



## SALA PENAL

Radicado: 05360-60-99-057-2015-00161  
Procesado: José Libardo Betancur Ruíz  
Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años  
Actos sexuales con menor de 14 años  
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 008

Medellín, dos (2) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí que condenó al señor *José Libardo Betancur Ruíz* por las conductas punibles agravadas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. De los Hechos

Según lo expuesto por la Fiscalía en el escrito de acusación, son los siguientes:

“Para el año 2014 la señora Diana María Gañán Gallego hacía vida de pareja con el señor JOSÉ LIBARDO BETANCUR RUÍZ; la menor SMGG, hoy con 6 años de edad, hija de la primera, vivía con ellos en el sector de Tamargal, vereda La Pradera, municipio de Heliconia. En ocasiones, cuando la madre se encontraba afuera de la casa

recogiendo leña y los hermanitos estudiando, y él se quedaba a solas con la menor, le daba besos en la boca y la acariciaba en su cuerpo, particularmente en la vagina. Esto se presentó en varias ocasiones y en una de ellas, incluso, le introdujo el dedo allí en la vagina, lo que le generó un fuerte dolor.”

## 1.2. De la actuación procesal

Conforme con los hechos enunciados, en audiencia celebrada el 30 de octubre de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Heliconia, Antioquia, la Fiscalía le imputó a *José Libardo Betancur Ruíz* solo la comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años (artículo 209 del C.P.) aunque en la narración del suceso incluyó la introducción del dedo en la vagina que le habría hecho a la menor. El imputado no aceptó los cargos.

La Fiscalía radicó el escrito de acusación el 24 de diciembre de 2015, la que se formalizó en iguales términos el 4 de abril de 2016, adicionando la acusación jurídicamente en el sentido de que se atribuye el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (artículos 208 y 211 numeral 5° del C.P.), así como la misma circunstancia de agravación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

La audiencia preparatoria se realizó el 22 de agosto de 2016 y la audiencia de juicio oral se llevó a cabo en varias sesiones los días 13 de febrero de 2017, 9 de agosto de 2017, 22 de junio de 2018 y 20 de mayo de 2021, fecha última en que fueron presentados los alegatos de cierre, se emitió sentido de fallo condenatorio, se celebró la audiencia de individualización de la pena y se dio

lectura a la sentencia, contra la cual la defensora interpuso el recurso de apelación.

### 3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primer grado encontró reunidos los presupuestos para condenar al señor *José Libardo Betancur Ruíz* por la comisión de las conductas punibles atribuidas, como quiera que las pruebas fueron sometidas a contradicción y no lograron ser impugnadas ni vieron menguado su poder suasorio. Les dio plena veracidad a los testimonios de cargo, en los que aprecia sinceridad y coherencia entre sí; los que no le merecen reparo, puesto que, de los relatos y la actitud de cada uno de los testigos durante el juicio, no es posible colegir intención dañina o aversión infundada; en tanto no les observa propósito distinto al de dar a conocer lo que percibieron a través de los sentidos.

Advierte que es tal la contundencia de la prueba que, sin lugar a dudas, ubican a la víctima y al victimario en el mismo espacio y demuestran que José Libardo sí ejecutó el comportamiento ilegal cuando resolvió utilizar en reiteradas ocasiones sexualmente a la menor SMGG. Considera que los testigos fueron objetivos y dieron cuenta de lo que directamente percibieron incluyendo la prueba de referencia admitida.

Estima que el señalamiento fue directo y consistente, los vejámenes de contenido sexual fueron llevados a cabo por José Libardo Betancur Ruiz, y en la entrevista de la menor, que ingresó como prueba de referencia, se advierte que no hay dubitación, además que existe la corroboración periférica, principalmente por el señalamiento directo que la niña hizo delante de su progenitora, la Comisaria y la Psicóloga de la Comisaría, lo que zanja cualquier cuestionamiento al desprenderse claramente que fue él quien le

realizó a la menor reiterados tocamientos en la vagina y besos con fines libidinosos, incluso fue él y no otro, quien en una ocasión la penetró con los dedos por la vagina.

Encontró plenamente demostrada la agravación de que trata el numeral 5° del artículo 211 del código penal, pues ninguna duda hay, toda vez que José Libardo era el compañero permanente de Diana María, madre de la menor, y para el momento de la ejecución de los hechos vivían juntos en la finca ubicada en el sector de Tamargal, vereda La Pradera del municipio de Heliconia, Antioquia, por lo cual el justiciable hacía parte de la unidad familiar.

Señala que del episodio delictual no existe testigo presencial diferente a la menor víctima, toda vez que el procesado aprovechaba para saciar su libido cuando la madre se encontraba recogiendo leña, lejos del hogar o cuando no estaban sus hermanos, dándole importancia a la entrevista de SMGG, en la que se pudo determinar que la niña mantuvo su relato firme, elocuente, claro y coherente, en varios escenarios, describió con certeza el lugar donde sucedió la agresión sexual “cuando vivía con mi mamá en Tamargal” o como lo dijo en la entrevista ante la psicóloga “en la cama o en la pieza donde tienen muchos tornillos regaos” y especialmente la forma como concurren las acciones delictuosas de las que fue víctima “Libardo me daba besitos en la boca con la boca cerrada, cuando eso pasaba mi mamá estaba cogiendo leña, y yo me quedaba en la casa con Libardo, era de día, mis hermanitos estaban estudiando y mi mamá cogiendo leña, me dolía la vagina porque una vez él me metió un dedo en la vagina y no grité, me tocó la vagina con la mano por debajo de la ropa muchas veces, eso me hizo sentir mal”.

Considera que las supuestas falencias observadas por la defensa no son de fondo, son absolutamente superficiales, sin que quepa hacerle reproches a la versión de la menor sobre los hechos,

en tanto el togado se dedicó a mencionar aspectos que poco interesan en lo trascendental y no lograron siquiera sembrar dudas sobre si existió la oportunidad en el espacio y en el tiempo para que José Libardo sometiera a SMGG a sus caprichos sexuales.

Se refiere al testimonio de William de Jesús Gañan Sánchez, abuelo de SMGG, quien manifiesta que la menor le adujo que la madre la estaba obligando a decir que el procesado la tocaba en las partes íntimas; que conoció que entre el procesado y su hija existió un inconveniente relacionado con la exigencia que esta le hizo para que le entregara “una herencia” en razón al hijo en común y, ante la negativa de Betancur Ruiz, Diana María interpuso la denuncia e influenció en esas acusaciones a SMGG. Para la juez resulta claro que este testigo rinde un relato amañado, conforme a la coartada que trató de construir la defensa y se percibe el afán de defender a su vecino de toda la vida, con quien acudió hasta el hotel de donde se estableció conexión para la audiencia virtual.

