertencias que les hizo el tío ñato para mantener ocultos los hechos.

Desatiende las razones para justificar la retractación del menor JERA, pues se demostró que no son creíbles. Sus críticas no alcanzan a desvirtuar la existencia de los hechos cuando el menor tenía 5 o 6 años.

Así, entonces, se reitera, el fallador de primer grado encontró demostrada tanto la existencia del hecho delictivo como la responsabilidad penal del acusado, sin que mediara causal de justificación alguna que pudiera excluir la antijuridicidad del susodicho comportamiento.

## **LA APELACIÓN**

La representante de la Defensa interpuso el recurso de apelación, el que pretendió sustentar mediante memorial presentado oportunamente.

Al inicio de su alegato la recurrente anunció que: *“Con las técnicas de lógica y debida fundamentación”... “a más, que la de contundencia en la argumentación”,... “fundamentaré la refutación a la sentencia en un eje fundamental, a saber: FALSO JUICIO DE RACIOCINIO POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL QUE LLEVA A CREAR UNA CLARA DUDA RAZONABLE”.*

Y acto seguido con desconocimiento de la prohibición de transcripciones prevista en el Art. 163 del C. de P. Penal, que también debe hacerse extensiva a los memoriales de las partes, se dedicó a transcribir *in extenso* las consideraciones de la sentencia, para en las últimas 3 páginas de su memorial de 20 hojas venir a decir lo siguiente, que para mayor claridad se transcribe en su integridad:

### ***“DEL DISENSO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA***

*Frente a la sentencia que recurro permítanme Honorables Magistrados manifestar con el debido respeto que, se debe*

*endilgar a la judicatura una lectura juiciosa del contenido probatorio testimonial, en especial de J.E.R.A y de C.D.R.A, pues la primera instancia en mi sentir no lo hizo así y es por ello que me atrevo a concluir situaciones que paso a describir:*

### ***FALSO JUICIO DE RACIOCINIO POR INDEBIDA VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.***

*Manifiesta la primera instancia que la Fiscalía sostuvo parcialmente la acusación, solicitando solo sentencia condenatoria por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en contra del niño J.E.R.A., e igualmente solicita absolución en favor del mismo menor y del niño M.A.R.A., por los cargos de acceso carnal abusivo por ausencia de medios de prueba. Dichos medios de prueba, fueron iguales para ambos delitos que pretendió la fiscalía tenerlos desde el escrito de acusación, y que en el transcurso del proceso se fue quedando sin sustento, situación que la defensa advirtió desde el principio del juicio y por lo que solicitó absolución por todos los cargos acusados, haciendo énfasis en que la profesional en Medicina Legal CLARA ELENA CHISCO TORRES, valoró los menores y en ninguno obtuvo resultados con evidencias de los delitos endilgados al señor FERNANDO, concepto que se contrapone con el de la psicóloga GLORIA ELENA HINCAPIE, quien pese a que manifestó tener mucha experiencia, se atrevió a afirmar la existencia de los delitos sin haber realizado el seguimiento debido a los niños, en pacientes que inclusive no valoró como en el niño C.D.A.R., y más grave aún afirmar que el acusado era culpable sin ni siquiera conocerlo.*

*En ese orden de ideas, una vez valorado por el juez de primera instancia lo manifestado por fiscalía y defensa, infiere que, sin duda razonable la imputación al tipo objetivo y subjetivo al delito de acto sexual con menor de 14 años, por parte del señor FERNANDO DE JESUS ARANGO DURANGO si se cometió (...)*

*Pero a renglón seguido manifiesta que, “ante la ausencia de medios de prueba que permitan establecer la existencia de los hechos con respecto al cargo de acceso carnal abusivo agravado frente a J.E.R.A., y M.A.R.A., y acto sexual abusivo agravado cuya víctima alegada era M.A.R.A., se emitirá fallo de absolución, y es allí donde esta defensa entra en contradicción con el fallo, pues efectivamente con las mismas pruebas se valoró ambos delitos, acervo probatorio que esta plagado de dudas, contradicciones y cambio de versiones de las mismas víctimas, permitiendo con ello que surja una clara duda razonable, que, como lo manifestó la Corte en sentencia C 495 de 2019 “(...) durante la actuación, toda*

