



SALA PENAL

Magistrado Ponente:
John Jairo Gómez Jiménez
Acusatorio ordinario: 2017-02600
Aprobado mediante acta 137

Medellín, agosto veintidós (22) de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria dictada por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí-Antioquia el pasado 19 de noviembre en contra de Juan David Durán Toro, en cuyo numeral primero resolvió condenarlo a la pena de 18 años de prisión al *“hallarlo penalmente responsable en calidad de autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo”*.

ANTECEDENTES

1. El juicio.

Practicado en múltiples sesiones del 13 junio de 2018 al 23 de junio de 2021, el escenario probatorio tuvo los siguientes capítulos principales: i) se estipularon la identidad, arraigo y ausencia de antecedentes del acusado y la edad inferior a los

14 años de I.D.C. y V.D.C.; ii) la Fiscalía presentó a los familiares de las menores: Geovanna Andrea Corrales (mamá), Rosa Inés López Agudelo (abuela) y Vianny Lizeth Corrales López (tía materna), y a las profesionales Judy Marcela Cadavid Correa (psicóloga de la Fundación Jugar para Sanar) y Sandra Yolima Torres (investigadora y psicóloga del CTI). Y iii) la defensa hizo comparecer a familiares y allegados del acusado: Clara Enith Toro Espinosa (madre), Leidy Alejandra Toro Espinosa (tía), Ana María Ramírez Gómez (compañera permanente), María Ángel Osorio Toro (hermana) y Valentina Anillo Toro (hermana); también a los empleadores David Salazar Rivera y Camilo Hernández Gómez Montoya y a Ángela María Álvarez Londoño (rectora de la Institución Educativa Enrique Vélez Escobar) y Luz Magnolia Hernández Herrera (vecina), y a los profesionales Efrén Arcesio Sánchez Gabela (perito informático testigo de refutación de Geovanna), Ceferina Mosquera Agualimpia (psicóloga del ICBF) y Diego Armando Heredia Quintana (psicólogo). Por último, Juan David Durán Toro (acusado) testificó.

2. La sentencia.

La Juez le concedió credibilidad a las manifestaciones por fuera del juicio realizadas por las víctimas, exponiendo las siguientes razones: i) ausencia de intención dañina, interés torticero o manipulación y ii) relato espontáneo y consistente a los diferentes adultos con los que interactuaron. Son prueba de referencia, pero fueron corroboradas y demuestran los plurales accesos carnales y actos sexuales abusivos padecidos.

Igualmente halló demostrada la agravante por las condiciones de padre que ostenta el acusado.

Sustentó la validez y admisibilidad de la prueba de referencia por el derecho prevalente de los niños y evitar su revictimización, admitiendo las entrevistas que rindieron a una investigadora psicóloga del CTI en la que relataron los accesos y abusos padecidos por su padre. Expuso, entonces, que *“el relato que proporcionaron a la investigadora no resultó descabellado, desde ahora ni implantado, ni exagerado, ni parecía ser producto de su imaginación, las preguntas de Torres Rúa, estuvieron acordes a la edad evolutiva de los niños, no estuvieron encaminadas a sugerir un ánimo de implantación de falsas memorias, las respuestas en definitiva no fueron insinuadas; provinieron de los menores desde el inicio hasta el final”*.

La narración de referencia la entendió corroborada por las siguientes variables: i) la espontaneidad de la revelación realizada en un sitio seguro y cómodo; ii) afectación de su vida cotidiana, y su círculo cercano (madre, abuela y tía) percibió temor, tristeza y ausencia de deseos de jugar; iii) la psicóloga Judy Marcela Cadavid Correa diagnosticó estrés postraumático ante la experiencia del abuso sexual; iv) con las prueba de cargo y de descargo se demostró que los menores estuvieron viviendo en la residencia paterna porque Geovanna Andrea se hallaba hospitalizada; v) no había con su padre una relación de animadversión; vi) la persistencia en la incriminación, sin ambigüedades, se mantuvo en el relato proporcionado a sus familiares y profesionales, y, por último, vii) estos fueron

testigos directos de la incriminación. En síntesis, la prueba de referencia se halla suficientemente complementada.

Además, ante discusión presentada, sostuvo que la profesional Judy Marcela Cadavid Correa (psicóloga de la Fundación Jugar para Sanar), en el tratamiento terapéutico que realizó a los niños descartó la alienación parental y la implantación del abuso, pues su narración fue acompañada con manifestaciones afectivas. Con la prueba de la defensa, declaración del psicólogo Diego Armando Heredia Quintana, no se logró acreditar la misma, y el testimonio de Ceferina Mosquera Agualimpia del ICBF tuvo una finalidad diferente a la terapéutica.

En cuanto a las penas, partió de 16 años dispuesta para el acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, la aumentó un año por el concurso homogéneo y otro por el heterogéneo, para un definitivo de 18 años de prisión y en igual lapso dispuso la inhabilitación de derechos y funciones públicas. Negó la suspensión de la ejecución prevista en el artículo 63 del Código Penal y la prisión domiciliaria del canon 38 de la misma norma por no satisfacer los requisitos objetivos allí fijados, y en todo caso recordó la prohibición dispuesta en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que proscribire todo sustituto y beneficio para quienes incurrir en delitos sexuales como los que nos ocupan.

3. La apelación.

El defensor solicitó la revocatoria de la sentencia y la consecuencial absolución, planteando la premisa general de que la juzgadora cometió errores en la valoración de la prueba y el debido proceso probatorio, e incurrió en falsos juicios de existencia por omisión, suposición e identidad.

3.1. Explicó que el primer problema jurídico deviene de la base factual del "escrito de acusación", de la que se tiene que partir para una sentencia condenatoria de donde se extraen unos hechos jurídicamente relevantes. En "ese documento" se dijo que había dos presuntas víctimas y en cuanto a las circunstancias temporales se señalaron dos meses, febrero a marzo de 2017, y como espacio, la residencia del acusado en el municipio de Itagüí, endilgándose un concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo, que es donde estriba el inconveniente porque las circunstancias modales las repitió la Juez en la sentencia un sinnúmero de veces.

En ese sentido, aludió a doctrina acerca de la estructura de los hechos jurídicamente relevantes, criticando la ausencia de delimitación de "*un presunto concurso*". Se dijo que hubo accesos y actos, pero no se supo cuántos fueron en unos y en otros. El Estado no hizo la indagación, no lo logró en la investigación, y en el juicio tampoco se consiguió "*porque unos niños dijeron que fue tres veces, el otro que fue cinco veces*" y aunque la Juez mencionó que según la Corte no tiene que ser tan exacto, pues "*exigirle tanta determinación a un niño de esa edad es un imposible*", es una afirmación que no comparte y que contrasta con la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes. No es correcto que al destinatario

de la tutela judicial efectiva no se le diga los eventos precisos en tiempo, modo y lugar, y, por consiguiente, se debe impartir absolución, según lo que dice la jurisprudencia.

3.2. Consideró que con testigos de referencia o de oídas, según se considere, en ninguno de los dos casos podía haber condena, independientemente de la cantidad de testigos. Ninguna de las dos víctimas declaró, se dijo que para evitar la revictimización, que no es propiamente “un principio”, citando una decisión del 14 de julio de 2020, radicado 2013-29563 (al parecer de una sentencia de un juez penal del circuito) en un proceso que le parece idéntico o calcado, en la que se absolvió por existir únicamente prueba de referencia. Concluyó que existió un error de la Juez en cuanto a que no se le puede catalogar a los testimonios recibidos como prueba de esa naturaleza porque *“no se le dio tal calidad a las 5 personas que vinieron a declarar, para explicar porque los dos menores no estaban disponibles de acuerdo a las causales del 438 como prueba excepcionalmente admisible”*. En este caso, estimó que son testigos de oídas.