Alude al testimonio de Alejandra Yaneth Gañan Londoño, tía de la menor SMGG, la cual expresó que por 7 meses cuidó de la menor SMGG, quien le habría manifestado que no era cierto que José Libardo le tocara las partes íntimas y que su madre la obligaba a decir eso; así mismo, mencionó que su hermana le indicó que lo hizo porque José Libardo no le entregó la herencia que le correspondía a Juan José, hijo en común. En sentir de la juez, esta testigo intentó dar solidez a la coartada de procesado para sugerir que la denuncia fue por un supuesto interés económico. Aprecia a este testigo como poco confiable, toda vez que no pudo explicar de manera lógica cómo se enteró de la supuesta herencia que su hermana le reclamaba a José Libardo y recurrió a supuestos de la

presunta influencia de la madre en la víctima, que en últimas no fue probada.

Con relación a lo alegado por la defensa sobre restarle crédito a lo manifestado por la menor y la configuración de los elementos de una alienación parental que condujo a una historia implantada o falsos recuerdos, avizora la falladora que con las pruebas de cargo se corroboró periféricamente el dicho de la menor en los siguientes aspectos: (i) según el testimonio de Diana María, la menor y José Libardo se quedaban solos en la casa cuando iba a recoger leña o a visitar a su hermana, consecuente con la narración de los hechos de SMGG ante la psicóloga de la comisaria de familia y la investigadora de la fiscalía cuando contó que “y mi mamá cogiendo leña” (ii) la pequeña empezó a verse triste, por lo tanto la testigo Edenis Solanlli refirió sentimientos de vergüenza, culpa e indefensión (iii) el daño psicológico de SMGG fue vislumbrado, al evidenciarse una experiencia sexual traumática.

Por tanto, estima que lo afirmado por la defensa sobre el supuesto síndrome de alineación parental no superó la esfera de la especulación, pues resultó nada creíble para la judicatura, no solo porque en la prueba de cargo no se advirtió un ánimo distinto al de dar a conocer el hecho y no hubo contradicciones, sino también porque cuando más la defensa se esforzaba para tratar de apuntalar su hipótesis lo que se concretaba es que entre la menor SMGG y José Libardo había una buena relación; incluso ninguno de los testigos dijo que esa dinámica familiar hubiera cambiado cuando la infante empezó a exhibir tristeza y retraimiento, tampoco se alcanzó a poner en contexto la existencia de un móvil de venganza, enfrentamiento o resentimiento de parte de Diana María que la llevara a influenciar a la pequeña, quien incluso en varias

oportunidades frente a ella guardó silencio por el temor que le infundía el procesado, negando que algo le estaba ocurriendo.

Entonces, considera que no se probó que realmente hubiera actos de la madre tendientes a que la menor dijera mentiras o hiciera falsas sindicaciones. Por su parte, critica a los testigos de la defensa por ser amañados a la coartada defensiva pues no logran con objetividad desvirtuar la responsabilidad del procesado y recurrieron a suposiciones que lógicamente no eran posibles: (i) porque el Procesado no había muerto, lo que da al traste con poner en contexto la supuesta herencia; (ii) la cesión del lote se dio por la mediación de la comisaria de familia y la participación de Diana María no fue soterrada; (iii) no es posible decir que la influencia se fraguó durante el tiempo que la menor estuvo con sus abuelos, toda vez que estos hechos fueron puestos en conocimiento de la autoridad mucho tiempo antes.

En síntesis, encontró que logró obtener un conocimiento, más allá de toda duda, sobre la real ocurrencia de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado y actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo agravado, y, la responsabilidad penal del justiciable, por lo que procedió a emitir condena por estas conductas, imponiendo la pena mínima de 16 años de prisión para la primera conducta, al considerar que la gravedad no desborda la intrínseca en el tipo mismo, aumentando en un tanto de dos 2 meses por el concurso, para una pena definitiva a imponer de 16 años y 2 meses de prisión.

Negó los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no cumplirse los requisitos objetivos que demandan las normas que los contienen, además por expresa prohibición legal contenida en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 68A del Código Penal,

para quienes son condenados, entre otros, por “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”; a lo que agregó el contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 que impide otorgar todo sustituto y beneficio para quienes incurren en delitos sexuales contra menores de edad.

## 5. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

5.1. La defensora del señor José Libardo Betancur Ruíz presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia condenatoria proferida en contra de su prohijado y en su lugar se profiera absolución, invocando errores en la valoración probatoria llevada a cabo por la juez de primera instancia.

Para sustentar su alegación, inicialmente reseña el concepto de violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, para luego ingresar en el examen de los testimonios practicados en el juicio.

Para el efecto, se centra en el testimonio de la señora Gloria Margarita Carmona Zapata, madre comunitaria que cuidaba a la menor, advirtiendo que los funcionarios de la Fiscalía no fueron objetivos en su labor de verificación y recolección de información, direccionando las manifestaciones de los testigos, lo cual podría explicar las contradicciones en que estos incurren sobre aspectos relevantes y, muy especialmente, las versiones diferentes y contradictorias que supuestamente le da la menor a su madre, luego a la comisaria de familia y psicóloga de la comisaria y, posteriormente, a la investigadora judicial del CTI que realiza la entrevista judicial de una manera sugestiva y alejada de una técnica



propia de la narración espontánea que debe realizar el menor víctima de delitos sexuales.

Señala que en ningún momento dicha testigo aceptó haber manifestado que la niña estaba siendo abusada y, por el contrario, adujo que el comportamiento de ella siempre fue normal en comparación con los demás niños de la misma edad que la testigo cuidaba.

Sostiene que Carlos Elías Osorio Alarcón, médico que examinó a la niña, habría confirmado que no había encontrado absolutamente nada en el examen sexológico que le practicó y que lo único que pudo observar fue frotis vaginal o flujo vaginal, lo cual es muy normal en los menores y puede ocurrir a cualquier edad, descartando así la hipótesis de la Fiscalía en cuanto al acceso carnal de que fue víctima supuestamente la menor.

Por esta razón, al no encontrar ningún signo que confirmara el abuso sexual, luego de hacer esa manifestación de no tener ningún aporte importante, habría dicho que en la parte psicológica sí encontró que la menor era muy tímida y que se notaba con mucho miedo durante la evaluación, queriendo dar la sensación de que efectivamente sí había sido abusada; sin embargo, se trataría de una afirmación que carece de todo sustento, pues a este médico no le correspondía hacer evaluación o entrevista psicológica a la menor, además que no es un profesional que pueda acreditar ese tipo de conocimientos en psicología y que, ante las preguntas que dice haberle hecho a la menor, su madre quien la acompañaba también respondía, precisamente nombrando al supuesto abusador.