*duda razonable se resolverá a favor del investigado, cuando no haya modo de eliminarla.”*

*Por ultimo señores Magistrados, la Jurisprudencia ha sido clara al decretar que el Juez la realizar la valoración de la prueba, lo debe hacer conforme a las reglas de la sana crítica para poder llegar la certeza o la convicción en relación a la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado y si decide sancionar, tiene la obligación de cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que basa su fallo, están probados y que la autoría y conducta tipificada es imputable al acusado, recuérdese que en materia penal la carga probatoria corresponde a la fiscalía General de la Nación, y es ella quien debe reunir las pruebas pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del acusado lo que no sucedió en el caso objeto; por el contrario, reitero surge una duda razonable con lo aportado durante el juicio, que no permite en concepto de esta defensora conducir a un grado de certeza para un delito y de absolución para el otro.*

*En conclusión, Honorables Magistrados, son las dudas surgidas en las pruebas las que no permiten endilgar responsabilidad penal en cabeza de mi defendido FERNANDO DE JESÚS ARANGO DURANGO, frente al delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO.*

*Con lo anteriormente expuesto, la suscrita defensora, reclamando el restablecimiento del legítimo derecho de mi defendido, ruego a los Honorables Magistrados, acoger la petición de REVOCAR la decisión de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a FERNANDO DE JESÚS ARANGO DURANGO y ordenar su libertad inmediata”.*

### **NO RECURRENTE:**

El representante de Víctimas, en su condición de no recurrente, solicita que se confirme la sentencia apelada. Sostiene que el *A quo* hizo una valoración concienzuda de las declaraciones del niño JERA rendidas antes del juicio y la expuesta en el mismo analizada en conjunto con las demás pruebas allegadas a la vista pública, ponderando favorablemente lo dicho en la entrevista rendida por ser más cercana a los hechos, prueba que fue

realizada de acuerdo con los parámetros previstos por la ley y controvertida en el juicio, por lo que era viable que fuera valorada por el *A quo*.

Con respecto a lo dicho por la Médica Legista sostuvo que precisamente ello fue tenido en cuenta por el fallador para abstenerse de condenar por el Acceso, y de la Psicóloga Gloria Elena Hincapié sostuvo que expuso lo que vio según su leal saber y entender.

Por último, sostiene que en el juicio se allegaron una serie de testimonios que llevan a concluir que la versión entregada por el menor en el CAIVAS fue cierta y que el acto sexual abusivo existió.

### **CONSIDERACIONES:**

Previo al examen de fondo del asunto corresponde a la Sala determinar si concurren los presupuestos procesales mínimos establecidos por la doctrina para que se pueda dar curso al recurso interpuesto, entre los cuales se cuentan: (i) la capacidad para interponer el recurso, (ii) la procedencia del recurso interpuesto contra la decisión impugnada, (iii) el interés jurídico para recurrir, y (iv) la sustentación del recurso efectuada en debida forma; presupuestos todos ellos concurrentes, de modo que al faltar uno solo de ellos, el mecanismo interpuesto resulta improcedente y su tramitación será imposible.

Dada la decisión que se va a adoptar no será necesario examinar los primeros presupuestos, pues se advierte que en este preciso evento el recurso carece de una debida y adecuada sustentación, razón por la cual ha debido ser declarado

desierto por la primera instancia, pero como no se hizo deberá hacerlo ahora la Sala.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, establece la obligación de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia y el artículo 179A ibídem, adicionado por el artículo 92 de la Ley 1395 de 2010, prescribe de manera perentoria que cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.

Esa obligación de sustentar el recurso so pena de que sea declarado desierto debe hacerse adecuadamente, como también lo manda la norma<sup>1</sup>, lo que le ha permitido afirmar a la Jurisprudencia que *“no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera la decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende”*<sup>2</sup>.

De manera que cuando se hace uso de los recursos se debe proceder a su adecuada sustentación, la que no puede hacerse consistir en genéricos enunciados o defensa de una

---

<sup>1</sup> Artículo 178 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 90 de la Ley 1395 de 2010.