A continuación, recordó que la analogía no existe en el procedimiento penal y de hecho está prohibida, insistiendo en que acerca del *“concurso homogéneo y sucesivo que no sabemos qué número porque no lo hay, ni hoy se logró descifrar, y eso es duda”*. La revelación a las personas que declararon no encuadra en ninguna de las causales de la prueba de referencia y solamente se dijo que había un principio de no revictimización.

3.3. En cuanto a las pruebas, expuso que Rosa Inés López Agudelo, abuela materna, en el minuto 21:56, manifestó que la revelación del dato de la niña aludió a un (1) evento, *"no hay ni tres ni cinco"*, y contrastado en lo que se denomina corroboración periférica circunstancial, no había detalles ni se habló del número de eventos con lo que pasó con Sandra Yolima o con la psicóloga de "Jugar para Sanar". Pero más adelante, al buscar la referida confirmación de la abuela con el niño, éste no lo informó a la abuela (minuto 23:42), pues a ella se lo comentó fue la niña, *"entonces es testigo de oídas, de oídas.... La abuela viene y cuenta lo que la niña le dijo que le pasó al niño"*, no este.

Con la misma dirección, en el minuto 27:03, tratando de que esta testigo informara más eventos, se le cuestionó acerca de otros sucesos, respondiendo de manera negativa. No dio más detalles de otros hechos, discutiendo este testimonio por haberse contradicho (minuto 52:10) cuando indicó en el contrainterrogatorio que los menores no le habían comentado nada respecto de un abuso, reiterando minutos después que no le habían mencionado nada acerca de algún acto sexual, situación que calificó como falso juicio de identidad o falso juicio de existencia por omisión de la Juez, porque ello debió ser valorado en primera instancia, concluyendo que no es tan nítida la prueba de cargos. *"Ellos nunca me comentaron nada"*, hay, por tanto, un falso juicio de identidad.

Explicó esta testigo en la hora 1:02:52 dijo que no se acordaba de los días de los hechos, pero que ocurrieron en horas de la mañana, afirmación que refuta el defensor porque los niños en

ese momento estaban en el colegio, tampoco especificó el mes porque indicó que fue a finales de febrero o comienzos de marzo, arguyendo que la testigo, que es de oídas, solamente ofreció dudas, a más de que mintió porque no era posible que esta declarante viera todos los días a sus nietos, como lo dijo, puesto que a los niños los recogían Ana María, el papá e incluso la abuela paterna.

3.4. Respecto al testimonio de la psicóloga Judith Marcela Cadavid Correa destacó que no se logró establecer *“hoy por hoy”* si fue una terapeuta, una testigo de acreditación, o hizo una valoración psicológica o una entrevista forense. Recalcó, en lo que denominó *“una revelación del dato”*, que en el minuto 9:12 el niño le habló de un evento, pero a Sandra Yolima Torres le refirió de otros sucesos. No hubo corroboración periférica circunstancial en cuanto a un concurso homogéneo. Resaltó que en la sentencia se indicó que en otra sesión *“el niño vuelve y le repite y cuando me ponen el minuto 11:59, para ver cómo le repite el dato, definitivamente nada dice al respecto, absolutamente nada. Eso es un falso juicio de existencia por omisión, porque yo puedo suponer o imaginar que le dijo que le había pasado algo, pero aquí no sabemos si es un acto o es un acceso”*.

Mencionó que esta testigo aludió, minuto 16:56, a que la niña no le habló mal del papá, no hizo una narración *“de una imagen desdibujada del padre”* y en el minuto 21:14 indicó que ésta *“me dice que va a tocar la puerta del papá, porque él estaba encerrado con Isaac su hermano”*, deduciendo el recurrente *“por qué la niña supo que era lo que estaba*

ocurriendo al interior de un cuarto donde había una puerta cerrada, lógica, está suponiendo la niña, le entrega la información a la psicóloga y la psicóloga la trae a juicio” y de ahí en adelante dijo lo que pudo haber pasado entre el niño y el papá, reiterando acerca de esta revelación las falencias de los hechos jurídicamente relevantes. También resaltó que se dejó constancia de que la niña en esa entrevista, luego de dar el dato, *“se pone a reír”*, situación que le parece contraria a la lógica, a la sana crítica y al sentido común, cuando se trata de un suceso traumático.

3.5. En relación con el testimonio de la señora Vianny Corrales López, tía materna, enfatizó que recibió directamente la información de la abuela de los niños, o sea su mamá, y por tanto se trata de una testigo de oídas... *“de oídas”*. Destacó en la hora 1:07:33 y 1:08:24 varios apartes de lo que dijo que le había manifestado la niña acerca del abuso, quien expuso que su papá no le había metido el pene en su boca, es decir, negó el hecho. Criticó entonces la supuesta univocidad de la corroboración periférica, que le parece que no existió, vulnerando el derecho de defensa puesto que las víctimas no comparecieron y *“varios que estaban por fuera”* suministraron una información diferente.

3.6. Destacó que de Geovanna Andrea Corrales, madre de los menores y denunciante, también mal llamada testigo de referencia puesto que insistió es de oídas, se logró comprobar la animadversión que tenía con el enjuiciado, que tenía ostensibles pretensiones económicas, que es *“obsesiva compulsiva”*, esquizofrénica, y que los testigos tanto de cargos

como de descargos dijeron que tiene un problema mental delicado, acreditándose la hipótesis alternativa de la defensa acerca de los móviles que llevaron a la falsa denuncia, infundada e injuriosa. No entregó detalles y en cuanto a los hechos no hubo univocidad.

Se demostró que no soportó la separación, actuaba con intereses económicos y se orientaba por persecución, lo cual se probó con unas conversaciones de WhatsApp, que se presentaron con un testigo de acreditación, incurriéndose en la sentencia en un error en cuanto a la finalidad de este testigo, que no era la de demostrar la predeterminación de la madre a sus hijos para mentir.

3.7. De otro lado, expresó que impugnó la credibilidad del testimonio de Sandra Yolima Torres Rúa, porque pese a que le fue encomendada una entrevista forense, fue más allá y valoró la prueba, señalando que los testimonios eran fluidos y diáfanos, problema que también se dio en la sentencia de primera instancia porque por error se valoraron esas afirmaciones de índole psicológica de las dos testigos (también la profesional de Jugar para Sanar), cuando ellas simplemente debían referirse a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la entrevista, aludiendo nuevamente a doctrina de la credibilidad del testimonio en estos casos. Es el testigo el que valoró la prueba, dejando planteado, con doctrina y referencia de sentencias de soporte, que los niños pueden mentir.

3.8. Llamó la atención del testimonio de la psicóloga Ceferina Mosquera Agualimpia, de la que reiteró que sí había realizado

una valoración psicológica, porque así consta en el interrogatorio, y que expresó que la niña mentía. Pero en primera instancia se dijo que frente a la versión que rindió con ella fue porque no se sintió cómoda en ese lugar, lo que le parece al defensor constituye un falso juicio de existencia por suposición, porque esa información la supuso la Juez, quien valoró de manera negativa este testimonio, recayendo también en un falso juicio de identidad porque se distorsionó la realidad.

Se *pasó de largo* este testimonio, pero advirtió que con esta declaración se percibió un constreñimiento, una inducción o determinación de la declaración de la niña por parte de la madre, revelando la existencia de un síndrome de alienación parental. Pidió, entonces, un pronunciamiento por parte de esta Sala acerca de esa declaración, y puso de relieve un aparte de la entrevista (hora 1:03:51), en la que estimó que padeció constreñimiento, inducción y determinación, y pudo haber alienación parental, que, implantada, impide ingresar en detalles.