Con relación al testimonio de Diana María Gañán, madre de la menor, aduce que con sus manifestaciones se desvirtúa el supuesto conocimiento que tuvo de la existencia del abuso en contra de su

hija menor, pues ella misma dice haber obtenido ese conocimiento de su hermana porque la madre comunitaria así se lo dijo, quedando desmentida con sus dichos al afirmar que su hermana no llevaba la niña a la guardería y con la declaración de la madre comunitaria, quien afirmó que ella nunca dijo eso y que, además, nunca observó ninguna afectación de la niña relacionada con ningún abuso sexual. Lo que observó fue la irresponsabilidad de la madre como lo declaró en el juicio, además que también dejó dicho que la entrevista que le tomó la fiscalía estaba alterada en su contenido por cuanto ella no hizo las manifestaciones consignadas allí. Arguye que con esta testigo se observa la presencia de un motivo para mentir, determinado por la adquisición de un bien inmueble de propiedad del acusado, a quien lo pusieron a firmar un contrato de promesa de compraventa justo el día antes de su captura, documento redactado por la comisaria de familia, quien tenía conocimiento de la investigación.

Observa contradicciones entre lo expresado por María Eugenia Baena Jaramillo, Comisaria de Familia de Heliconia y la señora Diana María Gañán sobre la adquisición del lote de terreno de propiedad del acusado, quedando claras las diferencias sustanciales en cuanto a lo manifestado supuestamente por la menor del abuso sexual, pues en el testimonio de Diana María el relato es diferente; adicionalmente, observa una marcada tendencia a declarar en contra del procesado, perdiendo la objetividad que como funcionaria debería tener, haciendo manifestaciones directas en contra del acusado por otras situaciones no referidas por los demás testigos.

Se ocupa del testimonio de Edeni Solanlli Muñoz Álvarez, psicóloga de la comisaria de familia, aduciendo que no puede ser considerada como una perito, por cuanto no realizó ningún peritaje y solo realizó una entrevista a la menor en compañía de su madre, de la cual no es posible concluir que la menor no esté siendo

sugestionada o direccionada, pues la única intención que se observa en esta psicóloga de la comisaria de familia es establecer la existencia de un supuesto abuso, perdiendo igualmente su objetividad en cuanto a lo observado en la menor, refiriendo situaciones vinculadas con una afectación psicológica, producto de un abuso sexual, cuando las mismas situaciones pueden ser producidas por causas distintas al abuso.

Considera que con esta testigo se evidencia que las versiones supuestamente dadas por la menor sobre el abuso sexual del señor Libardo no logran corroborarse con la declaración de los testigos, siendo relevante estas contradicciones e incoherencias en cuanto al relato del abuso, por cuanto resulta inexplicable que una menor de edad de 5 años relate la misma situación traumática que supuestamente le ocurrió con su padrastro, de muchas maneras diferentes, lo cual es explicable porque, precisamente, le menor pudo relatar una versión implantada por su madre en contra del acusado, como fue referido por los testigos de la defensa.

En lo que atañe a la testigo Sandra Yolima Torres, investigadora del CTI, señala que habló sobre el tema de las amenazas después de que la menor dijo varias veces que no recibió amenazas y termina siendo consignado en la entrevista por esta investigadora que la menor sí fue amenazada; igualmente, que la menor constantemente miraba a la mamá antes de responder y que llegó a tocarla debajo de la mesa para responder.

Alega que con esta testigo queda claro que las supuestas manifestaciones que hizo la menor sobre el hipotético abuso fueron diferentes, dependiendo de la persona que llegó a declarar a juicio, siendo difícil su corroboración para establecer qué fue realmente lo que ocurrió, máxime cuando la entrevista judicial se incorporó como prueba de referencia, ya que la menor no compareció al debate oral,

a pesar de que ya estaba más grande y podría hacer un mejor relato de lo que pudo haber ocurrido y las razones verdaderas por las cuales se inició este proceso.

Finalmente, hace alusión a los testimonios de William de Jesús Gañán Sánchez, abuelo de la presunta víctima, y de Alejandra Janet Gañán Londoño, tía de la menor, indicando que fueron los familiares más cercanos con los que convivió la menor después de la ocurrencia de los supuestos hechos, dejando clara la existencia de un motivo económico por parte de la señora Diana María Gañán para mentir.

Concluye que, del contenido de la prueba practicada durante el juicio oral, no se deduce con la claridad suficiente, más allá de toda duda, la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado; puesto que la valoración que hace la juez en su sentencia, adolece de errores sustanciales, por cuanto su valoración es totalmente sesgada o parcializada, cercenando muchas de las manifestaciones hechas por los testigos, específicamente respecto de las contradicción en la declaración de cada uno de ellos relacionada con la existencia del supuesto abuso, pues no dice nada sobre la diversidad de relatos donde el señor Libardo, supuestamente, tocaba a la menor en su vagina por encima de la ropa y la besaba, según su mamá; luego, que le mostraba esa cola larga, refiriéndose al pene; igualmente, la psicóloga de la comisaria manifiesta que el señor Libardo le mostraba la cola larga, se la metía en la vagina y se quedaba mucho rato con ella metida en la vagina, además que él también se quitaba la ropa; luego, a la investigadora del CTI, manifiesta que supuestamente le introducía el dedo.

Así mismo, alega que se omitió completamente el testimonio del médico que realizó el examen sexológico, lo que resulta importante para efectos de controvertir la existencia de un supuesto acceso carnal de la forma como supuestamente lo narró la menor,

pues dicho médico manifestó que no realizó ningún hallazgo en la menor que pudiera establecer la existencia de un abuso sexual, siendo esta una información negada en su existencia por parte de la juez.

Advierte que existía un motivo para mentir por parte de la madre de la menor y que el acto o contrato de promesa de compraventa fue irregular, mediante el cual se hizo firmar al acusado el día anterior de su captura, por parte de la comisaria de familia, a pesar de que la señora Diana Gañán no se encontraba presente, siendo esta desde el principio la hipótesis defensiva que, con la prueba practicada completamente y en conjunto, se logra demostrar que efectivamente pudo ser así, existiendo en el presente caso una duda suficiente respecto a la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, que amerita su absolución, pues las contradicciones no permiten corroborar los supuestos dichos de la menor que se presentan en aspectos sustanciales sobre la forma en que fue abusada y el lugar donde supuestamente ocurrió.