<sup>2</sup> Auto del 28 de septiembre de 2011, radicado 37258, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

posición, sino que es preciso que esa argumentación presente las razones del disenso, destaque las falencias fácticas y jurídicas de la providencia y porqué la decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento jurídico, ya que de lo contrario el *Ad quem* no podrá examinar el asunto, pues ello implicaría obrar de oficio, con lo que extralimitaría su competencia, que para el caso se derivaría de la apelación.

Como lo tiene dicho la Jurisprudencia:

*“Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella. En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados”<sup>3</sup>.*

Una vez examinada la intervención de la impugnante, con la cual pretendió cumplir con la carga de sustentar la apelación de la sentencia de primera instancia, se aprecia que la recurrente no enervó ni uno sólo de los argumentos expuestos por el señor Juez de instancia para desestimar su tesis según la cual el Fallador incurrió en un falso juicio de raciocinio por error en la valoración de la prueba testimonial del que surge una duda razonable que hace imperiosa la absolución de su defendido.

Pero a pesar de la delimitación tan clara de la supuesta falencia en la que incurrió el Juzgador, sin embargo la recurrente al momento de proceder a la sustentación del recurso de apelación interpuesto, no expuso las razones o argumentos de disentimiento con lo decidido por el *A quo*, como que no le bastaba

---

<sup>3</sup> Auto del 29 de marzo de 2012, radicado 38137, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

con insistir en la tesis alegada a lo largo de la actuación y reiterada una vez más en los alegatos de conclusión, en el sentido que existe una indebida valoración de la prueba testimonial, pues que el Juez con las mismas pruebas terminó condenando por unos delitos y absolviendo por otros, lo que encuentra contradictorio y da cabida a la duda razonable.

No obstante, la apelante no indicó dónde están las supuestas contradicciones en el análisis probatorio efectuado por el *A quo*, pues se limitó a decir que con las mismas pruebas valoró ambos delitos absolviendo por unos y condenando por otros, lo que no corresponde a la realidad, pues el Juzgador de instancia claramente explicó cuál era el alcance de la prueba examinada, indicando ampliamente las razones por las cuales le daba credibilidad a lo manifestado por el menor JERA en la declaración adjunta y no a la retractación expuesta en el juicio oral.

Al respecto puntualmente el *A quo* precisó:

*“Así entonces, al valorar el conjunto de la declaración del niño, se debe advertir que en su manifestación sí existe una versión relacionada con actos de abuso sexual cuando tenía entre cinco y seis años, antes de ser ingresado al hogar casa verde, que esos actos ocurrían en la casa del tío ñato, sitio aledaño a su casa, y también en un sector conocido como la cancha del barrio San Lucas, igualmente aledaño a su casa. Esos actos no eran otros que los tocamientos indebidos por encima y por debajo de la ropa, en sus partes íntimas (pene y nalgas) o que con sus manos tocara el pene de quien conoce como el tío ñato, tío de su mamá Paula Andrea Rojas y a su vez hermano de la abuela materna, quien no es otro y así fue reconocido en audiencia, es el señor Fernando de Jesús Arango Durango.*

*Las razones por las cuales, en este caso, la declaración adjunta es la que tiene plena credibilidad y permite establecer, en parte, los hechos de la acusación, no así la retractación manifestada en juicio, son múltiples y se derivan de la coherencia interna y externa de este testimonio así:*

*i) Las razones para explicar la retractación por parte del niño, francamente solo son entendibles y explicables por su formación infantil, el vínculo familiar con el acusado por parte de su madre, por*