En la hora 1:23:11 se dijo que la niña nunca ha visto al papá desnudo, no le ha visto el pene, no han jugado a darse picos "por allá", y se advirtió que durante la valoración se observó a la menor "activa, alegre, espontánea, con fluidez verbal, la niña presenta claridad sobre el autocuidado", fragmento que relacionado con el desorden de los testimonios de oídas, conllevan a que no hay insumos para llevar un conocimiento más allá de la duda razonable para poder condenar.

3.9. Acerca de los empleadores David Salazar Rivera y Camilo, testigos de la defensa, indicó que, aunque no le fueron fiables a la Juez (por el error en un mes en una hospitalización) cuando, de contraste, la tía de los menores tuvo mayores equivocaciones en un punto similar, y a ella sí se le creyó. Resaltó que no se les impugnó credibilidad, y al haber una brecha tan grande para la defensa, precisamente por ausencia de hechos jurídicamente relevantes porque se dijo que entre febrero y marzo de 2017, hubo unos actos y unos accesos, sin determinación, en todo caso probó que el procesado estaba trabajando y llegaba en la noche cuando la casa estaba llena de gente, a los niños los ubicaban en distintas piezas y a nadie le cabe en la cabeza que *“Juan David puede ir a dormir con los dos hijos que tenía con Ana, con los dos hijos que tuvo con la denunciante, para cuatro niños, más la esposa, más él, dónde se ubican, en qué camas, ese punto se habló, se dijo que habían camas para que apenas cupieran esas personas...”*.

3.10. Los testigos familiares del procesado dijeron que el abuso no pudo ocurrir porque Juan David estaba con la esposa al lado y llegaba tarde en la noche, sin que hubiera la oportunidad de la que se habló en la sentencia de primera instancia.

3.11. Destacó que la denunciante tiene síndrome de bipolaridad y esquizofrenia, según extrajo de su historia clínica el psicólogo Diego Armando Heredia Quintana, *“para poder explicar que esta enfermedad mental la traía para la época en la que se pudo haber gestado ese punto”*, refiriéndose a la denuncia, resaltando también el recurrente que del hecho de

que la señora Geovanna hubiera dicho que los hijos fueron secuestrados o que los iban a matar no es un indicador de una persona mentalmente sana, suponiendo que también pudo haber tomado decisiones para perjudicar al procesado, refiriéndose a la afirmación que hizo un empleador (David) de que la escuchó cuando dijo que *"si no es para mí prefiero verlo muerto o en la cárcel"*, concluyendo de que sí habían razones para querer perjudicarlo.

Recordó que señaló que el acusado no tiene el perfil de una persona proclive a cometer delitos sexuales, conclusión que no fue impugnada ni fue refutada en su declaración; es una prueba científica, irrefutable, y pese a ello no se valoró en la sentencia. También aplicó pruebas a las declaraciones de la menor, concluyendo que no es creíble su versión.

3.12. Finalmente, consideró que habían tópicos que no fueron analizados por la Juez, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y que se cancele la orden de captura, teniéndose en cuenta la sentencia SP4179 de 2018, radicado 47789, del 26 de septiembre de 2018, de la Sala Penal de la Corte, en la que se indica que con prueba de referencia no se puede emitir condena, reiterando que en todo caso los testimonios practicados no reúnen esas condiciones porque así no fueron decretados, sino que son testigos de oídas.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

En procura de la absolución, el defensor presentó dos problemas jurídicos: el primero, atinente a la indeterminación

de los hechos que soportan el concurso de delitos atribuidos en la acusación y deducidos en la sentencia, y el segundo referido a la ausencia de cumplimiento del estándar de conocimiento de la prueba para condenar fundada en diferentes enunciados, en síntesis, que la prueba presentada por la Fiscalía fue de referencia, contradictoria y cuestionable, y la de la defensa, por diferentes razones, se orienta a la inocencia.

Veamos ambos capítulos.

1. Estimó el apelante que la acusación presenta una significativa anomalía consistente en la carencia de delimitación de los hechos relevantes, en sus circunstancias de tiempo, modo lugar que sustentan “el presunto concurso”, pese a que se identificó a las víctimas y el lapso, modo y lugar de ocurrencia, lo que debe llevar a la absolución según la jurisprudencia, que en su exposición oral no identificó. No compartió el concepto de imposibilidad de determinación por tratarse de niños, expresada por la Juez.

Lo primero que se advierte es que la solución que presenta para la supuesta anomalía no es correcta. La exigencia de claridad y especificidad de la acusación, por estar conectado con el derecho de defensa y la competencia del juez, hace parte del debido proceso, lo que significa que un defecto en este acto orienta hacia la invalidez de la actuación y no es de

ninguna forma una razón autónoma para declarar la inocencia de un ciudadano¹.

En todo caso no se observa la irregularidad alegada.

En la audiencia del 16 de noviembre de 2017, se tiene que el fiscal 234 seccional expresó las siguientes claridades: i) limitó el lapso de ocurrencia con dos enunciados complementarios: de febrero a marzo de 2017 y acaecidos por la reclusión en un hospital de la madre, fueron llevados los niños a la residencia de Juan David; ii) sucedieron en su habitación; iii) en relación con V.D.C. hubo un concurso de accesos carnales abusivos consistente en que le realizaba sexo oral y actos sexuales abusivos ya que *"le acerca el pene a la boca, le tocaba la vagina por debajo y encima de la ropa y ponía su pene en la vagina hasta eyacular"*, y iv) respecto al niño I.D.C. *"lo llevaba a realizarle sexo oral hasta eyacular"*.

Para ese momento de la formulación de acusación, el defensor de ese entonces no alegó alguna observación y el ahora apelante, dejando a un lado la discusión acerca de los momentos del día en que pudieron haber ocurrido, se concentró solo en el número de ocasiones en que acaecieron ambos concursos. Concluyó: si no se determinaron, la duda lleva a la absolución.

La Sala estima que hubo una suficiente delimitación de los hechos para permitir el ejercicio de defensa y demarcar la

¹ Cfr. CSDJ.SP. Sentencia del 23 de noviembre de 2016. SP16913-2016- Radicado N° 48200.

intervención de la Juez. La descripción vista, plantea para ambas víctimas una pluralidad de las conductas restringidas en tiempo, espacio y modo, y si se desea hacer una limitación sustancial, la pluralidad, indica que son por lo menos dos episodios los que integran cada uno de los concursos.

Tres razones soportan la ausencia de alguna lesión procesal o sustantiva. i) Se descarta cualquier conducta deliberada del delegado para entorpecer la actividad defensiva, pues es cierto, como indicó la Juez, que tratándose de niños se advierten imposibilidades de concreción pues es inexigible que tengan una evocación cuantitativa de lo ocurrido o que deben llevar un registro de lo que iba sucediendo; ii) una extensión superior no fue declarada en la dosimetría penal en la que se partió del mínimo y se agregó un año por cada uno de los concursos, por lo que el marco conceptual de responsabilidad fue conservado, y iii) en cuanto al ejercicio del derecho de defensa tampoco se evidencia afectación, pues la tesis ofrecida, como veremos, transitó desde la imposibilidad de que hubiera ocurrido cualquier contacto en soledad del acusado con los niños hasta que la carencia de univocidad de los testigos de la Fiscalía, impide reconocer algún mérito persuasivo; nada indica, ni se alegó, que la ausencia del número exacto hubiera impedido la confrontación.