5.2. La Fiscalía, como no recurrente, solicita se declare desierto el recurso de apelación por falta de sustentación en tanto se refiere a una disertación extensa sobre la figura del error de hecho en sus diferentes manifestaciones, pero lo allí consignado no se liga como premisa a otro argumento que permita arribar a la absolución del procesado; además que la recurrente solo hace un recuento del fallo de primera instancia, la relación genérica de las pruebas practicadas, reproduce a su manera lo que algunos de los testigos declararon, las debilidades de unos y las fortalezas de otros, aludiendo al papel precario de la fiscalía, por lo que se trató de una reproducción parcializada y una postura personal de la impugnante de cara al debate probatorio que no tenía que ser tenida en cuenta por la juez de primera instancia, sin que se presenten

contraargumentos dirigidos a controvertir los que sustentaron el fallo condenatorio.

## 6. CONSIDERACIONES

Inicialmente cabe aclarar que la vigencia de esta decisión pende de que se mantenga en pie una orden de tutela que impuso que se otorgara una prórroga para sustentar el recurso de apelación a la defensa, la que fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero cuya suerte desconocemos en la fase de revisión ante la Corte Constitucional. De modo que mientras lo resuelto en sede constitucional no haga tránsito a cosa juzgada lo aquí decidido podría ser objeto de revocatoria, de ser el caso.

Aunque la segunda instancia se rige por los parámetros de la justicia rogada, causa por la cual el Tribunal seguirá la argumentación de la defensa apelante para examinar el acervo probatorio pues los reparos que ofrece cuestionan la suficiencia de la prueba para condenar, motivo suficiente para no declarar desierto el recurso como lo pretende la Fiscalía, conviene partir del problema que se genera en estos eventos cuando para demostrar la ocurrencia del delito sexual y la responsabilidad del procesado se utiliza el dicho de la menor como prueba de referencia, de cara a las tensiones que surgen con lo dispuesto por el artículo 381 del Código Procesal Acusatorio que dispone: “La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en prueba de referencia.”

En estos eventos, la Fiscalía tiene varias opciones para hacerle conocer al juez la versión de la menor abusada, tales como i) prueba anticipada, (ii) la declaración anterior como prueba de referencia o (iii) testigo en el juicio ( CSJ SP2709-2018, rad. 50637 y CSJ SP934-2020, rad. 52045), pese a que lo recomendable es la primera opción, pues asegura de mejor manera los derechos de los infantes y de los

procesados, lo cierto es que en el medio judicial poco se utiliza y parece ser la menos empleada de las opciones posibles.

Pues bien, en este caso la Fiscalía optó por incorporar la entrevista de la menor como prueba de referencia, y si bien no ha merecido glosa que su incorporación se haya sujetado a las reglas de procedencia, ni la Sala las percibe, el ente acusador no podía desentenderse de la prohibición del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, tal como lo advierte la sentencia SP012-2021 Rd. No. 57312 del veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021). M.P. Eugenio Fernández Carlier, de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria penal:

“Conforme lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia condenatoria *«no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia»*. De allí que, en casos de delitos sexuales, en los que normalmente solo se cuenta con la versión del menor víctima y en ciertas ocasiones no es posible que acuda al juicio o, estando allí, puede no ser testigo disponible, la jurisprudencia ha sostenido la necesidad de que la Fiscalía, para superar esa restricción, lleve a la vista pública una prueba complementaria que *«permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal»*. (cfr. CSJ SP3274-2020, rad. 50587).

En la mencionada sentencia, la Sala recordó que, para efectos de que se torne válida la condena, la prueba que debe acompañar a la de referencia puede:

*[...] tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos de juicio que en su valoración resulten trascendentes para el objeto del proceso o corroboren los que por el camino de la prueba de referencia ya existen<sup>1</sup>.*

*Igualmente, en virtud del principio de libertad probatoria, no existe ninguna tarifa legal para establecer la suficiencia demostrativa de la prueba complementaria de cara a las exigencias del referido*

---

<sup>1</sup> [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-2447-2018, 27 jun. 2018, rad. 51467; CSJ SP-2582-2019, 10 jul. 2019, rad. 49283.

*inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Es por ello que en ese propósito la prueba que acompañe a la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en dicha norma, puede ser directa o de carácter inferencial o indirecto sobre los hechos o, incluso, de corroboración periférica.*

*Al respecto, la Sala ha enfatizado en la necesaria claridad que debe existir en torno a la prueba de referencia y su conexión con la “prueba directa” y la “prueba indirecta”, bajo el entendido que entre la primera y las últimas no existe identidad, pues estas responden a una relación entre la prueba y el hecho que integra el tema de prueba, de la misma manera que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral.*

*Así se ha precisado que:*

*En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.*

*Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.*

*La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un*



*viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).<sup>2</sup>*

*De allí se sigue que si la condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta<sup>3</sup>, el medio de conocimiento que acompañe a la de referencia, en orden a superar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, puede tener cualquiera de tales características, siempre y cuando, dentro de su valoración conjunta, tenga la condición de rebasar el estándar de conocimiento de la duda razonable.*

*Ahora bien, la Sala ha subrayado que en el ámbito de los delitos sexuales, concurren especiales situaciones que resultan trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381 ibídem, debiéndose destacar la clandestinidad que suele rodear esa clase de conductas, que generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas «directas», lo cual no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de donde objetivamente pueda inferirse que los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron tal y como los relata la víctima, resultando de especial importancia, para lograr la corroboración de la versión rendida fuera del juicio, el acopio medios de conocimiento que en el derecho español se ha acuñado con el término «corroboración periférica», para referirse a «cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado<sup>4</sup>; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual<sup>5</sup>; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros»<sup>6</sup>.*

*Obviamente, aquellos medios complementarios, directos, indirectos o periféricos, tienen que tener la entidad suficiente, tras hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, para apuntalar la demostración del aspecto que se pretende probar relacionado con la conducta penal y/o la responsabilidad del acusado, pues tal exigencia no se satisface con la simple sumatoria de elementos de*

---

<sup>2</sup> [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

<sup>3</sup> [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, CSJ SP, 24 ene. 2007, rad. 26618.

<sup>4</sup> [cita inserta en texto transcrito] Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

<sup>5</sup> [cita inserta en texto transcrito] Ídem.

<sup>6</sup> [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

*conocimiento sin trascendencia o inconexos frente al tema de prueba que se debe acreditar conforme a la acusación.”*

Colofón de este el marco teórico de resolución del asunto que ha sido esbozado, es que se deberá establecer si los reparos que informan la apelación y lo que surja logran cuestionar no solo la credibilidad de la víctima, sino también de la prueba que no sea de referencia que logre corroborar o apuntalar la existencia de las conductas punibles por las que se procede y la responsabilidad del acusado, todo con miras a establecer si se cumple con el estándar requerido para condenar. Veamos:

La impugnante comienza su labor cuestionando la prueba de corroboración que devendría del testimonio de la señora Gloria Margarita Carmona Zapata con la tesis de que ella sostendría que el comportamiento de la niña siempre habría sido normal y criticando la labor de los funcionarios de la Fiscalía por carentes de objetividad y por el direccionamiento de los testigos en sus manifestaciones, lo que a su juicio explicaría las diferentes versiones de la afectada rendidas a distintas personas, las que estima son contradicciones.

Pues bien, escuchado el testimonio de la citada testigo se tiene que ciertamente en el juicio oral hizo referencia a un comportamiento relativamente normal de la menor; pero lo cierto es que lo mismo constituye una retractación a lo que había dicho en la entrevista en la que da cuenta del cambio comportamental de la menor SMG, al expresar que no le había tocado presenciar que una niña cambiara tanto; expresiones estas últimas que se conocieron a raíz de que el Fiscal debió impugnar la credibilidad de su propio testigo.

Aunque el Fiscal no advirtió que se incorporaba esta última aseveración como testimonio adjunto, la Sala es del criterio que el sentido que tenía la impugnación de credibilidad era para dicho fin,

esto es, frente a la retractación de su testigo el fiscal la considera hostil y con el procedimiento debido incorpora su dicho que pretende hacer prevalecer frente a su expresión de cierta normalidad puesto que, si bien la testigo advierte que a veces la niña llegaba decaída, lo que pretendía variar era el sentido notorio y significativo del cambio de conducta de la menor, cuya tristeza y desánimo para jugar resulta indicativo de un posible abuso sexual, así ciertamente no sea esta la única causa que podría generar el cambio radical de comportamiento.

Entonces, la falta de advertencia que se haría valer lo expresado con anterioridad como testimonio adjunto no afecta la validez de la prueba porque dicha omisión no trasciende, en tanto no solo se pudo ejercer la contradicción frente al dicho de esta testigo, sino que efectivamente se ejerció, con lo cual queda a salvo lo esencial de la incorporación de la prueba.

Juzga la Sala que la hipótesis de la testigo de la que la apelante le hace eco al considerar que hubo una intervención indebida de los funcionarios de la Fiscalía para hacer decir a los testigos lo que no dicen, no obtuvo ninguna corroboración ni el contexto permite siquiera indicarlo o cuando menos sugerirlo, en tanto no se percibe interés alguno ni motivo que llevara a tan reprochable situación.

Pero aún más que la ausencia de prueba de una deliberada distorsión del dicho de la entrevistada, cuenta también para descartar ese evento que no hay duda que el notorio cambio de comportamiento de la menor llevó a que la Sra. Gloria Margarita Carmona Zapata, como madre comunitaria, le dijera a la hermana de la progenitora sobre esta situación, lo cual significa que le dio trascendencia al cambio comportamental de la niña, lo que entiende

la Sala no habría ocurrido si se tratara de comportamientos normales.

En estas circunstancias, para la Sala lo expuesto por esta testigo, aunque sea una prueba indirecta o indiciaria, no es en modo alguno de referencia y puede, junto con otras, contribuir a superar la prohibición contenida en el artículo 381 del Código Procesal Acusatorio.

En lo que atañe a las censuras sobre el testimonio del médico que le realizó el examen sexológico a la niña SMG, que no encontró ninguna señal de abuso o penetración vaginal o anal, así como da cuenta de la integridad del himen, estas se dirigen a las posibles connotaciones de secuelas psicológicas, pero entiende la Sala que la juez no utilizó el testimonio para estos fines, ni parece fundado hacerlo solo por el hecho de que dijera que percibió su timidez, rasgo de conducta que resulta muy amplio para atribuirlo propiamente a una consecuencia del abuso.

Naturalmente que aseverar que el abuso es compatible con lo hallado en el examen sexológico no significa en modo alguno una prueba de corroboración o de confirmación de este. Significa más bien que lo probado no desvirtúa la posibilidad del abuso, aunque sí descarta que se haya presentado una penetración profunda. También sirve para evidenciar que la niña hacía énfasis en que había sido besada en la boca y tocada en la vagina, sin que la defensa pudiera establecer que esta testigo evidenciara ser objeto de impostura o manipulación alguna.

La defensa censura el testimonio de Diana María Gañán al descreer que ella obtuviera conocimiento por medio de su hermana, en tanto esta no llevaba la niña a la guardería, al tiempo en que se apoya en que la madre comunitaria nunca alertó de un posible

abuso, a lo que agrega un interés para mentir, motivado en el afán de conseguir un inmueble del procesado, a quien habrían puesto a firmar un documento de compraventa justo el día antes de su captura. Revisemos que hay de cierto en estos reproches.

La primera objeción de lo cual se seguiría que la hermana de la progenitora de la víctima no tuvo oportunidad de conocer lo que narra, carece de base probatoria atendible, puesto que el conocimiento de la madre de la menor no depende de que el contacto que tuvo su hermana con la madre comunitaria se presentara debido a que ella llevara a la menor SMGG a la guardería, como lo aclaró Diana María Gallan, sino porque la hermana tiene a dos niños bajo el cuidado de la misma. Igualmente, aunque la madre comunitaria Gloria Margarita Carmona pretendió mermar la alarma que le causó el cambio de conducta de la menor considerada abusada, ella misma reconoce que le dijo a la tía de la niña que esta no se alimentaba bien y no quería jugar.

En lo que concierne al motivo de que la madre comunitaria no alertó del posible abuso, la Sala remite a lo ya considerado en precedencia que demuestra que prevalece lo dicho en la entrevista frente a su velada retractación efectuada en el juicio, causa por la cual no es atendible la objeción de que esta no prendió las alarmas al respecto.

Por lo demás, el comportamiento que narra la madre de la menor es coherente con haber recibido esta alerta; circunstancia que se reafirma cuando observó, cerca de 15 días después, el enrojecimiento de la vagina de la niña cuando se bañaba, lo que la llevó a indagar al respecto sin obtener contestación. A lo anterior se agrega que esta misma testigo observó los gestos de la niña y el nerviosismo del justiciable, su padrastro, producido por su repentina presencia o regreso luego de haber salido a recoger leña

para el fogón. Informa la testigo que al entrar ella, la niña se volteó y se tapó su carita, visaje que llevó a que la madre le preguntara que le estaba haciendo el papá y que esta le dijera, pasados unos días, que le estaba tocando la vagina con la mano y que la besaba y que eso ocurría cuando ella no estaba; todo lo cual condujo a que fuera a la comisaría buscando ayuda. De manera que el eventual abuso se conoció por las autoridades el 10 de diciembre de 2014.

Nótese de una vez que la Sra. Diana María Gallan es testigo directa de dos hechos indicadores: (i) el enrojecimiento de la vagina de la niña que es una huella física de fricción y tocamientos, así naturalmente pueda tener otras causas y (ii) el visaje ante la repentina presencia en el lugar en el que se encontraba el justiciable y su hija, así el Fiscal no haya ahondado en el interrogatorio en las circunstancias completas de este evento, quizás por no tener presente que requería de prueba complementaria distinta a la de referencia que confirmara o corroborara lo dicho por la menor; pero aun así, es revelador el comportamiento tanto de la niña, como el nerviosismo del padrastro y cuenta como prueba de corroboración.

Ante este panorama probatorio, la defensa afinca sus esperanzas en la demostración del interés de la madre en aleccionar a la hija para que dijera que fuera abusada, lo cual pretende fundar en un interés económico por parte de ella para adquirir un inmueble de parte del procesado y en que la niña habría dado diversas versiones y habría evidenciado un comportamiento en la entrevista de dependencia con la madre mirándola y tocándola, además de que se habría realizado antitécnicamente con preguntas sugestivas.

En lo que concierne al supuesto interés de la madre en mentir y aleccionar a su hija para que también lo hiciera, la Sala descarta dicha posibilidad no solo por la espontaneidad y coherencia interna de su versión, sino también porque el motivo fundante del interés

económico no fue probado y, por el contrario, resulta desvirtuado si reparamos en la línea de tiempo de los sucesos.

En efecto, de un lado la comisaria de familia, María Eugenia Baena, explica adecuadamente lo que ocurrió con un documento contentivo de una promesa de venta o donación de un cuadro de terreno que el justiciable, quien tiene un hijo con la madre de la menor, le hacía precisamente para asegurar que esta pudiera vivir allí con su familia que incluye su descendiente. Lo anterior porque, según informa la testigo, el municipio de Heliconia estaba adelantando un plan de vivienda para las familias vulnerables, del que se pretendía que fuera beneficiaria la madre de la menor.

Debe resaltarse que la testigo mencionada da cuenta del acto voluntario del justiciable, el que aparece motivado por la debida protección que debería darle a su descendiente; sin que dicha actuación se vincule de algún modo con la noticia del abuso sexual, así aquél pretendiera que se le retirara la denuncia. Pero además de que no se alcanza a entender cómo este episodio motivó a que la Sra. Diana María Gallan mintiera e indujera a mentir, lo cierto es que los tiempos en que ocurren estos episodios no ayudan a otorgarle a esta hipótesis algún grado de credibilidad. En efecto, el abuso se denuncia en diciembre de 2014 mientras que la suscripción del documento por parte del procesado es del 28 de octubre de 2015 y la madre de la víctima lo firmó el 16 de diciembre de 2015.

Pero aún más, racionalmente no se logra entender que la Sra. Diana María Gallan pretendiera inventar un abuso, fijarlo en la mente de la menor para obtener una separación a la que era reticente, pues pese a la noticia del abuso no se quiso separar, quizás explicable por su falta de capacidad económica de la que da cuenta la comisaria mencionada. Fue precisamente la presión de esta funcionaria al despojar a la madre de la custodia de la menor y

dársela al abuelo que atestiguó en juicio, por 7 meses, lo que la obligó a ella a separarse. No medió, entonces, ningún ánimo de lucro.

Desde luego que lo dicho es suficiente para descartar la tesis defensiva del interés económico de la sindicación y que esta causa motivara a fijar en la mente de la menor un abuso. La crítica sobre las distintas versiones de la niña, cuya dimensión real es que, manteniendo el eje del abuso en besos en la boca y tocamientos de la vagina, a veces les dijo a otras personas de más actividades como la exhibición del pene o besos en la zona genital, antes que indicar una preparación para que dé por cierto lo fijado, revela precisamente lo contrario, esto es que no medió tal fijación. En todo caso, las variaciones responden a la confianza que se tuviera para expresarse al tratarse evidentemente de una niña no solo de corta edad, sino que ha sido caracterizada por varios testigos como tímida. En todo caso la apelante no demuestra las contradicciones que de manera genérica asevera, pues estas discrepancias no pueden estimarse reales contradicciones y se explican por la confianza con que pudiera expresarse.

De manera análoga, el comportamiento de la menor durante la entrevista filmada no permite soportar la hipótesis de la defensa, ni sugerirla medianamente, con mayor razón cuando la psicóloga que la recibió da cuenta que es lo usual con los menores de esta edad, que procuran encontrar en la madre respaldo o apoyo.

Continuando con el examen de los reparos de la impugnante, se encuentra que la glosa al testimonio de la comisaria de familia de Heliconia, María Eugenia Baena Jaramillo por mostrar una tendencia a declarar en contra del procesado, no deja de ser una apreciación personal de la defensa, que el Tribunal no comparte, porque para el caso exhibe el conocimiento que tiene; otra cosa,



evidentemente, es que lo que expone no le convenga al procesado. Así da cuenta de lo que la madre de la menor observó y que hemos narrado y en todo caso exhibe firmeza en la defensa de los derechos de los niños, tanto que separó a la menor del supuesto abusador, lo cual es incompatible con que auspiciara o de algún modo tolerara que a la niña se le indujera a considerarse abusada sin serlo, por cuanto ello le representaría también afectaciones emocionales y en su formación. De otro lado, el dicho de esta testigo no le resulta a la Sala contradictorio con el de la madre de la menor respecto a la suscripción del documento de promesa de venta ni en ningún otro aspecto, por lo que la aseveración en este sentido de la defensa queda sin demostración.

En lo que concierne a la atestación de Edeni Solanlli Muñoz Álvarez psicóloga de la Comisaría de Familia, la apelante sostiene que su dicho no constituye una pericia, que carece de objetividad ante el afán de establecer la existencia de un supuesto abuso, y de que dictamina una afectación psicológica por abuso cuando puede responder a diversas causas y que no lograría desvirtuar que la menor fue aleccionada o direccionada.

De estas glosas, el Tribunal solo acoge sin reservas que, aunque la psicóloga percibe la afectación emocional de la niña, de este solo hecho no puede inferirse concluyentemente que la causa sea el abuso sexual, pues solo puede estimarse como un juicio de probabilidad en tanto no se hizo un pleno estudio de la situación psicológica de la menor y en este campo de las secuelas psicológicas de los abusos, se pueden presentar contingencias, a la vez que estos mismos signos o síntomas pueden responder a diversos motivos.