*eso no pueden ser reprochadas, pero ciertamente son ingenuas para afirmar o sostener desde aquella, que la versión cierta, es que el tío "ñato" no ejecutaba en su cuerpo tocamientos lascivos, y que la versión previa es mentirosa. En efecto, asegurar que lo que manifestado ante la psicóloga e investigadora del CTI, y en presencia de la defensora de familia, es mentira, porque estaba molesto debido a que no le gustaba salir del hogar Casa Verde, es una razón que solo él en su formación puede creer. En este caso, tal y como se apreció en el video contentivo de la entrevista, no se advierte ninguna expresión o exteriorización de una emoción relacionada con molestia, incomodidad o ira, por estar en ese lugar con el objetivo de relatar lo que le había sucedido. Por el contrario, se notó tranquilo, pausado, tímido ante las preguntas que le hacían y las respuestas que ofrecía, lo que es entendible, pues se trata de asuntos íntimos y que ya en su edad se entienden como indebidos. De manera que esta es una verdadera razón para aceptar la retractación, más bien es una excusa para tratar de negar o restar efectos a lo que ciertamente manifestó porque así lo había percibido. Adicional a lo anterior, en el juicio oral se demostró, que en otros contextos, ajenos a esa entrevista judicial, y sin que existiera ese motivo de ira o incomodidad por salir del hogar casa verde, el niño también afirmó con claras expresiones lo que sucedía con aquella persona que el conocía como el tío "ñato", acerca de los abusos sexuales que realizó en su cuerpo.*

*Situación de credibilidad, que permite establecer que, lo manifestado en la entrevista corresponde con la realidad, en cambio la manifestación de retractación expresada en el juicio no lo es, por cuanto se cae de su peso, la razón de la retractación. La otra razón expresada en el juicio por el niño, para manifestar que lo que había dicho en la Fiscalía era mentira, es porque está arrepentido, debido a que le enseñaron que decir mentiras es malo. Sin embargo, esta expresión genérica acerca de que está arrepentido por decir mentiras, no explica con suficiencia que, en la época en la cual manifestó los hechos conocía entre lo falso y lo verdadero, tanto que pudo diferenciar los sujetos y los hechos en los cuales era víctima de abuso por parte del tío "ñato" y el primo Samuel, último hecho que pese a estar en igual declaración previa no manifestó que también fuera falso o mentirosa. Es más, expresó que por uno de esos hechos con Samuel su madre lo había visto y castigado, lo que indica que en la versión previa sí hablaba con la verdad y no por venganza o rencor o por motivos de ira. Situaciones que demuestran que el niño a toda costa y bajo una ingeniosa ingenuidad buscó con la retractación disminuir el impacto de su declaración para evitar que un miembro de su grupo familiar estuviese privado de la libertad.*

*La otra razón que el niño expresó para la retractación y negar que el tío lo había tocado, era porque el día anterior a la audiencia se había confesado en la iglesia y eso significaba no volver a mentir. Pero nuevamente no deja de ser una infantil excusa frente a la grave y reiterada afirmación de abuso sexual por parte de su tío, lo que fue expuesto con claridad en la declaración adjunta. Adviértase que ninguno de los docentes o profesionales en psicología que abordaron el caso del niño durante más de tres años, afirmaron que en algún momento se dudara de lo manifestado o que se hallara que su versión era amañada o mentirosa, porque el niño manifestara su falsedad, solo*

*fue hasta el juicio cuando manifestó tal hecho -que todo era mentira-, y eso por sí junto con aquellas circunstancias generan total ausencia de credibilidad frente a la retractación.*

*ii) La declaración adjunta del menor de edad tiene como parámetro de credibilidad que el niño en ningún momento afirmó, incluso en juicio, tener algún tipo de enemistad, rencor o animadversión frente al sujeto que para ese entonces solo era conocido como el tío "ñato". Es más indicó que nadie en su familia le manifestó que lo señalara de este tipo de actos, lo que significa que sus manifestaciones ciertamente fueron experiencias que vivió, no que se inventó o que vivió con otra persona.*

*iii) Que en la declaración adjunta al testimonio, incluso que en las manifestaciones a terceros ajenos a su familia, haya indicado que el autor de los abusos sexuales en su cuerpo era el tío "ñato" sin indicar el nombre, es una dato indicador de la credibilidad en el relato del niño, pues significa que no tenía que inventarse el nombre de una persona u otro miembro de su grupo familiar, que fácilmente recordara, no!, en este caso el niño siempre se refirió a su agresor como tío "ñato", persona que sin duda alguna es el señor Fernando de Jesús Arango Durango, en tanto con ese sobrenombre también lo conoce la mamá, la tía, y el niño lo describió y lo reconoció así en la audiencia.*