2. La discusión del panorama probatorio parte de la definición de cuál fue la estrategia de la Fiscalía empleada en el juicio para soportar la acusación, pues habiendo varias alternativas (prueba anticipada, la declaración anterior como prueba de referencia o su testimonio en el juicio), en esta oportunidad se

optó por no presentar a las víctimas en este último escenario y suplirla con entrevistas forenses de ambos y pruebas complementarias, opción probatoria que es válida.

2.1. Sobre el fin protector, ha dicho la Corte:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario»².

Se trata sin duda de una opción excepcional en la que se deben respetarse las reglas atinentes al descubrimiento, enunciación y decreto de pruebas, y además se demanda la existencia de una autorización específica para el ingreso y el respeto por la limitación contenida en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala Penal de la Corte ha reiterado³

Su admisibilidad es excepcional, pues únicamente tiene cabida en los casos descritos en el precepto 438 *ibídem* y, justamente, uno de ellos es cuando, al tenor del literal e), el declarante sea *menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra*

² [cita inserta en el texto transcrito] *Ibídem*.

³Por ejemplo, en: CSDJ.SP. Sentencia del 20 de enero de 2021. SP012-2021. Radicación No. 57312

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

No obstante, ella debe ingresar al juicio respetando todas las garantías procesales y con plena observancia del procedimiento para el efecto, como su oportuno descubrimiento, la indicación de pertinencia, la acreditación de su excepcionalidad y la manifestación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración anterior (CSJ SP14844 rad. 44056).

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).

A propósito de un argumento del apelante, en la sentencia dictada en el radicado 47789 (reclamado para su estudio por el defensor) la Sala Penal de la Corte insistió, como lo hemos planteado, que «*la prueba de referencia por sí sola no era suficiente para proferir condena, y que cuando la fiscalía utilizaba este medio para sustentar su teoría del caso, debía contar con prueba complementaria directa o indirecta que permitiera, (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". Y precisamente en ese caso, lo que se halló fue la ausencia de la prueba de complemento de las declaraciones de referencia, para, en consecuencia, casar la sentencia condenatoria de segundo grado. Es una interpretación diferente a lo esbozado por el defensor.

2.2. Con este planteamiento general, evidenciamos en primer lugar que no se presenta ninguna discusión en torno a la legalidad del ingreso de las entrevistas forenses realizadas a los menores por la investigadora psicóloga del CTI Sandra Yolima Torres: estos actos fueron descubiertos, enunciados y en la audiencia del 22 de octubre de 2018, el delegado fiscal anunció que no se iban a presentar a las víctimas en razón de un acuerdo con la familia, la naturaleza del delito, para su protección y evitar una revictimización. Justamente el artículo 438 literal e), establece que la prueba de referencia es admisible cuando "el declarante sea *menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal...*". En La exposición de motivos⁴, se indicó:

"De esta situación se concluye la importancia y necesidad de brindar los mecanismos que permitan obtener la declaración de los niños, niñas y adolescentes de manera que se le pueda dar valor dentro de la investigación y juzgamiento del delito sexual del cual fueron víctimas. Teniendo en cuenta la necesidad de hacer primar el interés superior del niño, niña o adolescente, resulta imperioso para el Congreso de la República y para

⁴ Gaceta AÑO XX - Nº 823 de 3 de noviembre de 2011

las instituciones a cargo de la atención de los niños, niñas y adolescentes, establecer la legislación, los mecanismos y los procedimientos que eviten la revictimización, esto es, evitar provocar nuevos daños a los sujetos pasivos de estos delitos, provocados con la actuación de las instituciones encargadas de impartir justicia, cuidando de no afectar el derecho de defensa de los imputados”.

Aunque el argumento de la defensa es bastante confuso, la finalidad de la norma es de protección, sin que importe como indica el apelante, si es “un principio” o no. Se autoriza el ingreso de las declaraciones anteriores, en este caso entrevistas forenses, sin que se requiera agregar demostraciones acerca de la condición de los menores. Y en otra arista de la controversia, es esta la única declaración de referencia, pues los otros son propiamente de oídas, ya que estuvieron disponibles en el juicio y narraron lo que los niños les contaron.

2.3. La testigo Sandra Yolima Torres Rúa introdujo en el juicio las entrevistas forenses realizadas a los niños el día 31 de mayo de 2017 y que fueron incorporados por escrito y video. Explicó su preparación y experiencia como abogada y psicóloga del CTI adscrita al CAIVAS-Itagüí, y el empleo del protocolo SATAC en la recepción de las narraciones, contando con todas las autorizaciones y la existencia de un espacio adecuado sin presencia de adultos.

En síntesis, V.D.C. declaró que su padre en unas tres ocasiones con su mano le tocó la vagina, o que se la palpaba con el pene y le salía un líquido de color blanco transparente

y vio cuando le introducía el pene en la boca de su hermano también en unas tres ocasiones *y que le salía una cosa como "babosa"*. E I.D.C. indicó que su papá le metió el pene en la boca unas cinco veces y que le "salía chichi de ahí", y que esto fue observado por su hermana.

No hay discusión acerca de que estos hechos realizan los tipos penales de accesos carnales abusivos con el niño I.D.C. y actos sexuales abusivos respecto a V.D.C., ambos en concurso efectivo.

La defensa en su recurso censura que se hubieran tenido en cuenta las valoraciones que hizo la investigadora al calificar las entrevistas como fluidas o diáfanas. Estima que (junto a la investigadora de Jugar para Sanar) debieron únicamente referirse a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la entrevista, pues si no el testigo sería el que estaría apreciando la prueba.

Es claro que el acto de valorar corresponde al Juez y no a los testigos, y ciertamente en la sentencia que examinamos no se lesionó esta muy obvia regla. Entonces, no es correcto que se sostenga que la testigo debió limitarse a describir simplemente las circunstancias de las entrevistas prescindiéndose de introducir valoraciones en su desarrollo, tal como si fuera una declaración notarial.

Por el contrario, lo pretendido por la Ley 1652 de 2013 era que, con un fin protector, las entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se realicen por

especialistas entrenados en esta práctica, en un espacio adecuado, y en nuestro caso era una abogada psicóloga con capacitación y experiencia que nadie discute. Su desarrollo, en cada uno de los pasos, está impregnado de observaciones y orientaciones guiadas por su especialidad. El mismo protocolo SATAC así lo indica. Es correcto que el testimonio del profesional que realizó la entrevista y el subsiguiente informe sea valorado plenamente y en todos los detalles, para asegurar la fiabilidad de la exposición de los menores, que en este caso es evidente por la espontaneidad en la evocación de los hechos de abuso en un entorno y protocolo que permitiera la fluidez en las narraciones.

2.4. En este orden, el paso siguiente es verificar si las narraciones se hallan complementadas con otras pruebas, esto a efectos de superar la tarifa negativa de prueba contenida en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que indica que *“La sentencia no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*, y con ambas, verificar si produjo en el juicio un conocimiento más allá de toda duda razonable para sostener la sentencia de responsabilidad penal.

2.5. Antes de avanzar, es importante dejar en claro que sobre la “prueba complementaria”, ha dicho la Corte que puede ser directa o indirecta, puede referirse a hechos periféricos y deben ser novedosos, a fin de evitar la reiteración de la declaración de referencia en otros medios de prueba. En la sentencia citada se indicó:

De allí se sigue que si la condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta⁵, 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 procesado⁶; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual⁷; (iii) el estado anímico de la víctima

⁵ [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, CSJ SP, 24 ene. 2007, rad. 26618.

⁶ [cita inserta en texto transcrito] Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

⁷ [cita inserta en texto transcrito] Ídem.

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»⁸.

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

(...)