Desde luego que lo observado por la psicóloga de la Comisaría indica motivos de alteración emocional que dentro de sus causas probables se encuentra el abuso sexual, circunstancia que no se

demerita porque no se trate de un peritaje al respecto. No percibe la Sala la parcialización de la testigo sino la manifestación de lo observado que lleva a creerle a la niña, de quien nos cuenta que después del abuso siempre el justiciable le daba mecato, narra abusos que no encuentra la Sala contradictorios a los expuestos en su entrevista así ampliara detalles como es la introducción de la lengua en la boca, y da cuenta más circunstanciada de los lugares en que se realizaba el abuso, dichos que al provenir de la menor no dejan de ser de referencia, que solo permiten percibir conocer que la menor reiteraba la sindicación y la exposición de detalles que no siempre se expresaron, lo cual no resulta un motivo de sospecha, sino por el contrario de reafirmación del hecho, por cuanto el conocimiento de la menor en el campo de la sexualidad puede estimarse como precario por su escasa edad. No obstante, obrará como testimonio que no es de referencia de la alteración emocional de la menor, atribuible probablemente a un abuso sexual, así esto no sea concluyente.

Para lo que sigue, conviene advertir que en el dicho de esta psicóloga se encuentra la alusión a que el justiciable advertía a la menor que no contara nada porque le pegaba, pero esto no significa en modo alguno que la niña sea consciente de lo que es una amenaza, lo cual puede explicar las respuestas de la menor a la entrevista que le realizó Sandra Yolima Torres, investigadora del CTI al respecto.

En lo que atañe a la censura de que durante el desarrollo de la entrevista la menor mirara constantemente a la mamá antes de responder y que llegó a tocarla debajo de la mesa para responder, es asunto que ya quedó aclarado en precedencia, pero valga acotar que esta testigo califica la actuación como normal porque los niños de esa edad buscan aprobación, pero más que ello es de resaltar que

deja claro la entrevistadora que la madre de la menor nunca insinuó respuesta.

Capítulo aparte merecía la evaluación de la prueba de la defensa, consistente en los testimonios de William de Jesús Gañán Sánchez, abuelo de la presunta víctima, y de Alejandra Janet Gañán Londoño, tía de la menor, quienes sostienen que esta les habría dicho que el justiciable no la tocaba para nada, que fue inducida por la madre para el efecto, aunque a ninguno de los dos les consta que ello fuera así, y que esto lo habría realizado la Sra. Diana María Gañán por cuanto pidió la herencia en efectivo por el hijo que tenía con el justiciable y este no se la quiso dar, lo que según la última testigo, su hermana, la madre de la menor le habría reconocido, aunque no precisó en modo alguno las circunstancias en que ello habría ocurrido. No obstante, la defensa se desentiende de reivindicar la credibilidad de estos testigos, lo cual relevará a la Sala de extenderse en el examen de sus dichos.

En efecto, la juez de primera instancia consideró al testigo William de Jesús Gañán Sánchez como amañado a la estrategia de la defensa y con la intención de favorecer al procesado, cuestionando por la razón o ciencia del dicho sobre cómo supo que existía el interés económico en una herencia en efectivo por el hijo, puesto que dijo que no hablaba con su hija, la madre de la menor afectada; sin que le conste nada de lo hablado entre madre e hija, sin especificar que la niña tendiera a mentir o tuviera una mala relación con su padrastro.

Igualmente, a la misma funcionaria judicial de conocimiento le resulta sospechoso el dicho de Alejandra Janet Gañán Londoño, centrando su objeción en el supuesto conocimiento del interés por

la herencia, pues al indagarla al respecto la percibe incomoda dando cuenta de una suposición.

Por supuesto que de la valoración en conjunto de la prueba de cargos que prevalece sobre la de descargos, que ciertamente surge sospechosa, en tanto no se circunstancia adecuadamente no solo la razón del dicho en relación con la herencia, sino también frente al supuesto descubrimiento de que los abusos no existieron; pues surge lógico que de ser así lo pusieran en conocimiento de las autoridades, le reclamaran a la madre y le informaran al justiciable con el que al parecer tienen buenas relaciones, como lo coligió la juez, además de que no circunstancia de mayor manera cómo se obtuvo también este último conocimiento. De todos modos, tampoco se puede descartar que la menor dijera lo que los últimos testigos aseveran, ya sea por falta de confianza o porque intentara desvanecer el motivo que la alejó de la madre, que continuaba viviendo con su abusador al tiempo que no debería tener mucho apego con el abuelo con quien no había tenido mayor trato.

En todo caso, la hipótesis de que por intereses económicos la madre mintió e indujo a mentir a su hija parte de la debilidad de que dicha tesis no aparece probada o apuntalada razonablemente según las circunstancias que mediaban y que están divorciadas de la línea de tiempo de los acontecimientos, como se hizo notar con anterioridad; además, por fuera de estos testigos no hay alusión a un interés para que se diera un dinero en efectivo. De esto nada se conocía, lo que condujo a que no se indagara por la capacidad económica del procesado, por cuanto la hipótesis de la defensa había sido que el interés se radicaba en la adquisición de un terreno.

Pero aún más, si el interés en el efectivo o en la tierra fuera cierto, no se entiende qué relación guarda este afán económico con que en el año 2014 se denunciara y el beneficio se pretendiera

obtener a posteriori. La hipótesis no encaja en el mundo posible que señalan los hechos, puesto que aún después de la denuncia penal la Sra. Diana María Gañan siguió viviendo con el procesado hasta el punto de que fue la presión de la comisaria de familia la que apuró a que se diera la ruptura de la convivencia.

Entonces, el sentido del fallo condenatorio se confirmará, aunque de una vez debe anunciarse que se absolverá por el acceso carnal atribuido pues, de un lado, esta conducta punible solo se conoce por prueba de referencia y la prueba directa que la complementa en nada ratifica, corrobora o reafirma esa conducta.

Nótese que como prueba directa de corroboración aparece el notable cambio comportamental de la menor que percibió la madre comunitaria que la cuidaba, los hechos indicadores que observó la madre como el enrojecimiento de la vagina y el visaje que presentaron tanto justificable como la niña al ingreso repentino de la madre al lugar en el que se hallaban, así como la afectación emocional, consistente en lo ansiosa, triste y culpada que estaba la menor, aspecto que si bien por si solos cada uno de ellos no tiene mayor capacidad indicativa, en conjunto se fortalecen al provenir de diversas fuentes de conocimiento.

También aspectos periféricos de la credibilidad de la menor que se exhibe retraída por la timidez, pero sincera, así tuviera el interés de no ser separada de su madre y la ausencia de interés en faltar a la verdad, así como de enemistad o animadversión en contra del procesado, y el indicio de oportunidad, reafirmado con el visaje que percibió la madre cuando intempestivamente regresó de recoger leña, permite darles credibilidad a sus dichos que dan cuenta del abuso sexual, pero los detalles y pormenores del mismo específicamente sobre si se introdujo un dedo en el vestíbulo vaginal, no logran corroboración, con mayor razón si se tiene en cuenta lo

que advierte la psicóloga Edeni Solanlli Muñoz Álvarez sobre que los niños a esta edad funcionan con un pensamiento preoperativo que los conduce a hablar y asumir las cosas desde su propia visión, le surgen dudas a la Sala que no puede superar.

En efecto, la corta edad de la menor que sugiere su desconocimiento de la vida sexual, el déficit de descripción del suceso que permitiera distinguir entre los meros tocamientos y la introducción de un dedo, lo cual dice que solo ocurrió una vez, impiden establecer a ciencia cierta a qué se refiere la menor y por qué puede aseverarse que se trata de una introducción así sea de escasa entidad.

Entonces, no hay prueba directa que reafirme o corrobore el dicho de la menor, la única prueba es su palabra, circunstancia que no resulta siendo tan objetiva y más bien se debe a la percepción que tiene. Al margen de ello, lo aseverado por la menor deriva de preguntas sugestivas de la psicóloga como puede observarse en la entrevista realizada el 2 de septiembre de 2015, específicamente a partir del minuto 25:56. Veamos:

PREGUNTA: ¿A ti te dolía alguna partecita de tu cuerpecito cuando él te tocaba?

RESPUESTA: Asiente con su cabeza.

PREGUNTA: ¿Qué te dolía?

RESPUESTA: Señala y dice vagina.

PREGUNTA: Te dolía la vagina. ¿Te salió algo de tu vaginita? ¿Te salió sangrecita o te salió algo de tu vaginita?

RESPUESTA: Niega con la cabeza.

PREGUNTA: Cuando te dolía la vagina, ¿por qué te dolía?

RESPUESTA: Porque me tocaba.

PREGUNTA: Porque te tocaba. ¿Pero sentías que te metió algo en tu vagina?

RESPUESTA: El dedo.

PREGUNTA: Te metió el dedo en la vagina. ¿Cuántas veces metió Libardo el dedo en la vagina? ¿Cuántas veces?

RESPUESTA: Una vez.

PREGUNTA: Una vez metió el dedo en la vagina. Y cuando te metió el dedo en la vagina, ¿a ti te dolió?

RESPUESTA: Asiente con la cabeza.

PREGUNTA: ¿Tu gritabas? ¿Tu gritaste en alguna ocasión?

RESPUESTA: No responde, mira a su madre.

PREGUNTA: Dame la manito. Recuerda que vamos a hablar con la verdad. ¿Tu gritaste en alguna ocasión? Dime la verdad. ¿Gritaste o no gritaste?

RESPUESTA: No grité.

PREGUNTA: No gritó. Bueno, eso está bien. No gritaste. ¿Alguien vio eso?

RESPUESTA: Niega con la cabeza.

PREGUNTA: Que tú me dices que una sola vez te metió el dedo en la vagina, una sola vez. Y te tocó la vagina por debajo de la ropa muchas veces dices tú.

RESPUESTA: Asiente con la cabeza.

PREGUNTA: Muchas veces. ¿Le viste alguna partecita del cuerpo a él?

RESPUESTA: No.

PREGUNTA: No le viste alguna partecita del cuerpo a él. ¿Algo más pasó mi amor? ¿Algo más que me quieras comentar?

RESPUESTA: Ya.

Por consiguiente, en estricta aplicación del principio rector de que la duda se resuelve en favor del reo, la Sala lo absolverá del acceso carnal atribuido, pero mantendrá la condena por el acto sexual abusivo con menor de 14 años, lo cual obligará a readecuar la pena.

Se seguirá los parámetros de dosificación de la primera instancia basado en los mínimos y aunque hizo un muy leve incremento por el concurso heterogéneo (que desaparece) y homogéneo de 2 meses, la Sala desestimaré este último, no porque fácticamente no se haya atribuido, sino porque jurídicamente no se hizo.

Esa falta de atribución jurídica expresa en la acusación impedirá considerar el concurso homogéneo de abusos sexuales así

fácticamente se haya dado cuenta de que los actos abusivos se presentaron en diversas ocasiones, pues era menester que la Fiscalía exhibiera dicha calificación jurídica, aspecto en el que no debemos ingresar los jueces.

En cambio, sí se atribuyó la agravante del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, en tanto en la narración fáctica se da cuenta de que el justiciable hacía vida de pareja con la madre de la menor y vivía con esta última, lo que significa por fuera de duda que el acusado estaba integrado a la unidad doméstica de una manera permanente, así no se exprese en estos términos formalizados. En suma, aunque pudo haber sido más clara la atribución, juzga la Sala que con el soporte fáctico anunciado no se asalta a la defensa que bien podía entender en qué consistía la causal de agravación.

Por consiguiente, la pena que deberá descontar el Sr. José Libardo Betancur Ruíz será de 12 años de prisión, lapso al que también decrece la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Lo resuelto no modifica el régimen de subrogados y sustitutos penales que cuentan con prohibición para su procedencia, por lo cual en lo restante regirá el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### R E S U E L V E

Primero: Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad penal del señor José Libardo Betancur Ruíz en la comisión de la conducta punible de actos

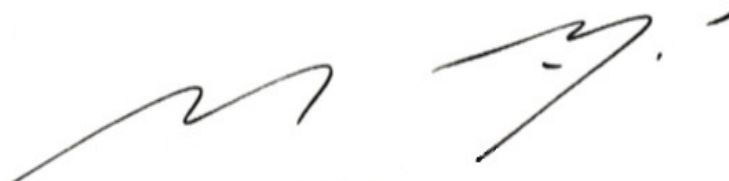


sexuales con menor de catorce años agravado por el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

Segundo: Revocar la sentencia recurrida en cuanto condenó al señor José Libardo Betancur Ruíz por el delito de acceso carnal abusivo efectuado sobre la menor SMGG y del concurso de actos sexuales no atribuido jurídicamente.

Tercero: Modificar el fallo apelado en cuanto a la pena que deberá descontar el señor José Libardo Betancur Ruíz, la que será de doce (12) años de prisión, lapso al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo restante rige la sentencia de primera instancia.

Cuarto: Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO



MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO  
MAGISTRADA