*Que en la versión previa haya indicado que el tío ñato tenía 21 años de edad, no le resta mérito a su declaración, pues se trata de un niño que no precisa la edad, tanto que para referir su propia edad, en principio señaló que tenía 17 años, cuando después simplemente cayó en cuenta que su edad era 6 años para la fecha de uno de los hechos. Allí lo fundamental es que, en aquella familia Arango Durango, no existe nadie más que sea llamado "ñato" tío de la mamá del niño y a su vez hermano de la abuela materna del niño, o que ese mismo sujeto sea el que cuidaba los jardines en una finca del sector San Lucas o luego trabajara en la cancha del mismo sector. En otras palabras, siempre se habló de la misma persona.*

*Así entonces, el testimonio completo del niño, tanto la declaración del juicio -retractación- como la declaración adjunta sometida a interrogatorio y contrainterrogatorio, permiten establecer los hechos de la acusación en cuanto a los tocamientos con intención sexual, erótica o lasciva de parte del señor Fernando de Jesús Arango Durango en el cuerpo y específicamente partes íntimas del niño J.E.R.A, en la época cuando esté tenía cinco y seis años".*

Igualmente, el Juzgador explicó las razones por las cuales absolvió al acusado de unos cargos y lo condenó por otros. Al respecto puntualizó:

*"Con su declaración adjunta y mucho menos con la del juicio en la cual se retractó de lo previamente manifestado, se puede establecer hechos de Acceso Carnal Abusivo por vía oral, pues en esencia no*

*refirió ese tipo de prácticas, y si las mismas existieron quienes dieron cuenta de ellas son terceros que para ese efecto son prueba de referencia inadmisibles debido a la disponibilidad del testigo y la no solicitud de la fiscalía, motivo por el cual no se puede inferir probatoriamente la existencia de ese hecho de la acusación.*

(...)

*En el mismo sentido, no existe medio de prueba de los que se practicaron en juicio oral, que permita inferir legalmente, la existencia de hechos relacionados con acceso carnal vía oral frente a los niños J.E.R.A y M.A.R.A. Tampoco medios de prueba directos que permitan inferir la conducta de actos sexuales distintos del acceso carnal en M.A.R.A. De ahí que, no se reprochará penalmente estas conductas objeto de acusación”.*

Aquí la defensa incurre en la falacia lógica de petición de principio, pues no puede dar por probado lo que tiene que probar, dejando en el vacío la parte más fundamental del ataque, como lo es demostrar que con las mismas pruebas se valoró (juzgó) ambos delitos, lo cual no corresponde a la verdad, pues, como claramente lo expresó el *A quo*, para unos delitos -los **Actos sexuales con menor de catorce años** cometidos en contra del menor JERA- existe prueba válida y legalmente practicada en el juicio oral para condenar al acusado, como bien lo demostró en la sentencia y, en cambio, la misma no existe para que se le pueda condenar por el delito de **Acceso carnal abusivo con menor de catorce años** frente a los niños JERA y MARA, ni tampoco por **Actos sexuales con menor de catorce años** frente a éste último, razón por la cual lo absolvió por dichos cargos. Está claro que para unos cargos la prueba rendía el límite exigido para que se pudiera emitir sentencia de condena y ante la ausencia de la misma para los otros cargos era obligación del Juzgador proferir sentencia absolutoria, como en efecto lo hizo, pero sin que se pueda afirmar que ambas decisiones las tomó con la misma prueba, ni mucho menos lo demostró la recurrente como era su obligación.

No refiere la recurrente cuáles fueron esas fallas en el análisis probatorio efectuado por el Juzgador de instancia, sin reparar en que el *A quo* puntualizó muy claramente las razones por las cuales encontró satisfecho el estándar probatorio exigido para condenar por el cargo que lo hizo y también fue contundente en indicar que no existían medios de prueba para demostrar la existencia de esos otros cargos, razón por la cual absolvió, como era lo que correspondía hacer.

Mucho menos la recurrente expresó cuáles eran esas dudas de las que acusa se encuentra plagado el recaudo probatorio, ni siquiera refirió cuáles eran las contradicciones que advertía en los testigos, ni cuál fue el cambio de versión de las víctimas, cuál la trascendencia de la misma y porque razón se habría de desestimar una versión y avalar la otra.