Sin embargo, para superar la restricción del artículo 381 del estatuto adjetivo penal, al ente acusador le correspondía llevar otros medios suasorios, de naturaleza distinta, que sirvieran para complementar, ratificar o corroborar aquélla, y que, por ende

...ofrezcan datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, los cuales, en su conjunta valoración, deben estar dirigidos a llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del

⁸ [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

acusado, según lo establecido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004. CSJ Sp3274-2020, rad. 50587

2.6. La Juez estimó lo siguiente, como prueba de corroboración⁹:

- No puede pasar desapercibido que VDC e IDC, contaron los hechos de los que fueron víctimas en el escenario donde se sintieron cómodos –seguros–, es decir, lejos de su victimario, propiamente en la casa donde residían con su progenitora y abuela, poco tiempo después de estar al cuidado de Durán Toro, es decir, no guardaron silencio por mucho tiempo y pese a su corta edad reiteraron los hechos con cohesión en otros escenarios.

- Los vejámenes sexuales de los que fueron víctimas, sin el asomo de duda, causaron afectación en la vida cotidiana, hecho corroborado porque se dieron cuenta de manera directa Rosa Inés (abuela materna), Geovanna Andrea (progenitora) y Vianny Liseth (tía), quienes los notaron temerosos, tristes y sin deseos de jugar.

- También, la psicóloga Judy Marcela Cadavid Correa, de manera creíble y segura, narró que, por un lado, atendió al menor IDC, quien llegó por un diagnóstico de terrores nocturnos, pesadillas, aislamiento y, temor para hablar y frente a los ruidos; que, cuando el infante le reveló los hechos de manera espontánea lo observó triste, angustiado y temeroso, razón por la cual le prestó un juguete para que abrazara en su casa. Durante su tratamiento le diagnosticó estrés postraumático ante la experiencia de abuso sexual. Respecto de VDC, de manera directa en terapia, logró detectar que exteriorizaba comportamientos sexuales inadecuados masturbatorios, presentó pesadillas, temor, acercamiento invasivo y generalizado en el

⁹ Con subrayas del texto original.

cuerpo de los demás, sin el reconocimiento de límites y conductas de asco por sus partes íntimas; comportamientos relacionados con el abuso sexual.

- Con los testigos de cargo y descargo se corroboró que durante los meses de febrero y marzo de 2017, los menores VDC e IDC, estuvieron viviendo en la residencia de la familia paterna porque Geovanna Andrea se encontraba hospitalizada y, pese a que las pruebas de la defensa trataron de fijar que en definitiva Juan David y los niños no compartieron tiempo juntos, lo cierto es que con las declaraciones de Clara Enith y María Ángel, se corroboró que por algunos instantes, durante esa época, el Acusado jugaba con los menores antes o después de llegar de trabajar.

- Con los testigos de cargo y descargo, se llegó al conocimiento diáfano que no existió entre los agredidos y el Acusado, una relación de animadversión. -Era una relación normal y cariiosa- (sic).

- La persistencia en la incriminación, sin ambigüedades, se mantuvo en el relato proporcionado a Rosa Inés (abuela materna), Geovanna Andrea (progenitora), Vianny Liseth (tía), Judy Marcela (psicóloga) y la investigadora de la fiscalía.

- Los testigos de cargo, pueden ser de referencia – y se quiere de oídas- en relación con los actos libidinosos discretos que padecieron los infantes, empero, son testigos directos del señalamiento que estos hicieron sobre el autor.

El defensor propiamente no discutió muchas de estas variables, pues se concentró en las contradicciones de los testigos de cargos, la desacreditación de la madre de los

niños, la intervención de sendos psicólogos que estima de refutación y cierta imposibilidad de que los hechos hubieran ocurrido por la presencia de allegados.

2.7. En un primer nivel los familiares de las víctimas Geovanna Andrea Corrales (mamá), Rosa Inés López Agudelo (abuela) y Vianny Lizeth Corrales López (tía materna), estima la Sala que son corroborativos en cuanto a la espontaneidad de la revelación del abuso, oportunidad de comisión de los delitos, ausencia de razones para mentir y si se quiere su persistencia, todas indirectas, pero no respecto a los abusos sexuales de que tuvieron conocimiento por parte de los niños. Estas revelaciones tienen como fuente la misma declaración de referencia de los menores y por tanto no son propiamente novedosas.

En esta arista, se equivoca el defensor al plantear tácitamente que todos los escenarios en que intervinieron los niños son semejantes o idénticos y a partir de esta premisa impulsa la tesis de que en cada una de ellas los hechos no coinciden. Por el contrario, consideramos que solo hubo una entrevista forense, y los demás diálogos tuvieron una finalidad diferente, que es lo que desprecia el apelante: de protección familiar en medio de llantos y nervios, terapéutica en la que hubo contención del relato o ante el ICBF en espacios administrativos de discusión de custodia y similares.

Esto fue lo que ocurrió y que no consideró el apelante, y sugiere la inadmisibile tesis de que para que los niños sean creíbles en todos los espacios, recuérdese, gobernados por

adultos, debieron decir exactamente lo mismo, como si hubieran sido también entrevistas forenses.

Fuera de la entrevista forense, los otros diálogos con adultos tuvieron finalidades diferentes. Rosa Inés López Agudelo indicó que la niña le contó que su papá la tocó por encima de las ropas y al niño, con quien no habló, lo puso a que le chupara el pene. La tía Vianny Corrales López, diferente a lo planteado por el defensor, llevó a los niños a caminar y V.C. le comentó lo ocurrido y el niño le dijo que *"el pájaro se lo metió a la boca"*, ambos en medio del llanto. Y su mamá Geovanna Andrea Corrales recibió igual relato.

Es oportuno dejar planteado desde ahora que esta testigo tiene limitada o escasa capacidad probatoria, por lo que la argumentación para desacreditarla carece de trascendencia. Padece de un trastorno mental y la defensa logró probar que pidió dinero, si se quiere se le escuchó amenazas y era evidente la relación de enemistad con el acusado. Pero aceptando esto, no se sigue que los niños en una entrevista forense faltaron a la verdad.

Con lo que hemos visto, el esfuerzo del apelante de denotar contradicciones o lo que supone que son cambios de versión, son infructuosos para su tesis. Las entrevistas forenses no se corroboran en esos espacios, no solo porque reproducen la narración de referencia de los niños, sino, además, porque tuvieron, como hemos dicho una finalidad diferente.

2.8. El complemento para adquirir un conocimiento más allá de toda duda razonable la vamos a encontrar con el testimonio de la psicóloga Judy Marcela Cadavid Correa quien se presentó con múltiples cursos y diplomados en relación con el abuso sexual y afines y teniendo como ocupación psicóloga terapeuta en atención a la niñez en el programa Jugar para Sanar, desde 2 años atrás y recibió a los niños remitidos por el ICBF y la defensora de familia de Itagüí. Esta prueba se ubica en la demostración de los efectos nocivos que causaron los delitos, hecho posterior conectado de manera inseparable del abuso.

Una primera crítica de la defensa apunta a sostener que no se logró establecer "*hoy por hoy*" si fue una terapeuta, una testigo de acreditación, o hizo una valoración psicológica o una entrevista forense. Es un planteamiento desacertado. Desde la audiencia preparatoria, se decretó como testigo del proceso psicoterapéutico y es suficientemente claro que no realizó entrevista forense ni pericia. Es una indebida exageración del apelante.

La testigo tuvo contacto con los niños durante varios meses y cuya pertinencia principal es evidente. Ella expresó que no hizo psicología clínica, ni su actuación tuvo la finalidad de verificar la veracidad del testimonio, tampoco fue investigativa sino solo terapéutico, al punto que respetaba las manifestaciones especialmente de V.D. de no querer hablar más del tema.

En segundo término, tampoco es correcta la apreciación acerca de que se deben prescindir sus valoraciones psicológicas. Es que toda su intervención es desde esta disciplina, en la que resulta relevante la demostración de los efectos emocionales causados y no propiamente la forma como los niños realizaron la incriminación, como también sugiere el defensor en otro ángulo de la discusión.

La testigo, creíble en todas las variables de la Sana Crítica, indicó que inicialmente realizó una valoración inicial del estado emocional, se determina la atención terapéutica en modelo "terapia de juego", se busca reducir la sintomatología y se cierre el proceso con objetivos cumplidos.

Respecto a I.D. (de 4 años y 2 meses) anotó que inició apertura del proceso el 12 de septiembre de 2017, con la siguiente sintomatología: pesadillas, terrores nocturnos, aislamiento, temor para hablar y a los ruidos. En el diálogo (minuto 9: 36): *"Me mira a los ojos y me dice que el papá le metía el pene en la boca, y le hacía chupar el pene. Me mira me dice que el papa el trapo no lo lava muy bien y le da unas bacterias en la boca, y que...él no quiere que él la toque más. El me mira a los ojos..."*.

Expresó que la revelación fue espontánea, no se presentó como cuento aprendido, sino que, por el juego, la experiencia iba saliendo. Que fueron 13 sesiones durante 5 meses, la narración fue consistente, percibió desarrollo cognitivo y lenguaje adecuado concreto, el relato lo hacía cargado de emociones (angustia, asco y vergüenza). Por lo anterior no

percibió implantación y también recordó que no habló mal de su padre o la expresión desdibujaba de él.

V.D. le expresó que cuando abrió la puerta vio a su hermano que le estaba chupando el pene al papá e hizo unas manifestaciones acerca de cómo estaban ubicados físicamente, *“que así estaba la cabeza del hermano en las partes íntimas del papa”*. También le indicó que el papá le tocaba las partes íntimas, por debajo de la ropa con sus manos. Esas expresiones denotaban una carga emocional de vergüenza, bajaba el tono de voz, se mostraba intranquila, reía y se callaba, y que le expresó que no quería hablar más del tema. La sintomatología que percibió fue la siguiente: conducta sexual inadecuada de alto riesgo para la edad, 7 años 2 meses, masturbación y conocimiento de sexo oral, pesadillas, temores, no reconocía los límites del cuerpo, no hizo rechazo de la figura paterna y duró su intervención 9 meses.

Las otras críticas fueron desacertadas: i) se repite que no fue una entrevista forense sino terapéutica y por tanto es equivocado compararlo con lo que le expresaron a la investigadora Sandra Yolima Torres en cuanto al número de ocasiones; ii) el defensor tergiversa la prueba al sostener que V.D. supo lo que estaba ocurriendo al interior de la habitación con su hermanito cuando la puerta estaba cerrada, por lo que estaba suponiendo, cuando lo que expresó es que ingresó, vio la felación y hasta identificó la posición en que se hallaba su hermano y su papá; iii) destacó el impugnante que según la psicóloga en un momento la niña se puso a reír, lo que en su

sentir contrasta con un hecho traumático, cuando lo que describió la profesional era que la niña estaba intranquila, se reía y se callaba, y le expresó que no quería hablar más del tema, y iv) ambos testigos señalaron que las víctimas propiamente no hablaron mal de su papá, olvidando que se trata de niños vinculados afectivamente con sus padres y la ruptura con ellos no ocurre de la misma forma que los adultos, quienes gobiernan y dirigen sus vidas; empero expresaron eso sí, que no querían que les volviera a ocurrir, y en el primer espacio de confianza y protector (mamá, abuela y tía) revelaron sucintamente lo padecido.

En conclusión, las declaraciones de referencia de los niños, se hallan corroborados en forma contundente por la declaración de esta psicológica, que advirtió la sintomatología proveniente de los abusos sexuales, suministró el tratamiento terapéutico por varios meses. En forma indirecta coadyuvan las razones empleadas por la juzgadoras: ausencia de interés de daño, espontaneidad y persistencia en la narración del abuso.

2.9. En cuanto a la prueba de refutación, la defensa confrontó la solidez y complemento de la prueba referida con la psicóloga del ICBF Ceferina Mosquera Agualimpia, el perito Diego Armando Heredia Quintana, la desacreditación de la mamá de las víctimas y los testimonios de los familiares que en importante número se dirigieron a sostener que el delito no pudo haber ocurrido.

Veamos cada uno de los ítems:

2.9.1. Ceferina Mosquera Agualimpia se presentó como psicóloga del ICBF con capacitación y experiencia, y le correspondió en ejercicio de sus funciones tener contacto con Geovanna Andrea Corrales, Juan David Duran y sus hijos por varias razones de índole administrativa: la custodia de los hijos, cumplimiento de derechos (nutrición, ambiente familiar etcétera), solicitud de cupos. Eso ocurrió en varias sesiones en los meses de abril, mayo y junio de 2017.

Explicó que su actividad se limitó a llenar unos formatos destinados al “psicólogo” con muy breves comentarios, que al no recordarlos, por vía de evocación de memoria, leyó varias partes seleccionados por el defensor, quien los pone en consideración de este Tribunal para refutar las declaraciones de los niños y también, la intervención psicoterapéutica.

La Sala no comparte las apreciaciones de la defensa.

Se insiste que no se trataron de entrevistas forenses destinadas a auscultar la ocurrencia de los abusos sexuales en un espacio adecuado, sino que, como dijo la funcionaria, tenían una finalidad diferente (custodia, derechos...), y puede ser cierto que las casillas estaban destinadas para ser llenadas por un psicóloga (otras eran para un trabajador social, etc.), pero sin duda fueron comentarios breves de lo que estaba observando o le comentaron. Este acto escribir y completar espacios, no revela una intervención psicológica. Era simplemente una transcritora de lo que le decían, salvo algunas observaciones muy fáciles de hacer.

Por ejemplo, en lo que se dijo que era una valoración psicológica del 20 de abril de 2017, minuto 40:24, y se leyó en el juicio el siguiente aparte:

“de acuerdo a la valoración inicial Isaac Duran niño de 3 años y 7 meses para ese entonces, con un adecuado desarrollo para su edad, se presenta con ambos padres que comentan que el niño presenta un buen comportamiento, es calmado sociable, alegre, presenta buen ritmo en su aprendizaje, y lo describían como un niño obediente, un niño tranquilo, que no daba mucha dificultad para orientarlo para sobrellevarlo. Tenía normalidad en sus hábitos de señor y en sus hábitos alimenticios. El niño se portó como un niño normal en su desarrollo, no hubo un comportamiento que sugiriera que tuviera alguna disfuncionalidad en ese momento”:

De Geovanna se dijo que presentaba *"Trastorno afectivo bipolar no especificado trastorno mental no especificado, debido a lesión y disfunción cerebral, y enfermedad física"* y acerca de cómo estaba el menor: *"se observa en buenas condiciones generales, no se observaron nada que sugiere afectación en su estado emocional..."*.

Nada importante se expresó. La psicóloga obtuvo información de sus padres y lo acompañó de algo de su observación.

En otra intervención con fecha de apertura del 13 de mayo, también por la custodia e impulsada por Geovanna porque su mamá y hermana la despojaron de sus hijos, acerca de cuál

es la información que reporta el beneficiario (hora 1:04:00)
se indicó que:

Durante la entrevista con la trabajadora social, la peticionaria expresa que tiene algo para decir en contra del señor... Valeri interrumpe diciendo, yo ya no quiero decir nada de él, refiriéndose al papá, a lo que la madre contesta, no, usted ya lo dijo, tiene que sostenerlo, refiriéndose a una denuncia realizada el pasado mes de marzo por abuso sexual, por lo que se le indica por la entrevista por trabajo social, no mencionar el tema frente a la niña y no obligarla dar información al respecto.