En esta oportunidad, la recurrente se limitó a reiterar algunos de los argumentos que ya había esgrimido en los alegatos de conclusión, los cuales, en el fallo que puso fin a la instancia, fueron desestimados con la suficiente argumentación por el funcionario fallador, sin que en el escrito de alzada la Defensora tuviese en cuenta esos motivos que expuso el *A quo* para denegar o conceder el aspecto impugnado cuestionándolo de alguna manera, señalando los errores que cometió el funcionario judicial al soportar en ellos su decisión. Como en esta oportunidad se limitó a lanzar expresiones genéricas, vacías de contenido, no es posible conocer cuáles son esos argumentos que cuestionan las razones ofrecidas por el sentenciador, sin que la Colegiatura pueda subsanar esa falta de sustentación de la apelación, pues de hacerlo estaría actuando de oficio, lo que no le está permitido, pues no se advierte violación de los derechos y garantías fundamentales del acusado, única posibilidad que le autorizaría hacerlo, pues con

ello iría en detrimento del principio de contradicción y de los derechos de las demás partes.

En síntesis, la profesional del derecho simplemente manifestó su inconformidad genérica con la decisión pronunciada, insistiendo que en este caso concreto el fallo es contradictorio y que el acervo probatorio se encuentra plagado de dudas, contradicciones y cambio de versiones de las mismas víctimas, lo que permite que surja la duda razonable, que reclama se resuelva en favor de su defendido, pero sin cuestionar el fondo de la decisión condenatoria y mucho menos los argumentos enarbolados por el Juez de primer grado y las conclusiones a las que arribó desestimando los planteamientos defensivos, siendo presupuesto ineludible para que la Sala pueda abordar el estudio de la misma, la sustentación adecuada, razonable y pertinente del recurso impetrado, conforme así lo establece el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, situación que no ocurre en este caso concreto.

En esta oportunidad no le bastaba a la recurrente con alegar que existe un “falso juicio de raciocinio por indebida valoración de la prueba testimonial” pero sin entrar a demostrar cómo se distorsionó el sentido de la prueba testimonial, pretensión para la cual era necesario que indicara en forma objetiva que dijo el testigo, cuál fue la interpretación equivocada que le dio el Juzgador y cuál la correcta, y cómo ese desconocimiento trascendió en el resultado de la sentencia, nada de lo cual se supera con afirmaciones genéricas de que el acervo probatorio está plagado de dudas y contradicciones, sin indicar cuáles son estas, ni mucho menos con afirmar que el Juez al valorar la prueba debe hacerlo conforme las reglas de la sana crítica y que para que se pueda sancionar tiene que estar demostrada la responsabilidad del acusado, lo que alega no sucedió en este caso, pero sin rebatir

los claros argumentos que le permitieron al sentenciador fundar su decisión, persistiendo en un postulado especulativo sobre la existencia de duda razonable pero sin explicar cómo surge la misma, hipótesis que la Sala no podrá abordar, pues el memorial impugnatorio carece de una adecuada sustentación de la pretensión alegada.

Con ello no puede considerarse que la recurrente esté controvirtiendo de una manera seria los argumentos expuestos en la sentencia, pues ésta ha debido, como lo reclama la Jurisprudencia, refutar los fundamentos de la providencia atacada con los cuales se desestiman sus planteamientos, señalar sus yerros y postular un criterio diferente que resulte suficiente para remover la decisión del señor Juez de Conocimiento, pues de lo contrario desierto se habrá de declarar la censura.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación propuesto por la apoderada judicial del procesado **Fernando de Jesús Arango Durango**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Esta decisión se notifica en estrados y contra ella únicamente procede el recurso de reposición.

**TERCERO:** De quedar en firme esta providencia, se ordena devolver la actuación al Juzgado de origen.

**DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.**



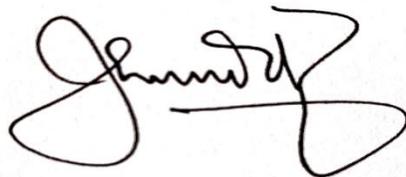
**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**

**Magistrado**



**GABRIEL FERNANDO ROLDAN RESTREPO**

**Magistrada**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**

**Magistrado.**