El defensor destacó el siguiente aparte como muestra de la intimidación o constreñimiento padecido por la menor V. D. y pidió un pronunciamiento expreso de la Sala.

Más confusa no podía ser la expresión descrita, ni el argumento: i) alude a que ocurrió durante entrevista con una trabajadora social, que no compareció al juicio; ii) en todo caso, V.D. al ser increpada por su mamá, se negó a hablar de lo ocurrido con su papá, lo que no significa de ninguna manera que esté mintiendo.

Los niños víctima de delitos de abuso sexual, así se expuso en la ponencia de la Ley 1652 de 2013, pasan por diferentes etapas: ocultación, impotencia, acomodación, revelación retratada y retractación, esto para enfatizar la importancia de la entrevista forense como el espacio principal de narración, y no como pretende el defensor, que se le de importancia a cualquier interceptación e increpación de los adultos. Nótese que V.D. tampoco quiso seguir hablando a la psicóloga de

Jugar para Sanar y a sus familiares (mamá, abuela y tía) les expresó con unas cortas frases lo ocurrido. Se hizo, inclusive, la recomendación de no obligar a la niña a suministrar información al respecto, pues ya se dijo que tenía una finalidad diferente.

En otra intervención creada el 3 de junio se solicitó cupo para la niña V.D., para que fuera valorada para descargar afectación emocional. En la hora 1:23:11 se dijo que la niña nunca ha visto al papá desnudo, ni su pene, no han jugado a darse picos "*por allá*", y se advirtió que durante la valoración se observó a la menor "*activa, alegre, espontanea, con fluidez verbal, la niña presenta claridad sobre el autocuidado*", y no se observaron síntomas de estar afectado emocionalmente.

Son expresiones aisladas en diálogos con una finalidad diferente y la metodología de confrontar a una niña en la forma como se hizo fue irregular.

La ausencia del alcance que se le quiere atribuir por la defensa se advierte que, ante semejante testimonio tan confuso, en el interrogatorio complementario del Juez, la psicóloga precisó que se tuvo conocimiento de que la mamá había hecho una denuncia por abuso y que también se supo que V.D. había visto una relación sexual de la mamá con el abuelo.

Ante esto, fue concluyente esta testigo, en que no observó afectación de los niños y propiamente "*no se pudo verificar*" y recomendó que otro equipo psicoterapéutico hiciera una valoración "*más profunda*", indicando finalmente en que "*e/*

concepto de equipo... se habla, de los posibles riesgos de los niños en su entorno familiar en que estaba expuesto por ambos padres". Por tanto, una de las copias se iba a trasladar al defensor que lleva los casos de abuso sexual para que descarte "si es verídico o no".

La intervención de la psicóloga, en la forma tan limitada que vimos, nunca descartó el abuso sexual y compulsó por ello copia del informe para que un equipo especializado obtuviera información. Diferente a lo alegado por el defensor, la testigo ni acreditó, ni descartó los abusos.

2.9.2. El psicólogo clínico de la defensa Diego Armando Heredia rindió su peritazgo en tres tópicos: i) respecto a Juan David Durán Toro y acorde con pruebas realizadas de su disciplina, (entrevistas, test...) determinó su sinceridad, buen comportamiento social y la ausencia de riesgo para la comisión de las conductas por las que fue acusado; ii) en cuanto a la valoración psicológica de Geovanna Andrea Corrales López y conceptuó acerca del trastorno afectivo bipolar con síntomas psicóticos, ausentes para el momento de la entrevista, para el primer trimestre de 2017, tenía remisión parcial de los mismos y, que es probable que Geovanna Andrea comprendiera la naturaleza y el proceso, además de la declaración dada a la defensa. Por último, respecto a la valoración pericial de la declaración rendida por V.D. ante la investigadora de la Fiscalía concluyó como lo describió la Juez que: (i) el relato de la menor VDC no fue consistente, presentando profundas contradicciones con lo hallado por el médico forense en evaluación sexológica y lo narrado en entrevista a Ceferina

Mosquera Agualimpia, (ii) hay una relación conflictiva que pueden estar asociadas a hechos que no han pasado por su experiencia, (iii) no hay consistencia externa e interna de la entrevista presentada ante Sandra Yolima Torres Rúa y, (iv) las conductas psicológicas de los padres, no los hacen aptos para el cuidado de la menor VDC.

El defensor destaca que las conclusiones no fueron impugnadas ni refutadas y es una prueba científica irrefutable y demanda su valoración.

La Sala considera que esta prueba carece del alcance que pretende que se le otorgue y, por consiguiente, la valoración de la Juez fue correcta al no concederle mérito.

Si el objetivo era partir de su naturaleza científica, por lo menos se debió haber expuesto en qué consiste esa cualificación, pues, sin ingresar en las características de esta disciplina, es evidente que no la rige las mismas reglas que rodean la causalidad de las llamadas ciencias naturales. El examen del comportamiento humano y la definición de perfiles entrañan juicios probabilísticos, y en muchas partes de su declaración así lo denotó. El perito, fundado en técnica de su disciplina, terminó opinando acerca del buen comportamiento social y en otras esferas, que impiden considerar que hubiera cometido las conductas sexuales endilgadas. Es un concepto que no nos vincula.

Pero, además, tampoco es relevante cuando opina que el testimonio de V.D. fue contradictorio, en especial con lo

narrado a la funcionaria Ceferina Mosquera Agualimpia. Esas apreciaciones no sustituyen nuestra valoración en la que se consideró la importancia de la entrevista presente, las altas confusiones en las notas dejadas por la psicóloga del ICBF y la corroboración por el tratamiento terapéutico y las condiciones indirectas de corroboración.

Todas estas variables injustificadamente fueron despreciadas por el perito, que termina sin profundidad, seleccionando lo que le conviene para defender la conducta pulcra del acusado y perversa de V.D, enunciado típico de discriminación de género que parte de la superioridad moral de lo masculino y la incapacidad de decir la verdad de la niña abusada.

En cuanto a Geovanna, nada diferente a lo que la Sala corroboró. En lo mental y en sus conductas, se advierte inidoneidad moral y el perito no dice nada diferente. Lo que hemos indicado es que la testigo solo corrobora la incriminación en cuanto a su revelación y sostenimiento en el tiempo, hecho indirecto y circunstancia en la que también coadyuvan la abuela y la tía de la menor, no respecto a la descripción del abuso, pues no fue testigo de este y la prueba deviene de la narración de los niños y su complemento con el tratamiento terapéutico.

2.9.3. En cuanto a los demás testigos, empleadores y familiares, pretende la defensa que se reconozca la imposibilidad del acusado de cometer los delitos por incompatibilidad horaria o por estar siempre rodeado de sus allegados.

La Sala no comparte la apreciación. Los niños declararon una situación de soledad con su padre, a puerta cerrada, condiciones idóneas para la realización de las diferentes modalidades del abuso, hecho que es verosímil, pues es natural que el contacto con los padres no significa siempre o casi siempre la presencia de otras personas. Los familiares y allegados del acusado, por supuesto interesados en beneficiar a éste por los lazos que los vinculan, convenientemente presentan unas rígidas costumbres familiares, y allí ubicados, el defensor desliza la tesis de la imposibilidad de ocurrencia. Es que no se puede desconocer que los hechos de los abusos trascurren en la cotidianidad, rodeados del silencio y con el dominio total del padre abusador, metodología que rechaza cualquier alarma. Los niños solo revelaron lo ocurrido cuando abandonaron esta residencia.

2.10. Por lo visto, la Sala concluye que la valoración probatoria empleada por la Juez para responsabilizar penalmente al señor Durán Toro, examinada acorde con los argumentos del apelante y otros adicionales que se introdujeron, es correcta. La prueba de referencia admisible fue complementada, y con ambas se adquiere un conocimiento más allá de toda duda razonable. En consecuencia, se dispondrá la confirmación de la sentencia, con las salvedades que a continuación se expondrán.

MODIFICACIONES

Como el principio de legalidad debe tener vigencia en todos los espacios de la actuación penal y atendiendo el resultado

favorable que tendría para el acusado, se introducirán las siguientes modificaciones oficiosas.

1. La Sala Penal de la Corte tiene como precedente que el principio del *non bis in ídem* es trasgredido cuando se atribuye simultáneamente las agravantes de los numerales 2 o 5 del artículo 211 del Código Penal con el delito de incesto con base en idéntico hecho relevante alusivo al “parentesco”. Por ejemplo, en la sentencia del 23 de mayo de 2018 (SP1855-2018-radicación-#45520), recordando la decantación jurisprudencial, concluyó que *“la relación de parentesco no podía constituirse en circunstancia de agravación punitiva del delito Actos sexuales con menor de catorce años, cuando ese mismo supuesto de hecho conforma la estructura típica del Incesto”*.

Este planteamiento tiene efectos en el caso que nos ocupa, en el que en la acusación la agravante fue sustentada únicamente en términos del parentesco, esto es, como se dijo, por *“la relación familiar que existía entre los dos”*, optando por dejar a un lado el delito de incesto, que como se sabe, según su tipicidad, recoge igual hecho.

Hemos dicho que en materia penal es obligatorio atribuir las conductas delictivas acorde con lo que la Ley determine, lo cual no depende de la voluntad del órgano de persecución penal ni tampoco, agregamos, de los límites que impone el recurso de apelación y que carece de idoneidad para sanear la irregularidad por la ausencia de alegación. Establece el artículo 29 de la Constitución Política que: *“Nadie podrá ser juzgado*

sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Nótese que la agravante referida afecta el tipo penal básico con un incremento de una tercera parte a la mitad, que respecto al mínimo (que es lo que nos concierne) significa de 12 a 16 años, esto es, 4 años más. Empero, el acceso carnal sexual con “descendiente” se encuentra definido como delito autónomo denominado “incesto”, artículo 237 del Código Penal, y que tiene un ámbito punitivo de 16 a 72 meses. Se escogió la hipótesis más gravosa, cuando legalmente debía imputar la de menos intensidad.

Con la anterior verificación, evidenciamos que es más favorable, entonces, excluir la agravante y agregar al delito de “*acceso carnal abusivo con menor de catorce años*”, un concurso con el punible de incesto, modificación que entendemos autorizada en tanto que establece un resultado punitivo más benigno, se respeta el núcleo fáctico de la acusación y no se observa que se afecten los derechos de los intervinientes¹⁰, pues el vínculo de consanguinidad como factor adicional de reproche penal, se conserva.

2. Además, hace parte del debido proceso la vigencia del principio rector de la congruencia previsto en el artículo 448 del C.P.P., que al ser examinada por la Corte Constitucional en la C-025 de 2010, en lo que nos interesa destacar, concluyó

¹⁰ Cfr. CSDJ. SP. Sentencia del 19 de abril de 2023. SP162-2023 Radicación n° 58235.

que: (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal”.

Lo anterior, en el detalle de la consonancia que se deriva entre imputación y acusación, se complementa con la sentencia del 5 de junio de 2019 (SP2042-2019 Radicación N° 51007), capítulo “Cambios desfavorables al procesado”, en la que en el aparte (iii) que deseamos destacar, indicó: “cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla”.

Esta reflexión tiene sentido al examinar la imputación progresiva de los delitos atribuidos y propiamente respecto al delito de acceso carnal abusivo que en concurso fue imputado y cometido en contra de la menor V.D.C. se evidencia que no satisface la legalidad de la actuación y demanda ser corregido.

En efecto, i) en la audiencia de imputación acaecida el 11 de julio de 2017, la delegada fiscal solo atribuyó al acusado respecto a la víctima referida el delito actos sexuales abusivos

(art. 209 y art. 211 #5 del C.P.), más no el acceso que solo fue imputado con lo sucedido a su hermano, y se especificó como hecho relevante que ella se negó a hacerle sexo oral, pero que le tocó la vagina con la mano y con el pene¹¹, acontecer que ocurrió unas tres veces. ii) En la sesión de acusación del 16 de noviembre de 2017 se agregó sorpresivamente el acceso carnal abusivo agravado y se indicó que *“la llevaba a realizarle sexo oral”*. Y iii) en la sentencia que revisamos se admitió este injusto agravado, y sin ninguna distinción con I.D.C., se hizo un incremento de un (1) año por lo que denominó *“concurso homogéneo”*, que debe ser, obviamente, modificado.

Importa aclarar que, en este caso en particular, siendo la defensa apelante única obra en todo rigor el principio constitucional de la prohibición de reforma en peor que, con la amplitud otorgada por el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 (*“El superior no podrá agravar la situación del apelante único”*), extensión declarada en la C-591 de 2005, implica que el contexto de juzgamiento del acusado no debe ser desmejorado en concreto ni para el momento actual, ni para crear en el futuro el riesgo para que esto ocurra. Este principio, para este caso, impide la nulidad (que sería desde la acusación), pues de abrirse un nuevo proceso penal se presentaría la posibilidad de una hipotética desmejora ante una eventual nueva condena. Es suficiente con excluir el muy exiguo incremento que, realizados los cálculos proporcionales, alcanzó finalmente la cifra de 12 meses para ambas víctimas, que se reduce proporcionalmente a 9 meses por la exclusión

¹¹ A partir del minuto 16:08

de la agravante, lo que arrojaría, según este detalle, 4 meses y 15 días para cada concurso de accesos, tiempo este que es el que debe ser excluido.

3. Procedemos a la modificación de la pena de prisión impuesta de la siguiente forma: Inicialmente se partirá del delito de acceso carnal abusivo cometido en contra de I.D.C. y atendiendo los reconocimientos favorables que hizo la Juez de instancia (primer cuarto y el mínimo legal), se aplicará el tope inferior de 144 meses (12 años). A continuación, por los concursos se agregan 17 meses y 15 días (en vez de los 2 años), que es el resultado de la siguiente suma, que se discrimina así: i) 4 meses y 15 días el concurso de accesos carnales que conservan vigencia (I.D.C.); ii) 9 meses por el concurso de los abusos sexuales con menor de 14 años (V.D.C.) y iii) cuatro (4) meses por el incesto, para un definitivo de ciento sesenta y un (161) meses y quince (15) días, equivalente a trece (13) años, cinco (5) meses y quince (15) días. En igual lapso quedará la inhabilidad de derechos y funciones públicas.

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

FALLA

1. Confirma la sentencia apelada con las modificaciones de que, excluyéndose la agravante prevista en el numeral 5 del artículo 211 y el delito de concurso de acceso carnal abusivo

C.U.I.: 05 3606099057-2017-02600.

ACUSADO: Juan David Durán Toro.

DELITO: Acceso carnal abusivo
con menor de catorce años y otros.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

con menor de 14 años cometido en contra de V.D.C. y atribuyéndose la conducta del incesto definida en el artículo 237, ambos del Código Penal, se fijan las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas en trece (13) años, cinco (5) meses y quince (15) días. En lo demás rige el fallo de instancia.

2. Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación.

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN