



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, viernes, cinco de noviembre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0116

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el Fiscal 96 Seccional y el Procurador Judicial 124 II, conoce en segunda instancia esta Colegiatura el fallo proferido el 03 de marzo de 2020 por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual absolvió al señor JUAN CARLOS GIRALDO ROLDÁN, quien se encuentra vinculado a este proceso por el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen al proceso, fueron sintetizados así por la judicatura de primera instancia:

"Según la Fiscalía, por denuncia formulada el 11 de diciembre de 2017 por la señora PATRICIA EDUVIGES SÁNCHEZ CASTRO, madre del menor MDS, se tuvo conocimiento de que, entre los años 2014 a 2017, el menor MDS de 5 años de edad, venía siendo presuntamente objeto de tocamientos en sus artes genitales, práctica de sexo oral y penetración oral y anal, por parte del señor JUAN CARLOS GIRALDO ROLDÁN, en la casa de habitación del menor, ubicada en la calle 85 No. 64-28 del barrio La Floresta, de la cual era propietario; y en otro apartamento contiguo a aquel en el que vivía el menor, que tenía desocupado, y también una finca ubicada en el municipio de Don Matías, aprovechando que el menor era dejado por su madre al cuidado de la señora MARTHA, esposa del acusado".

El 28 de diciembre de 2017, el Juez 24 penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, verificó la legalidad del procedimiento de captura del señor GIRALDO ROLDÁN y le aplicó medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario, previa formulación de imputación por el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, en concurso homogéneo, que no aceptó el imputado.

El 13 de abril de 2018, el Juez 16 Penal del Circuito de Medellín, instaló la audiencia de acusación, en la cual el Fiscal reiteró la acusación por la infracción objeto de imputación en la audiencia preliminar. La audiencia preparatoria se llevó a cabo en sesiones del 13 de julio y 21 de agosto de 2018 y el juicio oral se realizó en 8 sesiones entre el 20 de septiembre de 2018 y el 26 de agosto de 2019, fecha esta última en la que se profirió sentido del fallo absolutorio. Finalmente, el 3 de marzo de 2020, se emitió la sentencia absolutoria que es objeto de alzada por parte de los delegados de la Fiscalía y de la Procuraduría.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Inicia el fallador afirmando que los testigos diferentes a la víctima, como su progenitora y los psicólogos y médicos que testimoniaron en el juicio son testigos de referencia, cuyo valor suasorio resulta menguado por esa condición. Destaca que los delitos sexuales se cometen en la clandestinidad, sin otro testigo diferente a la víctima, razón por la cual la valoración de su testimonio se torna muy difícil y de allí la necesidad de que el operador judicial esté muy convencido de que los medios de conocimiento colectados en el juicio, son objetivamente suficientes y contundentes para llevarlo a la certeza de la conducta punible.

Añade que la declaración de MARIA VICTORIA SÁNCHEZ, tía de la víctima, menciona que ésta acostumbraba a decir mentiras, además tenía antipatía por su abuela, era

maltratado por su progenitora y ésta lo manipulaba, era rebelde y fue sometido a tratamiento psicológico.

En punto de los testimonios de los psicólogos, deduce el a-quo que no puede determinar con ellos la veracidad del testimonio del menor, pues pueden llegar a conclusiones diversas, lo que se explica en que la psicología no es una ciencia exacta porque está influenciada por las conjeturas y una particular interpretación de la conducta humana, razón por la cual esta prueba técnica le resulta insuficiente para determinar si el menor dice o no la verdad.

Y sobre la deponencia de la médico legista MARTHA HERRERA MUÑOZ, sostiene la judicatura de primera instancia que no halló eritemas, desgarros ni lesiones en la zona anal del niño, lo que no se compadece con su manifestación de haber sido accedido analmente.

Concluye la primera instancia que ni los testigos psicólogos ni la médico legista son idóneos para dar por probados los hechos materia del debate, pues sus afirmaciones son muy especulativas, hipotéticas y no pueden ser verificadas.

A pesar de lo anterior, le da mayor crédito al psicólogo de la defensa porque la tía del menor indicó que éste estaba en tratamiento psicológico y además tenía tendencia a mentir. Destaca la sentencia 36023 de 2011 en la que la Corte

Suprema afirma que los niños tienen la capacidad de mentir y que los adultos no pueden detectar esas mentiras.

En cuanto al testimonio del menor MDS, estima que no fue consistente y claro, pues afirmó que fue tocado 28 veces, pero su progenitora indica que solo fueron 3; además, el niño habló que el autor fue un “*señor malo*” a quien no identificó. Su declaración la juzga parca y monosilábica, como si no quisiera hablar de esos hechos, lo que puede interpretarse como si mintiera o como un mecanismo de defensa por alguna razón traumática. También pudiera ser que lo están presionando para que mintiera, lo que deduce por el excesivo protagonismo de la defensora de familia en el interrogatorio que, le sugiere, condujo al menor a dar ciertas respuestas, todo lo cual degrada la credibilidad del testimonio.

Añade el a-quo que frente a los contundentes hechos planteados por la Fiscalía, lo esperable era que el menor explicara la forma en la que fue accedido carnalmente, pero lo que hizo fue decir, tímidamente, que el acusado le mostró su pene y lo obligó a mostrarle el suyo, lo que deja sin piso la hipótesis del acceso carnal. Fue a la pregunta de la defensora de familia que respondió había sido tocado, lo mismo que el número de veces (28), una cifra tan concreta sin concordancia semántica.

Esa narrativa de la víctima contradice la versión que le dio a los investigadores en punto del acceso carnal vía anal o con los dedos como le dijo a la psicóloga MARTHA HERRERA. Y, de otro lado, la declaración de la médico legista PATRICIA EDUVIGES

SÁNCHEZ, no le encontró huellas de penetración anal, todo lo que deja serias dudas de la existencia del acceso carnal.

En conclusión, para el sentenciador de primera instancia, si bien no se demostró que el menor hubiera mentido, tampoco sus manifestaciones tienen la credibilidad suficiente para asegurar que dice la verdad, en la medida necesaria para soportar un juicio de reproche contra el acusado.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El Fiscal 96 Seccional solicita la remoción del fallo absolutorio y en su lugar se profiera condena al acusado. Estos son sus argumentos:

a) El sentenciador primario no analizó contextualmente las manifestaciones del menor en los escenarios diferentes al juicio oral. Tampoco lo apreció frente a otros medios de prueba que lo corroboraron periféricamente, lo que lo condujo a una interpretación descontextualizada y errónea. Tampoco tuvo en cuenta la edad del niño, su condición y las consecuencias de la irrupción temprana y traumática en su vida sexual, desconociendo los precedentes de la Corte Suprema en los radicados 14839, 45682 y 43866, que indican la credibilidad del testimonio del menor depende de que no exista resentimiento del menor ni de su familia con el acusado, como en este caso; que la versión tenga

corroboración periférica con otros medios de conocimiento, lo que se acreditó en el sub iudice; el daño psíquico generado por la agresión sexual, demostrado concretamente en este caso con las diferentes pericias estimativas; la persistencia de la incriminación, como ocurre en el evento examinado, en el cual el menor ha mantenido siempre la historia del abuso identificando al autor del mismo.

El fallador dejó de lado estos criterios orientadores para dedicarse a cuestionar el testimonio del niño acudiendo al testimonio de su tía MARIA VICTORIA SÁNCHEZ, quien evidenció su animadversión hacia su sobrino y a su hermana, la madre de éste, tildándolo de mentiroso si dar cuenta de algún episodio en el que faltara a la verdad. No tuvo en cuenta el a-quo que la madre del niño le pidió a su hermana divulgara lo sucedido, no que mintiera.

Cuestiona el fallo de primer nivel porque el a quo desestimó las pruebas de corroboración periférica, olvidando además que el niño en sus diferentes intervenciones fuera del juicio complementó su relato, no lo contradijo y cuando afirmó que fueron 28 actos de tocamiento, se refería a la ocurrencia de múltiples sucesos descritos en la acusación.

b) Erró la primera instancia al desconocer y subvalorar el testimonio de la investigadora NANCY ESTUPIÑAN CASTAÑEDA, psicóloga del CAIVAS, quien realizó una entrevista al niño, no una valoración psicológica y por eso no aplicó el protocolo Satac. Allí se pudo establecer que el menor identificó al agresor

sexual como JUAN, el esposo de la señora MARTHA, quien lo cuidaba cuando su madre trabajaba y que éste lo amenazó con botarlos de la casa si decía algo, razón por la cual guardó silencio un tiempo; que el agresor lo puso a chuparle el pene muchas veces y lo penetró por la cola, describiendo en detalle lugares y situaciones específicas. La investigadora no detectó incoherencias en lo que el menor le relató.

También desconoció el valor probatorio del testimonio de la psicóloga YANETH CRISTINA MONTERROSA, de medicina legal, quien conceptuó que el menor no era fantasioso, y en su relato no lo observó imaginando, fabulando ni repitiendo una instrucción ajena. Además, que su sintomatología es compatible con la de niño abusado, describiendo cómo de sus expresiones y emociones apreció una coherencia interna y externa concordante con la realidad.

Finalmente, sostiene que la médico legista MARTHA ELENA HERRERA, dio cuenta en la anamnesis de su informe pericial, la coherencia en las manifestaciones del niño, describiendo en detalle al autor del injusto y las agresiones de que fue objeto, siendo en términos generales la misma historia que ha referido en otros escenarios, lo que se traduce en una coherencia interna, sin que la ausencia de lesiones a nivel anal hagan increíble su relato, por las razones que explicó la perito en su relato, lo que desestimó la judicatura de primer grado sin mayores consideraciones.

Concluye indicando que no se puede exigir a un testigo que sus versiones sean idénticas, menos a un niño.

El señor agente del Ministerio Público, también recurrente, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia por las siguientes razones:

a) El juzgador de instancia no le otorgó al testimonio del niño el valor suasorio que merece acorde con los lineamientos jurisprudenciales. Destaca que le carga al menor sus problemas previos para concluir que pudo imaginar lo del abuso, aunado a su trastorno psicológico, en lo que se equivoca la judicatura sentenciadora porque su patología psicológica se traduce en desobedecer e imponerse sobre la autoridad, pero en la creación de una historia para incriminar falsamente al acusado.

b) El a-quo valoró el testimonio de manera aislada, restándole valor suasorio porque presuntamente había sido abusado sexualmente en el pasado y por padecer de un trastorno oposicionista desafiante, además por no existir otros testigos directos, olvidando que están los testigos de corroboración periférica, a los que se refiere la Corte Suprema de Justicia. Desconoció por ejemplo que la madre del niño debió castigarlo para que le dijera el nombre del agresor y que este tenía duplicado de las llaves del apartamento, lo que le facilitaba su acceso al menor.

c) La reticencia del niño en su testimonio y sus parcas respuestas son producto de su trastorno psicológico y de su temor. Destaca que el testimonio de la investigadora psicóloga del Caivas es contundente cuando indicó que el niño le manifestó que tenía mucho miedo y su rostro y tono de voz cambiaron cuando le tocó el tema de abuso. El juzgador desconoció este hecho y se limitó a expresar que lo que dijo en el juicio dista de lo que le dijo a la psicóloga, olvidando que el testigo es un infante que le tiene miedo al abusador y que lo importante es el relato de cómo lo abordaba cuando estaba solo y en lugares solitarios.

d) La experta de medicina legal no encontró lesiones ni cicatrices a nivel anal en la víctima y esto es interpretado por la judicatura sentenciadora como señal de que mintió cuando indicó que el acusado lo penetró vía anal, olvidando que el examen se lo practicaron 8 meses después del último hecho, lo que afectó la posibilidad de encontrar esas evidencias.

e) El psicólogo que presentó la defensa no refuta las conclusiones de la experta MONTERROSA MARTÍNEZ y por tanto no degradó la contundencia de su diagnóstico en punto de la patología psicológica que padece la víctima, por el contrario, lo complementa. La judicatura concluyó que las experticias son insuficientes para determinar si el menor está diciendo la verdad, con lo que está de acuerdo el Procurador, pues solo corresponde al Juez la valoración contextual de los medios de conocimiento. Yerra el a-quo al sostener que las pericias psicológicas no aportan elementos de juicio para aproximarse periféricamente a lo narrado por la víctima, pues las distintas narrativas de ésta tienen un núcleo común: el

señalamiento que realiza al acusado. Las pruebas mostraron a un niño perturbado por sus patologías de base, que lo hacen desafiante, independiente y desconocedor de la autoridad, pero frente al acusado tiene un comportamiento diverso, basado en el temor y la reverencia. El testimonio de la progenitora del niño corrobora lo dicho por éste, como por ejemplo su desplazamiento a la finca de Don Matías en compañía del acusado y su esposa MARTHA, donde también lo abusó.

El defensor como no recurrente. Deprecia la ratificación de la sentencia de primera instancia, respondiendo a los argumentos de los censores así: Al Ministerio Público afirmando que el juez valoró correctamente el testimonio del menor, acorde con los parámetros jurisprudenciales y legales. Además, apreció el contexto probatorio dentro de su labor hermenéutica, valorando todos los testimonios, incluidos los de los peritos psicólogos. Observa la defensa un riguroso análisis del testimonio de la víctima por parte del a-quo, contrario a lo que sostiene el Procurador de que se olvidó analizarlo.

Es el agente del Ministerio Público quien desconoce los testigos de la defensa, especialmente a los expertos LEONEL VALENCIA LEGARDA y YULI ANDREA JIMÉNEZ HOLGUÍN; el primero cuestionó a la psicóloga de la Fiscalía porque no utilizó una técnica adecuada para orientar su dictamen, dado que construyó su opinión a partir de los informes y no con lo que el menor le respondió, dejando de lado las pruebas psicométricas como lo sugirió VALENCIA LEGARDA.

De otro lado, el menor no pudo describir la finca de *Don Matías* donde dice fue abusado. Tampoco se quedaba solo en el apartamento en Medellín donde lo cuidaba su esposa MARTHA, no el acusado y no se demostró que alguna vez se hubieran quedado solos por ausencia de MARTHA, como afirmó el niño. En cuanto a las fechas fue la madre del infante quien las refirió, lo que no resulta tan contundente porque ella no estaba presente durante los supuestos actos abusivos.

De otra parte, si el menor fue agredido sexualmente 28 veces como afirmó en su testimonio, debió la experta de medicina legal encontrar algún vestigio y no lo hizo, lo que puede asumirse como una duda que debe resolverse a favor del acusado. Tampoco puede afirmarse que éste abordara al niño en sitios solitarios y en estas condiciones no podría afirmarse que la patología psicológica que padece el menor no lo exteriorizara frente al procesado solo porque no tenía una relación permanente de dependencia con él y eso explica por qué no lo atacó.

Cuestiona los argumentos de la Fiscalía, especialmente el de que la judicatura de primer nivel no hizo una valoración contextual de los testimonios y dejó de lado la manifestación de la víctima, pues, por el contrario, el -quo evaluó no solo lo dicho por ésta en el juicio, también lo que el niño manifestó a los otros testigos. No se aclaró suficientemente lo del supuesto abuso cuando tenía 3 años de edad, por parte de un familiar paterno.

Destaca la defensa los testimonios de MARIA VICTORIA SÁNCHEZ, tía del menor, y NATALIA ARISTIZABAL MORALES, quienes depusieron sobre manifestaciones del niño que permiten suponer que tiene la capacidad de mentir, como cuando le dijo a su progenitora que su primo lo había golpeado y pellizcado, lo que no era cierto. También dijo MARIA VICTORIA que su hermana, la madre del niño, que le ayudara a "boletear" en Facebook al acusado, reflejando su intención de acabar con su honra.

También mintió el niño cuando dijo que se portó mal en la casa de su cuidadora MARTHA, esposa del acusado, para que no lo volvieran a dejar allá, pues nada corrobora esta manifestación, además que se portaba mal en todas partes por su patología psicológica.

Finalmente, destaca el testimonio de la médico MARTHA ELENA HERRERA, en el sentido de que una cicatriz no se quita y por eso no hubo lesiones, lo que deja en duda lo dicho por el menor de que fue penetrado analmente.

4. CONSIDERACIONES

Es competente el Tribunal para conocer, por vía de apelación, el fallo absolutorio proferido en este proceso por el Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con el numeral

1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. Los disensos fueron adecuadamente sustentados por la Fiscalía y el Ministerio Público.

El principal punto de inconformidad en el que coinciden los censores es el relacionado con la valoración que hizo el a-quo del testimonio de la víctima. En términos generales argumentan que el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín no analizó contextualmente las manifestaciones del menor en los escenarios diferentes al juicio oral ni los apreció frente a los otros medios de convicción, desconociendo que lo corroboraron periféricamente, lo que lo condujo a una interpretación errónea.

El Fiscal argumenta que la judicatura de primera instancia no tuvo en cuenta la edad del niño ni su condición mental, tampoco las consecuencias de la irrupción temprana y traumática en su vida sexual, desconociendo los precedentes de la Corte Suprema de Justicia. En esta crítica también lo acompaña el Ministerio Público.

La Praxis judicial nos ha mostrado algunos operadores judiciales que cuestionan a los niños víctimas de abuso sexual por su comportamiento frente a la agresión, bien por su silencio frente a la misma, ora por su conducta anterior, ya por sus manifestaciones deshilvanadas o contradictorias, como si ellos hubieran dado lugar a la agresión, desconociendo no solo instrumentos internacionales, sino la psicología del testimonio infantil, ampliamente expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos jurisprudenciales.

Resulta frecuente, como sucede en este caso, que algunos operadores judiciales omitan no solo la interpretación kinésica del menor testigo, sino también su desarrollo psicológico, su manera de pensar conforme a su edad, su valoración del mundo exterior, sus reacciones frente a los estímulos exógenos y hasta su lenguaje (por supuesto diferente al adulto), que si bien pueden tener características comunes en los infantes, también guardan diametrales diferencias, no solo por su disposición genética sino por la acción fenotípica de su entorno.

También es habitual que algunos falladores interpreten milimétricamente disparidades testimoniales de los niños víctimas de agresiones sexuales, atendiendo los elementos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 como si fueran testigos adultos, cuando esa evaluación debe ser singularizada, según ha pregonado la jurisprudencia basada en estudios científicos de la disciplina psicológica. En este evento, tal y como lo sostienen los censores, la apreciación del testimonio de la víctima fue hecha por el sentenciador primario sin tener en cuenta esos factores diferenciadores, olvidando que estaba frente a un niño de apenas **5 años de edad**, con una severa patología psicológica (no trastorno), por lo cual estaba recibiendo tratamiento psicoterapéutico y con una familia disfuncional; y como si fuera poco, con una experiencia anterior de abuso sexual que le había generado traumas psíquicos.

Todos estos factores imponían a la judicatura de primera instancia una apreciación testimonial del menor diferenciada y apoyada estrictamente en los demás medios de conocimiento colectados en el juicio oral, y no una estricta visión de

lo que aparentemente son contradicciones o divergencias narrativas.

Veamos cómo se ha expresado la jurisprudencia en este aspecto: en punto de la sana crítica y la necesidad de tener en cuenta la psicología del testigo (que omitió en el evento examinado la judicatura de primera instancia), profirió la Corte Suprema de Justicia las sentencias 16472 de 2002, desarrollada en los radicados 26128 de 2007, 29053 de 2008 y 30356 de 2009, entre otras muchas. En punto de la credibilidad del testimonio del menor abusado sexualmente, la Alta Corporación ha sido muy prolífica transitando por las más disímiles posiciones que van desde la credibilidad disminuida por su inmadurez (en el pasado), hasta la credibilidad incondicional dada su condición de inmadurez e inexperiencia en el ámbito sexual y por el nuevo panorama constitucional que lo inviste de una protección reforzada en cumplimiento del principio *pro infans* avalado por instrumentos internacionales. Actualmente transita por una posición intermedia, aunque con tendencia a la confiabilidad de la narrativa testifical del menor siempre que el contexto probatorio lo avale (destacando las pruebas de corroboración periférica).

El contexto jurisprudencial se ha concentrado en 4 temas en especial: la congruencia, coherencia y armonía del testimonio dentro del contexto probatorio, el testimonio como único medio de conocimiento directo, la apreciación del testimonio contradictorio, incoherente y fantasioso, y la retractación del menor. Actualmente las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional admiten que los menores, sin importar su edad, son plenamente

capaces para testimoniar, salvo, claro está, situaciones especiales de trastorno mental profundo y patologías similares (sentencias T-639 de 2006, 10615 de 1999, 23706 de 2006, 27413 y 30345 de 2008).

Además, que sus testimonios deben ser apreciados bajo los postulados de la sana crítica, cotejándolos con los demás medios de convicción, sin que se pueda considerar ni la inmadurez psicológica ni algunas patologías psíquicas (excepto trastornos profundos), sentencias Nos 23706 y 24468 de 2006, líneas que aún se mantienen. En el caso de alguna patología psicológica, el operador judicial debe tener en cuenta el tipo de disfunción y su influencia en la memoria, especialmente la de largo plazo, para lo cual cuenta con el apoyo de la prueba pericial.

También ha dicho la jurisprudencia que el testimonio del menor agredido sexualmente (especialmente el infante), goza de especial credibilidad por tratarse de una prueba esencial (T-554 de 2003, T-458 de 2007, 23706 y 29740 de 2008). Igualmente ha indicado que ese testimonio, por lo general, es confiable dada la naturaleza de los hechos y el impacto que genera en la psiquis del menor, además de consideraciones como el interés superior del niño, con techumbre constitucional (23706 y 24468 de 2006, 28742, 29117 y 29740 de 2008).

De otro lado, afirma la jurisprudencia que, por lo general, los delitos sexuales ocurren en espacios privados sin la presencia de testigos diferentes a la propia víctima (los denomina

delitos de puerta cerrada), lo que hace que en la mayoría de casos solo se cuente con el testimonio único directo del agredido (como ocurre en el sub-judice), lo que se traduce en que el sentenciador debe examinarlo con mayor cuidado (21934 de 2004, 23706 de 2006 y 30305 de 2008). En este último precedente concluyó que *“cuando esta clase de declarante ostenta ponderación, es razonado, coherente y no vacilante, confuso ni contradictorio (en cuanto al fondo del asunto), su testimonio es suficiente elemento para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado”*. Y añadió en la sentencia 24955 de 2006 que no se puede restar aptitud probatoria al testimonio de la víctima por ser testigo único (como parece dar a entender en este evento la judicatura sentenciadora de primera instancia), dado que ello restringe indebidamente con un criterio de tarifación legal inexistente, la capacidad probatoria del testimonio de la víctima.

De otra parte, la Corte, en una línea pacífica, ha venido indicando que las contradicciones en la narrativa testimonial del menor abusado sexualmente no desvirtúan *per se* su credibilidad (23706 de 2006 y 30305 de 2008, entre otras), pues ello es propio de este medio de convicción. Lo importante es que exista congruencia en los aspectos esenciales (el denominado núcleo duro o núcleo esencial de la investigación penal). Este precedente fue omitido por la judicatura de primera instancia en el presente caso, como explicaremos más adelante, pues con mucho rigor sobredimensionó algunas divergencias narrativas del menor desconociendo que fue certero y coherente en lo esencial como los actos sexuales a que fue sometido, el lugar donde ocurrieron los hechos y la identidad del autor del injusto.

Veamos ahora qué manifestó el niño víctima en su testimonio en el juicio:

Inició indicando que iba a relatar "*lo que ese señor malo le hizo*" y que no sabe su nombre. Manifestó que un día que estaban arreglando la casa del primer piso y que se encontraba solo con el "*señor malo*", este le mostró el pene y lo obligó a mostrarle el de él. También le tocó su pene. Esto ocurrió en uno de los apartamentos que estaban vendiendo y para eso lo estaban arreglando. Aclaró que vivía en uno de los apartamentos del primer piso, pero se quedaba en el que habitaba el individuo, a quien identifica como el esposo de la señora Martha y padre de un menor llamado Juan (la progenitora del menor lo dejaba al cuidado de MARTHA, esposa del acusado, mientras trabajaba). Añadió que esos actos abusivos ocurrieron 28 veces. Aclaró que al individuo lo llaman "*don Juan*" y tiene un hijo del mismo nombre. Reiteradamente sostiene que el acusado le hizo mucho daño porque desde los 5 años lo venía abusando.

El menor MDS describe el apartamento donde ocurrió la agresión sexual y relata que en una ocasión estaba un niño pequeño con ellos y el acusado intentó agredirlo sexualmente.

Ahora veamos los testigos de corroboración periférica: la médico legista MARTHA HERRERA MUÑOZ, quien examinó al niño el 11 de diciembre de 2017, cuando tenía 8 años. Manifestó que este le hizo el siguiente relato de los hechos, que consignó en la anamnesis: identifica al individuo como JUAN

GIRALDO, un vecino; cuando tenía 5 años le mostró el pene y se lo movía; que un día lo obligó a chuparle el pene porque lo amenazó con echarlo a él y a su progenitora a la calle (vivían en arrendamiento en un apartamento del primer piso y el acusado era el arrendador). En otra ocasión le dijo que cerrara los ojos y le dio un beso en la boca diciéndole que le estaba enseñando lo que hay que hacer a las niñas; en otra ocasión lo desnudó y también él se desnudó indicándole que iban a jugar al león y la leona. Por su parte el menor trataba de defenderse mordiéndolo y lanzándole patadas. También le dijo a la médico legista que su madre lo había dejado en la casa del acusado para que se enderezara, pero hacía lo posible para que lo sacaran de allí, portándose mal. Finalmente, que el abusador le introducía los dedos vía anal y en una ocasión le introdujo el pene por esta vía.

La legista indicó que el menor tenía un desarrollo físico de acuerdo a su edad y no le encontró lesiones, desgarros ni cicatrices a nivel anal porque ello depende del tejido y la forma como se haya hecho la maniobra, además que habían transcurrido 8 meses desde el supuesto abuso sexual. En cuanto al relato del niño dice que lo observó tranquilo, hablando con mucha propiedad y claridad.

La progenitora del menor, PATRICIA EDUVIGES SÁNCHEZ CASTRO, hizo el siguiente relato: en 2014 llegó a vivir en el barrio La Floresta como inquilina del acusado. Era una edificación de dos pisos, ella vivía en el primero y el arrendador en el segundo. Que por motivos de trabajo no podía recoger a su hijo cuando

llegaba del colegio, por lo que le pidió a MARTHA, esposa del acusado que lo recogiera y lo cuidara mientras ella llegaba.

Añadió que el 9 de diciembre de 2017, llevó al niño a la casa de NEYLA, una vecina, para que se lo cuidara y a su regreso, ésta le contó que MDS le bajó los pantalones a otro niño e intentó "*chuparle el pipi*", por lo que lo castigó. Un policía le dijo que probablemente alguien le había hecho lo mismo al pequeño y por eso no debía maltratarlo. Habló con el menor y éste le contó que el acusado, cuando no estaba su esposa MARTHA, lo llevaba abajo a un apartamento que estaba desocupado y allí lo abusaba y que no dijo nada porque lo tenía amenazado con botarlos a la calle.

Indicó que su hijo le contó que el abusador le tocaba y chupaba su pene y luego utilizó unas cremas para introducirle su pene por el ano y eso le dolía mucho. En una ocasión, luego de abusarlo le salió "*una cosa blanca que le chorrió en la barriga*". Finalmente, que la última vez que lo abusó fue en una finca en Don Matías a donde ella lo dejó ir por petición de la señora MARTHA (quien lo cuidaba).

Indicó la testigo que el acusado se fue para Estados Unidos y cuando regresó, un mes después, le tocó a su puerta. Cuando el niño abrió la ventana y lo vio "*salió despavorido*" pero ella no supo por qué. El menor rechazó unos regalos que el individuo le había llevado. Le notó sí un cambio de conducta desde los 5 años, pues se volvió agresivo, mal estudiante y rebelde. El psiquiatra le diagnosticó un estrés postraumático y le retiró los medicamentos.

La Psicóloga NANCY ESTUPIÑAN CASTAÑEDA, en calidad de investigadora de la Fiscalía, manifestó que entrevistó a la víctima, quien le informó que sintió mucho miedo con lo que estaba viviendo con JUAN, dueño de la casa donde vivían y esposo de MARTHA, quien lo cuidaba cuando su progenitora estaba trabajando. Su temor radicaba en que pudiera ser sacado con su madre del inmueble que tenían arrendado. En punto de los hechos el niño le contó que JUAN primero le mostraba el pene, luego se lo hacía chupar y finalmente se lo introdujo vía anal, lo que ocurrió en la casa del abusador, donde lo cuidaban y que ocurrió muchas veces (desde que tenía 5 hasta los 8 años de edad). Destacó que el niño le explicó que tuvo que portarse muy mal para que su madre entendiera que no quería estar allí.

Afirma la entrevistadora que cuando el niño le relataba lo de los abusos a que fue sometido, su rostro le cambió, lo mismo que su tono de voz. Se expresaba pausadamente y se dejó soltar en la silla. Su relato fue en contexto, organizando la historia desde el inicio de los abusos: primero le mostraba el pene, después lo obligó a la felación, luego lo besaba en la boca y finalmente lo penetró por el ano, sin especificar fechas exactas, porque informó que lo cuidaban allá todo el tiempo. Destaca que observó al entrevistado conteste, concentrado en la entrevista y respondiendo espontáneamente a las preguntas.

La psicóloga de Medicina Legal YANETH CRISTINA MONTERROSA MARTÍNEZ manifestó que valoró a MDS el 2 de agosto de 2018 cumpliendo los protocolos establecidos, observando las historias clínicas de neuropsicología y el historial académico, y

entrevistando a la madre, todo con el fin de establecer si en los relatos que ofreció en los diferentes escenarios podía evidenciar algún tipo de fantasía o fabulación. Concluyó la perito que el relato del niño es consistente, espontáneo, detallado y concordante con la realidad que se investiga.

Destaca la experta que su salud mental fue debidamente diagnosticada por profesionales especializados desde 2014 cuando se le identificó un trastorno por déficit de atención e hiperactividad, luego un trastorno oposicionista desafiante y finalmente problemas relacionados con el abuso sexual develando expresiones y emociones sexualizadas, relacionadas con los hechos investigados.

Añadió la perito que el menor siempre señaló al mismo personaje como el abusador, integrante del hogar cuidador, que precisó detalladamente sitios de las acciones, vestimentas y objetos, lo que impresionan como narraciones basadas en experiencias vividas y no como relatos ficticios o que sean sugeridos por un tercero, pues sus contenidos son consistentes y tienen lógica interna y externa, por lo que son congruentes con la comunicación verbal, lo que se traduce en que el relato es estable en contenido y tiempo. Finalmente, que preocupa la ideación suicida que se agudizó por la alteración emocional y comportamental.

El sentenciador de primera instancia le restó valor suasorio al testimonio de la víctima, primero porque su tía MARIA VICTORIA SÁNCHEZ CASTRO dijo en su testimonio que el niño tenía

la costumbre de decir mentiras, que su progenitora tenía antipatía hacia su madre (abuela del niño) y además no tenía buena relación con el pequeño, a quien maltrataba, además supo de un escándalo cuando el menor tenía 3 años porque un familiar del padre lo había abusado. Finalmente, que la madre del pequeño lo manipulaba, infundiéndole cosas que el niño replicaba automáticamente, amén de que era rebelde y con problemas psicológicos.

Este primer elemento probatorio que llevó a la judicatura de primer nivel a restarle mérito persuasivo al testimonio de la víctima, no fue debidamente examinado, pues proviene de una persona que ha sostenido fuertes enfrentamientos con la madre del niño, a pesar de ser hermanas, por problemas de convivencia, además, califica al niño de mentiroso sin explicar hechos relevantes que permitan esa descalificación del niño, pues los que cita son simples desencuentros familiares con la madre del menor en los cuales involucra a la víctima. Sus manifestaciones están cargadas de subjetividad y resentimiento por su pésima relación familiar con su hermana. Por ejemplo, su manifestación de que el menor pudo ser abusado por un familiar de su padre y que ello desencadenó un escándalo, nada tiene que ver con si el niño mintió o no. Tampoco si la madre lo maltrataba o no, y mucho menos si el niño tenía problemas psicológicos. Nada de eso puede llevar a concluir que el menor hubiese mentido en el caso de los abusos a que fue sometido por parte del acusado.

La judicatura de primer nivel otorgó un mérito persuasivo a este testimonio que en realidad no tiene, pues ni es testigo directo ni tiene la virtud necesaria para sembrar dudas en

punto de lo que narró en su testimonio el menor. Calificar de mentiroso a un niño porque en alguna ocasión faltó a la verdad es desconocer las investigaciones que al respecto ha hecho la psicología infantil. PAUL EKMAN, reputado psicólogo infantil, señaló que las mentiras son muy comunes a todas las personas, incluidos los niños y que la motivación es muy amplia (PAUL EKMAN. Cómo detectar mentiras. Paidós Editorial. 2009). ROBERT FELDMAN por su parte sostiene que podría decirse que la mentira es más común en los niños que los adultos por motivaciones diferentes menos elaboradas (ROBERT FELDMAN. ¿Cuándo mentimos? Urano Editorial. 2010). Y DAVID LIVINGSTONE enseñó que todos los niños mienten igual que respiran o sudan, lo que no significa que en todos los casos lo hagan, especialmente cuando relatan hechos traumáticos como es un episodio abusivo sexual, en los cuales casi siempre dicen la verdad (DAVID LIVINGSTONE. ¿Por qué mentimos? Urano 1970).

En conclusión, no puede colegirse que en este caso MDS mintió en su testimonio, en lo que le dijo a su madre, al médico legista y a la psicóloga investigadora, simplemente porque años atrás, cuando tenía 3 años de edad, le manifestó una mentira a su tía. Es una apreciación errada de la primera instancia.

En segundo lugar, en punto de las testigos psicóloga investigadora del CAIVAS NANCY ESTUPIÑAN y la psicóloga de Medicina Legal DEISY HERNÁNDEZ MORENO, que acudieron al juicio, la primera como investigadora de la Fiscalía y la segunda como perito, y quienes se pronunciaron positivamente acerca de la fiabilidad de la narrativa del niño, concluyó el

sentenciador de primer grado que no son medios de conocimiento tan contundentes porque no pueden determinar la veracidad de la afirmación que hacen las personas porque con los varios procedimientos que utilizan los psicólogos, cada uno puede hacer una evaluación diferente ya que la psicología no es una ciencia exacta sino que está plagada de conjeturas porque se basan en teorías que intentan interpretar el comportamiento humano. Concluye que resultan insuficientes las experticias de los psicólogos en este proceso con miras a determinar si el menor dice o no la verdad.

Siendo cierto que la psicología es una ciencia causal explicativa, no resulta acertada la argumentación que esgrime el operador judicial para descalificar o minimizar el valor suasorio de las testigos ESTUPIÑAN y HERNÁNDEZ. Extrañamente y de manera contradictoria, le otorga el máximo valor suasorio al testimonio del psicólogo de la defensa LEONEL VALENCIA LEGARDA, quien, sin haber entrevistado al niño, concluye que su sintomatología es de orden biológico, que nació con el trastorno que lo vuelve agresivo, con tendencia destructiva y al engaño y no es producto de trauma alguno por abuso sexual. Además, criticó a las psicólogas de la Fiscalía por no haber utilizado pruebas psicométricas ni test alguno como el protocolo SATAC con el paciente.

El señor Valencia Legarda no entrevistó a la víctima, sino que examinó los informes de psicología y neuropsicología, así como el informe de la médico legista que examinó al niño, con base en los cuales emitió su opinión criticando a los profesionales que llevó la Fiscalía al juicio y concluyendo que la patología que presenta

el menor es biológica como que nació con ella y que la misma lo conduce a episodios de agresividad y a engañar. También cuestiona a sus colegas por no haber hecho pruebas psicométricas ni utilizar test psicológicos.

En cuanto a lo primero, reiteramos que efectivamente la psicología es una ciencia causal explicativa cuya finalidad como auxiliar del derecho penal, es presentarle al juez las valoraciones de carácter científico, técnico o artístico, que requieren especiales conocimientos, de tal suerte que coadyuvan en la labor hermenéutica del juzgador. No es una prueba especulativa y errática como afirma el juzgador para descartar sin más la prueba pericial que aportó la Fiscalía. Precisamente por su utilidad la consagró el ordenamiento procesal penal en los artículos 405 y siguientes y su apreciación por parte de la judicatura obedece a la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, entre otros.

En este caso concreto tenemos que la experta psicóloga de Medicina Legal YANETH CRISTINA MONTERROSA no solo tiene una amplia experiencia en su campo de la psicología, sino que tiene formación complementaria en valoración del daño en salud mental, sus respuestas y su opinión pericial tienen un buen sustento técnico y una claridad máxima. Obsérvese que no solo se apoyó en la historia clínica de neuropsicología del menor (de las diferentes instituciones que trataron al paciente), sino de su historial académico y entrevista a la madre, de tal manera que, al evaluar al menor, tenía toda la información necesaria para hacer una óptima evaluación, la que concluyó en que el niño desde los 3 años presenta

una hiperactividad con déficit de atención, así como un trastorno negativista desafiante y una depresión moderada.

Destaca también que el abuso de que fue objeto lo reprodujo con otro menor de 3 años (hijo de NEILA N., a donde lo llevó su madre un día para que lo cuidara). También indica que la sintomatología iba en escalada, lo que en psicología se traduce en que va indicando históricamente los diferentes actos y escenarios donde fue agredido sexualmente. De ese detallado examen, informó la psicóloga que el relato del menor es **consistente, espontáneo, detallado y concordante con la realidad**. Destaca que de las historias de neuropsicología se observa que el niño tiene problemas relacionados con el abuso sexual porque expresa emociones sexualizadas relacionadas con los hechos investigados.

Finalmente, concluye la experta, que el menor siempre señaló al mismo personaje como el abusador (el acusado), integrante del hogar que lo cuidaba, precisó lugares de acción, detalles y vestimentas que impresionan como **narraciones basadas en experiencias vividas y no como relatos fantasiosos ni sugeridos por un tercero**.

Como se puede observar, la evaluación psicológica hecha por la experta al menor es contundente, argumentada, conforme a los parámetros de la ciencia, entre ellos el cotejar la entrevista personal con el paciente con las historias clínicas y académicas y con la entrevista de parientes cercanos que convivan

con él. Las respuestas de la psicóloga en su testimonio fueron claras y suficientemente documentadas.

Pero es más, la investigadora de la Fiscalía NANCY ESTUPIÑAN, psicóloga de profesión pero que fungió como investigadora, también informó en su testimonio, con una muy buena solvencia técnica, que observó a un niño concentrado, respondiendo espontáneamente las preguntas y que le hizo un relato detallado y preciso de lo sucedido, desde los primeros actos (mostrarle el pene y exigirle mostrarle el suyo) hasta los avances en las acciones abusivas como hacer que el niño le practicara felación, los besos y caricias hasta la penetración anal. Destaca la entrevistadora la actitud kinésica del entrevistado: cuando entraron al tema del abuso sexual, su rostro y actitud cambiaron, hablaba en forma pausada y se dejó soltar en la silla, actitudes que en la kinésica infantil se interpreta como predisposición a decir la verdad.

En cuanto a lo segundo (la crítica del psicólogo VALENCIA LEGARDA a la prueba pericial psicológica por no haber utilizado la experta algún test), debe decirse que ello no es obligatorio para los peritos psicólogos o psiquiatras, tal como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia T- 1015 de 2010, al explicar que los protocolos asumidos por los psicólogos en las entrevistas no son exigibles en el orden jurídico colombiano. Textualmente afirmó:

"En relación con los dictámenes periciales, indicó la Sala que, además de no existir formalidades legales para las entrevistas y

valoraciones psicológicas de los menores en el régimen jurídico colombiano, las finalidades de las pruebas psicológicas es incorporar reglas de la experiencia ajenas al juez por su carácter especializado y, principalmente acercar el dicho del menor al operador judicial independientemente de la técnica utilizada por el experto”.

Las críticas que formula el psicólogo de la defensa VALENCIA LEGARDA, llevado para contradecir la opinión de los expertos de la Fiscalía, no son de recibo para la Sala, no solo por lo dicho en precedencia, sino porque se limitó simplemente a oponerse a las conclusiones de éstos basado en un deleznable argumento: que el trastorno del niño es congénito y eso lo hace ser propenso al engaño. La psicología experimental ha sostenido que los trastornos negativistas desafiantes son adquiridos por episodios traumáticos de la vida diaria.

El psicólogo de la defensa lanza múltiples opiniones opuestas a las de las expertas de la Fiscalía, pero sin una sustentación técnica suficiente ni argumentaciones científicas con una clara orientación hacia el favorecimiento del acusado. En términos generales apunta a que el niño nació mentiroso y con disposición al engaño, lo que representa un error frente a los estudios de la psicología experimental infantil. Ahora bien, si los expertos de la Fiscalía no aplicaron test alguno ni los protocolos de la evaluación al paciente o si la investigadora de la Fiscalía cumplió más el papel de psicóloga, ellos son aspectos irrelevantes en la controversia.

En lo tocante con el testimonio de la médico legista MARTHA HERRERA MUÑOZ, destaca el sentenciador de primera instancia que no encontró lesiones, eritemas, desgarros ni cicatrices a nivel anal del niño, lo que sugiere que no hubo penetración anal como manifestó la víctima, pero, además, este testimonio, lo mismo que los de los psicólogos, no es idóneo para dar por probados los hechos dada su naturaleza especulativa. Olvida que el peritaje médico, en este caso concreto, se basó en la observación física del paciente y su función es ofrecerle al juzgador los elementos científicos y de especialidad para proveerle una mejor evaluación contextual de los medios de conocimiento. Y en punto de que el menor faltó a la verdad cuando afirmó haber sido penetrado analmente por el acusado, olvida que la experta afirmó que estas huellas y cicatrices dependen del tiempo transcurrido entre el hecho y la fecha del examen (8 meses en este caso) y del tipo de maniobra que el agresor realice, es decir, el hecho de no encontrar en el paciente signo alguno, no significa necesariamente que la agresión no hubiera existido.

Ahora bien, al apreciar el testimonio del niño, la judicatura de primera instancia hizo las siguientes consideraciones: las afirmaciones hechas por el testigo, corroboradas por los peritos psicólogos y médico no constituyen real prueba de ocurrencia de los hechos. De otro lado el único testigo directo (el menor) no fue consistente ni claro, pues afirmó que fue abusado en 28 ocasiones, pero su madre habla solo de 3. El pequeño habló del autor como el señor malo, de quien no sabía su nombre, su relato fue parco y monosilábico, como si no quisiera hablar de estos hechos. Para el juzgador primario esta actitud del testigo se presta para varias conjeturas como que sí fue abusado, pero busca evadir el tema por

vergüenza u otro motivo desconocido, o que no fue abusado y está siendo forzado a revelar los hechos. Estas dos hipótesis son válidas, pero ninguna de ellas encaja con los medios de conocimiento.

De otra parte, por la parquedad del niño, la defensora de familia condujo el interrogatorio dejando la sensación de haberle sugerido respuestas, por lo que el menor no fue espontáneo, lo que aunado a que es un niño mentiroso, degrada su credibilidad. Destaca que inicialmente no dijo nada sobre la penetración anal y fue en otros estadios (a su progenitora, a la psicóloga forense, a la médico legista y a los profesionales que le dieron tratamiento psicoterapéutico) donde habló de la penetración vía anal.

También resulta increíble que hubiera dicho que fueron 28 actos abusivos, sin duda alguna y que el acusado lo viene abusando desde los 5 años. Para el a-quo el que no hubiera dicho en su testimonio lo de la penetración anal, degrada mucho la credibilidad de su testimonio.

Finalmente, señala el fallador primario que, si bien no existen criterios que permitan la certeza absoluta de que el menor mintió, tampoco su narrativa permite afirmar certeramente que los hechos narrados por él sean ciertos, por lo que frente a la duda debe aplicar el *in dubio pro reo* y absolver al acusado.

La sala no comparte estas elucubraciones en torno a la credibilidad del testimonio de la víctima. Veamos:

Como se dijo anteriormente, el testimonio de un niño abusado sexualmente debe ser escrutado diferenciadamente con el de los adultos, máxime cuando aquel es un niño de tan corta edad (5 años cuando se iniciaron las agresiones sexuales y 8 cuando testificó en el juicio).

La edad es un factor que condiciona el testimonio infantil. Casi todas las investigaciones recomiendan la intervención testifical con niños mayores de 5 años, dependiendo sus particulares condiciones de madurez y psico-percepción, pues los menores de estas edades tienen dificultades en describir no solo personas y cosas sino vivencias, dadas sus limitaciones lingüísticas, de razonamiento y memoria. Lo que sí queda claro para la psicología infantil es que, a estas edades, si el testimonio infantil es bien tomado, con interrogadores expertos y con conocimientos sobre kinésica infantil, son altamente confiables y creíbles, tal como lo indican MANZANERO (Testimonios infantiles. Psicología del testimonio. Madrid. 2008. Pirámide Ed.) y GARRIDO G. y HERRERO (El testimonio infantil. Psicología jurídica. Prentice Hall editorial. Madrid. 2007).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha ratificado que la apreciación del testimonio infantil debe ser diferenciada de los adultos y en amplios y pacíficos pronunciamientos ha venido entregando pautas para esa labor

interpretativa. Por ejemplo, en la paradigmática sentencia 23706 de 2006, destacada por sus importantes aportes en punto de la psicología infantil, ratificada por los radicados 40455 de 2013, 28511, 27946 y 28274 de 2007, 32972 de 2009 y 33971 de 2010, afirmó que el testimonio del menor abusado sexualmente es muy confiable por el impacto causado en su memoria por el hecho. La importancia del primero de los precedentes mencionados radica en haber creado un hito en la dinámica jurisprudencial y un relevante avance en el tema de la credibilidad del testimonio del menor abusado sexualmente, pues motivó a la utilización de categorías psicológicas modernas que hasta ese momento habían sido prácticamente ignoradas por la función jurisdiccional en su tarea de administrar justicia.

Desde entonces la jurisprudencia ha considerado que el testimonio de los menores víctimas de abuso sexual, debe ser examinado con especial cuidado por el operador judicial y, por tanto, su credibilidad obedece a una serie de factores diferentes a los testimonios de los adultos. Por su importancia en el devenir jurisprudencial, transcribimos los apartes más destacados:

"La exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una postura tal contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos... De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad.

*Una connotada tratadista en la materia ha señalado en sus estudios lo siguiente: "Debemos resaltar que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar un testimonio de manera acertada, en el sentido de que **si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información..."** (resaltado fuera del texto original).*

*Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ejemplo, los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto.... El diagnóstico del abuso sexual infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, **ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...**" (resaltado de la Sala).*

Remata la Corte el precedente hito citado indicando que la nueva perspectiva jurisprudencial cumple con el artículo 44 de nuestra Carta Política sobre la prevalencia del derecho de los niños, citando la sentencia T-408 de 1995 de la Corte Constitucional, referida a la consolidación de la investigación científica en distintas áreas, entre ellas la psicología infantil, mostrando el perfil de los rasgos y características del desarrollo de los niños, lo que justificó,

desde una perspectiva humanista, un énfasis jurídico en su defensa, dadas sus especiales condiciones de indefensión, lo que se plasmó en distintos instrumentos internacionales. En el campo penal recomendó brindarle una protección especial que impida su discriminación y asumir un papel muy activo en su defensa como víctima. Por esto afirmó textualmente:

*"En la mayoría de los casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor. De tal suerte que **constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria...**"*

Como se puede observar, son observaciones de un profundo calado psicológico que aplican en el estudio de todos los delitos sexuales contra los menores, especialmente los infantes, que por su importancia técnica es necesario que tengan en cuenta los operadores judiciales. No resulta suficiente argumentar, como sucede en este caso concreto, que se encuentran contradicciones y divergencias narrativas, o pregonando dudas por el lenguaje que utiliza la víctima. Tampoco que su narrativa es medrosa y débil, como sucede con el testimonio de los adultos. La apreciación del testimonio infantil es más compleja y requiere del intérprete judicial

una observación kinésica y un depurado análisis psicológico del testigo. Eso sí cotejándolo con el contexto probatorio al examinar extrínsecamente el testimonio.

En el *sub-judice*, tenemos que el sentenciador de primera instancia desconoció estos importantes precedentes, pues no mencionó siquiera su condición de infante que padece una patología psicológica (no trastorno mental) y se dedicó a cuestionar lo que apreció como contradicciones y vacíos que le generaron dudas en la responsabilidad del agente, lo tildó de mentiroso patológico con base en un testimonio interesado y especulativo de una tía del niño, desconociendo la coherencia narrativa en punto del autor de las agresiones, los lugares donde ocurrieron, la forma de la agresión sexual y la multiplicidad de actos que lo afectaron. Veamos:

Al apreciar el testimonio del niño afirma que su relato, corroborado parcialmente por los psicólogos y psiquiatra de la Fiscalía y el médico legista, no constituyen prueba de la ocurrencia de los hechos, por las siguientes razones: porque la narrativa del menor no fue consistente, pues sus respuestas monosilábicas no fueron claras y dio lugar a que la defensora de familia condujera el interrogatorio, dando la sensación de haberle sugerido respuestas, aunque en realidad esto no sucedió, y a restarle espontaneidad al testigo.

Para la Sala es cierto que el niño, en su testimonio en el juicio, no expresó con profundidad un relato puntual y

detallado de los hechos y que se limitó a responder lo que el interrogador y conainterrogador le preguntaron (a pregunta puntual respuesta puntual), pero esto es perfectamente normal en un niño de tan escasa edad sometido a intervenir en un estrado judicial a repetir una historia traumática, contrariando el natural proceso psicológico de la catarsis que acompaña a todos los niños vulnerados en su formación sexual, y, revictimizándolo de paso. El operador judicial desconoce esta situación de la víctima y exige de él, como cualquier adulto lo hiciera, un minucioso y detallado relato de la agresión sexual.

Pero, es más, afirma que, aunque la defensora de familia no sugirió respuestas, sí quedó la sensación de que lo hizo, lo que constituye una contradicción porque la conducción sugestiva de esta funcionaria no se presentó. El mismo Juez lo reconoce, de tal manera que su expresión de que "*deja la sensación de haberle sugerido respuestas*" es puramente especulativa y no se ciñe a la realidad. Tampoco su conclusión de que le quitó espontaneidad al niño, ya que éste simplemente se limitó a responder el cuestionario que le formularon. La funcionaria sencillamente lo instaba a responder. De todas maneras, el director del juicio tiene la facultad de intervenir cuando el interrogador formula preguntas sugestivas o intrusivas al bienestar psicológico del infante testigo, lo que no ocurrió en este evento concreto, por lo que no resulta ahora de recibo que el juzgador de primer grado cuestione la intervención de la defensora de familia, poniendo en duda su imparcialidad.

El a-quo cuestiona la parquedad del niño y cree que ello se pudo presentar por vergüenza o por manipulación parental,

pero, de cualquier forma, esa parquedad hace que su relato sea dudoso.

Como se indicó en acápites anteriores, la edad es un factor que condiciona el testimonio infantil, pues su contenido depende de las particulares condiciones de madurez y psicopercepción; a edades muy cortas, como sucede en este caso con MDS, tienen dificultades en describir no solo personas y cosas sino vivencias, no solo por sus limitaciones lingüísticas sino por su razonamiento y memoria igualmente limitados. En el caso que examinamos, bien razonó el juzgador al elucubrar sobre la posible vergüenza del niño para hablar en el juicio sobre lo que le sucedió, pero yerra cuando afirma que esto genera dudas en la sinceridad de todo el relato, pues desconoce que el menor relata en detalle qué le hizo el acusado (primero le mostró el pene y le pidió que le mostrara el suyo, luego se lo tocó), dónde ocurrió esa agresión y quién lo atacó.

No es cierto como afirma la judicatura de primera instancia, que el niño solo identificó al agresor como "*el señor malo*", pues en el mismo testimonio MDS lo identificó como el esposo de MARTHA (quien lo cuidaba) y padre de JUAN (el hijo del acusado, con su mismo nombre). Igual a la psicóloga que lo atendió, al psiquiatra que lo trató y a la médico legista lo identificó sin duda ninguna, pues claro resultaba para él que el acusado era el propietario del inmueble que le arrendó a su progenitora, ubicado en el primer piso de la edificación, que el procesado era el esposo de MARTHA, persona que lo cuidaba porque su madre se iba a trabajar, y, especialmente, que cuando MARTHA salía de la casa, lo

bajaba a otro apartamento desocupado en el primer piso y allí lo agredía sexualmente.

También cuestiona la credibilidad del testimonio de MDS porque manifestó que fueron 28 los actos abusivos, siendo ilógico que guardara con tanta precisión ese número si los mismos ocurrieron durante 3 años. Nuevamente incurre en una imprecisión técnica al medir con tanta rigurosidad esta expresión del niño. Resulta probable que el menor se refería a que fueron muchas las ocasiones en que el acusado lo abusó, como lo haría cualquier persona que no tiene con exactitud en su memoria un número plural. Restarle credibilidad a todo el testimonio porque el niño indicó cualquier número como la cantidad de actos abusivos a los que fue sometido a lo largo de 3 años, es desconocer los parámetros psicológicos del testimonio infantil. Indudablemente esto no degrada en nada la coherencia narrativa del menor ni la contundencia de su relato y mucho menos puede decirse que siembra fuertes dudas como estima la judicatura de primer nivel.

Como afirma el señor agente del Ministerio Público recurrente, la reticencia y la parquedad del niño en su testimonio son producto de su patología psicológica y del temor; nada tiene que ver con manipulación parental ni con propósito alguno de decir mentiras, como especula el a-quo, quien considera muy relevante esa patología por la cual ha recibido tratamiento psicoterapéutico. Se trata de una hiperactividad negativista desafiante, según indicaron los expertos en salud mental que lo atendieron.

Esta es una patología de infantes, principalmente, que se manifiesta en episodios frecuentes de ira, irritabilidad, desobediencia y resentimiento hacia algunas personas que representan figuras de autoridad. Varias tendencias de la psicología infantil afirman que esta patología puede ser una combinación de factores genéticos y ambientales, especialmente estos últimos. La tendencia conductista de la psicología experimental infantil sostiene que esta patología nada tiene que ver con la mentira de los niños ni con tendencia alguna a la fabulación y creación de historias de abuso sexual ni maltrato, simplemente se refleja en desencuentros familiares y episodios de ira frecuentes con la figura de autoridad que le genera esa disfunción, por eso la necesidad del tratamiento psicoterapéutico.

En este caso examinado los expertos que acudieron al juicio dieron cuenta de la existencia de dicha patología pero ninguno de ellos, con excepción del psicólogo de la defensa, VALENCIA LEGARDA, manifestaron algún vínculo entre esta y la ideación de historias de abuso ficticias por parte de MDS, de tal manera que el argumento de la judicatura de primera instancia de que esta patología pudiera ser un posible motivo para mentir por parte del niño, no tiene respaldo científico ni probatorio, es una mera especulación infundada por parte del sentenciador.

Otro aspecto que cuestiona el a-quo del testimonio de la víctima es el que en su intervención en el juicio no mencionó que hubiera sido accedido carnalmente por vía anal pero sí afirmó a los profesionales que lo atendieron su existencia, lo mismo que a su progenitora. Lo anterior no significa que hubiera mentido en su

deposición testifical, pues como dice el Juez, no hizo alusión a ello. Tampoco significa que hubiera mentido a los psicólogos, al psiquiatra y a su madre. Resulta probable, y ello es muy frecuente, que los niños de esa edad (niños y niñas) confundan actos froteuristas (una de las parafilias sexuales) con penetración, pues su inexperiencia en temas sexuales los puede llevar a esa confusión. Si a lo anterior se le suma el concepto de la médico legista, quien lo examinó 8 meses después sin hallarle signo alguno, cicatriz o evidencia física sobre la efectiva penetración, solo en este aspecto puntual podríamos decir que pervive una hesitación que nos impide concluir categóricamente que efectivamente hubo la penetración anal.

De otra parte, Fiscalía y Procuraduría recurrentes cuestionan la decisión absolutoria porque el sentenciador primario valoró el testimonio de la víctima no solo de manera errada, sino descontextualizada, aislada de los testimonios de corroboración periférica, lo que lo condujo a restarle valor suasorio de manera inadecuada.

Esta crítica es acertada porque efectivamente el a quo no apreció debidamente los otros testimonios presentados por la Fiscalía como corroboración de las manifestaciones del menor, los desligó en punto de si confirmaban o no los dichos de éste. La Corte Suprema en el paradigmático precedente contenido en la sentencia 43866 de 2016, se refirió a las pruebas de corroboración periférica (creación española) como un mecanismo para suplir la cada vez más marcada tendencia de evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren a testimoniar y por la clandestinidad que caracteriza este

tipo de delitos que generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas directas. Así, las pruebas de corroboración periférica se refieren a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima y a manera de ejemplo cita:

“(i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado (como sucede en el caso examinado donde ni DMS ni su progenitora, con quien vivía, tenían motivo alguno para querer perjudicar al acusado: Las desavenencias surgieron después de las agresiones sexuales); (ii) El daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos (en este evento se demostró que DMS decayó ostensiblemente en sus labores escolares, incrementó su agresividad, se aisló y tuvo fuerte ideación suicida, según lo expuesto por su progenitora y los expertos en su intervención testifical); (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” (En su testimonio, PATRICIA EDUVIGES SÁNCHEZ, madre del niño, manifestó que el acusado viajó a los Estados Unidos y luego de algún tiempo regresó al país y fue a su casa, tocó la puerta y el niño abrió la ventana, cuando se percató de la presencia del individuo *“salió despavorido para adentro y yo no sabía por qué...”*, añadió que GIRALDO le llevaba regalos al niño (dulces, chokolatinas y un muñeco), que su hijo rechazó pero que de todas maneras los dejó.

No puede olvidarse que éste había amenazado al niño con botarlos a la calle (a él y a su progenitora, inquilinos de uno de sus apartamentos) si contaba lo de las vejaciones sexuales, Esas amenazas calaron profundamente la psiquis del menor y por eso su silencio inicial, su calificativo de *hombre malo* y el miedo que le tenía, reflejado en lo que dijo su progenitora en juicio, que cuando el niño vio al acusado en su casa, huyó despavorido reflejando un fuerte miedo. Esos datos entregados por la señora PATRICIA EDUVIGES en su testimonio en el juicio corroboran lo dicho por la víctima y lo que explicó a los especialistas de salud mental que lo atendieron, debidamente confirmado por ellos en sus testimonios.

Añadió la Corte que, aunque resulta bastante difícil hacer un listado taxativo, son ejemplos de corroboración periférica el daño psíquico sufrido por el menor, el cambio comportamental de la víctima (el testimonio de su madre relata los fuertes cambios comportamentales del niño posteriores a las agresiones sexuales), las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual (en este caso un apartamento desocupado en el primer piso, perfectamente descrito en detalle por el niño), la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar.

En este punto tenemos que se demostró suficientemente en el proceso (con el testimonio de la progenitora del niño) que durante largo tiempo éste permanecía en la casa del acusado porque su esposa MARTHA lo cuidaba mientras aquella trabajaba, lo que se extendió hasta la finca en Don Matías adonde fue llevado por el acusado y su esposa, con permiso de la

progenitora. Según el espontáneo relato de MDS, lo condujo hasta un lugar apartado de la finca, donde observó armas, y lo agredió sexualmente. Significa que víctima y victimario compartieron el mismo techo por varios años, lo que confirma que los hechos perfectamente ocurrieron como los narra el niño.

Resulta importante destacar dentro del análisis de las pruebas de corroboración periférica, la coincidencia de la narración de los hechos que el menor le hizo a su progenitora, a la médico legista, a la psicóloga que lo evaluó, al psiquiatra que le dispensó tratamiento psicoterapéutico y a la investigadora de la Fiscalía (también psicóloga, especialista en psicología familiar y psicología forense, como veremos seguidamente:

Partamos de la base de que el menor fue coherente en su narrativa, describió en detalle las agresiones, los lugares en las que se cometieron, identificó al autor de las mismas y explicó que le hizo mucho daño, por lo que le tenía mucha *rabia*. Su relato no es como lo califica la judicatura de primera instancia (monosilábico) aunque sí un poco parco; su narrativa no deja la menor duda de la sinceridad con la que se expresó, a pesar de su corta edad. Ahora veamos las manifestaciones de los testigos de corroboración periférica:

La médico legista MARTHA HERRERA MUÑOZ valoró al menor el 11 de diciembre de 2017, explicó conforme a la anamnesis del informe pericial que éste le relató en detalle los abusos sexuales a que fue sometido por "JUAN GIRALDO, un

vecino”, primero mostrándole el pene y haciéndole mostrar el suyo, en otra ocasión lo besó en la boca dizque para enseñarle lo que se le hace a las niñas, le practicó felación, hizo desnudar al niño y él mismo se desnudó para jugar al león y la leona, le introdujo los dedos en el ano y luego lo penetró con su pene por esta misma vía.

La perito indicó que observó al niño tranquilo, su narración fue muy clara y se expresó con total propiedad, conforme a su edad. Informó que no advirtió ninguna lesión, desgarró ni cicatriz a nivel anal, lo que no descarta maniobras a este nivel dado que en ello influye el tipo de tejido, la forma en la que se practicó la maniobra sexual y el tiempo transcurrido, que en este caso fue de 8 meses.

La progenitora de DMS manifestó en su testimonio que por largo tiempo la esposa del acusado, MARTHA, le cuidaba el niño mientras ella regresaba del trabajo; que el 9 de diciembre de 2017 llevó a su hijo a la casa de NEILA, una amiga, con la finalidad de que se lo cuidara. A su regreso esta le contó que DMS le había bajado los pantalones a su hijo SEBASTIAN con el fin de *“chuparle el pipí”* y que un policía que vivía en el inmueble le explicó que era probable estuviera siendo abusado.

Conversó entonces con su hijo. Al principio no le dijo nada, pero luego de insistirle, DMS le hizo un amplio relato de las vejaciones sexuales a las que fue sometido por el procesado y le explicó que no le había dicho nada por temor, ya que lo amenazó con botarlos a la calle. El relato que le hizo el niño de los abusos

coincide plenamente con el que le hizo a la médico legista, describiéndole igualmente los lugares de la casa donde lo agredió. También le contó el abuso que desplegó en su contra en la finca de Don Matías, a donde efectivamente lo dejó ir por petición de MARTHA, esposa de aquel. Finalmente, relató el episodio de los regalos que GIRALDO le trajo al niño luego de su regreso de Estados Unidos, así como el miedo del niño cuando lo vio, que hizo huyera despavorido.

Este testimonio es coherente con los restantes medios de conocimiento, confirman en detalle lo que el niño expuso no solo en su testimonio en el juicio sino lo que dijo a los otros testigos de la Fiscalía que tuvieron contacto con él. Debe destacarse que la testigo, antes de los hechos, tenía buenas y cordiales relaciones con GIRALDO. Nadie planteó que hubieran tenido problemas ni que la señora SANCHEZ CASTRO tuviera algún interés en perjudicarlo. Su narrativa es contundente, espontánea y sincera en orden a confirmar no solo lo que su hijo le contó acerca de las agresiones sexuales a que fue sometido, sino al diferente comportamiento del niño después de lo sucedido, a su estado de ánimo, el miedo que le tenía al agresor, el descenso de su rendimiento escolar, la agresividad que se le incrementó y la repetición de la conducta sexual con otro niño (Sebastián, hijo de NEILA).

La investigadora de la Fiscalía NANCY ESTUPIÑÁN CASTAÑEDA, Psicóloga, explicó en su testimonio que entrevistó al niño y éste le manifestó que tenía mucho miedo con lo que JUAN le había hecho, identificando a este personaje como el esposo de

MARTHA, quien lo cuidaba cuando su madre trabajaba. Explicó que ese miedo era a que lo sacaran de la casa con su progenitora. Destacó el relato del niño en punto de las agresiones sexuales, coincidentes con lo dicho en el juicio por la víctima y lo que indicó a los otros testigos, sin modificaciones relevantes.

La investigadora destaca la parte kinésica del niño durante la entrevista (su rostro le cambió, su tono de voz, su relato pausado, soltándose en la silla). El relato fue organizado sobre todo de cómo empezaron las cosas y la secuencia de su desarrollo (mostrándole el pene y haciéndole mostrar el suyo, felación, besos en la boca (indica la investigadora que el niño dijo "*huy, qué asco*") y finalmente la penetración anal. La testigo informa que el niño fue conteste, estuvo concentrado y respondió espontáneamente las preguntas.

Como se puede observar, el relato que el menor le hizo a la investigadora es el mismo que hizo en su testimonio y a los otros testigos de la Fiscalía antes mencionados, sin modificaciones relevantes ni contradicciones, lo que lleva al mismo juzgador a indicar que no tiene elementos de juicio para afirmar que DMS mintió ni para colegir que los hechos no ocurrieron, aunque plantea una duda que no comparte la Sala, según hemos venido exponiendo en los acápites anteriores.

La Psicóloga de Medicina Legal, especializada en daño de la salud mental, YANETH CRISTINA MONTERROSA MARTÍNEZ, explicó en su testimonio que examinó al niño luego de

revisar la historia clínica neuropsicológica y entrevista a la madre, destacando que el relato del infante es consistente, espontáneo, detallado y concordante con la realidad, tienen lógica interna y externa, por lo que refulge congruente con lo que expresa y, además, ha sido estable en el tiempo. La historia clínica reporta una depresión moderada del niño, posterior a la situación, con ideación suicida, que en su opinión podría concretarse, producto de la experiencia que sufrió con el abuso sexual.

De este testimonio se destaca no solo la confirmación del relato del niño acerca de las agresiones sexuales, el autor y los lugares donde se consumaron, coincidentes con sus dichos testimoniales y con lo que manifestó a los otros testigos de la Fiscalía que interactuaron con él, que identifican como claros testigos de corroboración periférica, tal como pregonan los recurrentes en este caso concreto.

Ahora bien, en punto de los testigos de la defensa, tenemos que las psicólogas DEISY HERNÁNDEZ MORENO, CAROLINA CIFUENTES JARAMILLO y YULI ANDRES JIMÉNEZ HOLGUIN, se limitaron a explicar que el niño padece de un trastorno oposicionista desafiante, habiendo sido objeto de tratamiento especializado, así como los problemas escolares. La segunda de las mencionadas se limitó a evaluar la discapacidad intelectual del menor y los trastornos de aprendizaje. Estos dos peritajes nada dicen de los hechos investigados, ni contradicen la prueba técnica de la Fiscalía. El testimonio del psicólogo LEONEL VALENCIA LEGARDA ya fue analizado en acápites precedentes.

Igual sucede con la testigo NATALIA ARISTIZABAL MORALES, profesora del niño en el aula "*Finiquitos del futuro*", quien se limitó a relatar los problemas de éste en la convivencia escolar, pero nada dice acerca de los hechos materia del proceso. Por su parte, el testimonio de la tía del menor, MARÍA VICTORIA SÁNCHEZ CASTRO, ya fue evaluado anteriormente. Asimismo, el investigador de la defensa ROBERT RENDÓN RODRÍGUEZ tampoco se refiere a los hechos, limitándose a informar sobre unas gestiones administrativas. En estas condiciones, ninguna prueba de la defensa contradice los contundentes medios de conocimiento que aportó la Fiscalía al juicio oral ni controvierte en manera alguna las manifestaciones inculpativas de la víctima.

Planteó la defensa la tardanza del niño en dar a conocer las conductas abusivas sexuales de que fue objeto y señala que su madre tuvo que forzarlo para que lo hiciera, interpretando esto como parte de la duda que condujo a la judicatura a absolver al acusado. En punto de la tardanza de los niños en dar a conocer abusos sexuales de los que son víctimas, antes que un factor de descrédito de su testimonio, lo fortalece, porque resulta normal y de común ocurrencia que los infantes guarden silencio frente a experiencias de esta naturaleza, especialmente en edades de 5 años, como sucedió en este evento examinado.

Según los estudios de KAY BUSSEY en 1993, ratificados por GARRIDO Y HERRERO (El testimonio infantil. 2007. Psicología jurídica. Madrid Prentice Hall editorial), los más pequeños suelen guardar menos silencio, si le tienen confianza a sus progenitores y familiares (que no había en este caso porque las

relaciones de la madre con su hija no eran de confianza, según se indicó en el proceso), porque generalmente se trata de una experiencia traumática que impacta la psiquis del niño al resultar extraña a la dinámica de su diario vivir.

El portal *Psicocriminología*, afirma que, en edades cortas (como la de DMS), los niños son fácilmente influenciados a través de amenazas e intimidaciones y por eso su tendencia a guardar silencio por largo tiempo o a permitir los abusos constantes, generalmente de adultos que viven en su casa o la frecuentan por razones familiares o de amistad. Para los tratadistas citados, los niños menores de 3 años dan cuenta de la experiencia abusiva, generalmente a personas a quienes tienen un buen nivel de confianza, mientras que los mayores de 4 años tienen la tendencia a guardar silencio y solo cuando advierte un ambiente familiar o escolar que le inspire confianza, manifiesta y relata su experiencia, casi siempre acompañado de llanto, que en este plano constituye un mecanismo de defensa psicológico para evitar una reacción inadecuada del adulto frente al traumático relato.

En el sub-judice, tenemos que el acusado desde el principio amenazó al niño con *botarlos* de la casa (eran arrendatarios en uno de los apartamentos de propiedad de aquel) si contaba algo de los hechos agresivos sexuales, lo que generó en el niño un miedo constante. Así se lo hizo saber a los profesionales de salud mental que lo examinaron. Incluso su progenitora lo advirtió antes de enterarse de la situación, cuando GIRALDO se presentó a su casa a llevarle unos regalos que le había traído de Estados Unidos y el niño huyó *despavorido*, según expresión textual de la madre del

niño. Esta la razón para que DMS guardara silencio durante largo tiempo.

Finalmente, frente a algunas divergencias narrativas de la víctima, no de fondo ni sobre aspectos esenciales, que la judicatura de primer grado sobredimensiona y afirma lo conducen a algunas hesitaciones que lo llevaron a absolver al encartado, debe decirse que los menores, frente a escenas de contenido sexual, cuando carecen de experiencia en este campo, como ocurre en el caso concreto, sufren un fuerte impacto emocional que casi siempre les deja traumas psicológicos, dando lugar a que la descripción de la escena pase a un segundo plano o expresan divergencias en los hechos de que son víctimas, lo que en manera alguna puede entenderse como profundas y graves contradicciones y que no pueden restarle credibilidad.

Es que incluso en el testimonio de los adultos se observan diferencias en la narrativa de una historia que corresponde, según la jurisprudencia y la doctrina al giro normal de la prueba testimonial, pues el grado de observación, el nivel de alerta o la interpretación emocional de escenas traumáticas no es la misma en los diferentes testigos. Lo importante es que, como tenemos en el caso de DMS, el menor mantuvo su relato firme, describió con certeza y sin cambios en las distintas expresiones, los escenarios del delito (en el segundo piso y en un apartamento desocupado del primer piso), fechas aproximadas de ocurrencia de los actos sexuales y especialmente la forma como acaecieron las acciones delictuosas, por lo que el fondo del relato fue coherente y las manifestaciones de la víctima totalmente creíbles. Las

divergencias narrativas advertidas por la judicatura de primera instancia no son de fondo y por tanto no pueden sembrar dudas.

CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y SITUACIÓN DEL ACUSADO

JUAN CARLOS GIRALDO ROLDAN cometió el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO consagrado en el Código Penal, Libro Segundo, Título IV, Capítulo I, Artículo 205, agravado por las causales 4 y 5 del artículo 211, conforme a la acusación y lo probado en el juicio oral, por haber realizado acceso carnal con otra persona mediante violencia, siendo la víctima menor de 14 años y aprovechando la confianza depositada en el autor.

En punto del acceso carnal se tiene que el señor GIRALDO ROLDAN, sometió a DMS a distintas prácticas sexuales durante casi 3 años, entre ellas la felación, que constituye acceso carnal conforme al artículo 212 del texto penal. De otro lado, como se indicó anteriormente, la penetración por vía anal no se probó suficientemente, pues resulta probable un error de la víctima en su apreciación, al confundirla con froteurismo anal, y atendiendo al dictamen médico legal que no encontró signos de desgarramiento ni cicatrices a este nivel que nos permita la certeza de esta conducta. Sin embargo, reiteramos, la práctica de felación manifestada por la víctima, se erige en acceso carnal.

Las agravaciones están dadas por la edad de la víctima (5 años cuando se inició la conducta sexual por parte del acusado, lo que se extendió hasta los 8 años de edad), y la confianza depositada en el autor, por ser miembro del hogar en el cual fue dejado el niño para ser cuidado mientras su progenitora trabajaba, situación que aprovechó para dar rienda suelta a sus desordenadas apetencias sexuales contra él.

La violencia en este caso es moral y surge de las amenazas que el procesado le profirió a la víctima no solo para que accediera al trato sexual al que lo sometió, sino para que guardara silencio, amenazas que dieron el fruto esperado por el autor, pues el menor, a pesar de la repulsa que en ocasiones le hacía (lo arañaba y le daba puntapiés, según la manifestación de DMS), finalmente accedía a las apetencias del depredador sexual. No puede olvidarse que el niño, en todos los estadios, explicó lo de las amenazas (de lanzarlos a la calle -eran arrendatarios de un pequeño apartamento en el inquilinato de propiedad de GIRALDO ROLDAN-) y evidenciaba, según el testimonio de su progenitora, un desaforado miedo al agresor.

La naturaleza de las agresiones sexuales, su reiteración y la preparación ponderada de las mismas, presentan el dolo con el que actuó el acusado.

La pena se dosifica así: los extremos punitivos oscilan entre 144 y 240 meses de prisión, los que se modifican por las circunstancias específicas de agravación resultando unos nuevos

extremos de 192 a 360 meses. Los cuartos de movilidad se fijan así: el mínimo de 192 a 234 meses, los medios entre 234 y 318 meses y el máximo entre 318 y 360 meses. Como no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, nos ubicamos en el extremo inferior del cuarto mínimo, esto es, 192 meses y, por razón del concurso establecido en el artículo 31 del código penal, aumentamos 24 meses para un total a imponer de 216 meses de prisión.

La pena accesoria será la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad. Por el monto de la sanción impuesta y la prohibición legal, no hay lugar a subrogados penales a favor del sentenciado.

Finalmente, en contra de la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004. Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia C-792 de 29 de octubre de 2014, en concordancia con lo establecido en las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia en la providencia AP1263-2019, con radicación N° 54215 del 03 de abril de 2019, también procede el recurso de impugnación especial para el procesado y/o su defensor.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **CONDENAR** al acusado **JUAN CARLOS GIRALDO ROLDAN**, de anotaciones civiles y personales conocidas en la carpeta, a la pena principal de **PRISIÓN** por DOSCIENTOS DIECISEIS (216) meses, y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, por hallarlo responsable de la autoría del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en el cuerpo de esta providencia.

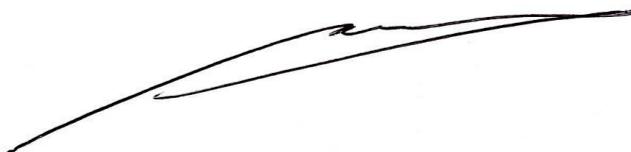
SEGUNDO: NEGAR la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria al condenado, razón por la cual se DISPONE librar la correspondiente **ORDEN DE CAPTURA** en contra el señor JUAN CARLOS GIRALDO ROLDÁN para el cumplimiento efectivo de la pena.

TERCERO: LIBRAR las comunicaciones pertinentes a las autoridades encargadas de la ejecución de esta sentencia.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004. Adicionalmente y conforme con lo expuesto en

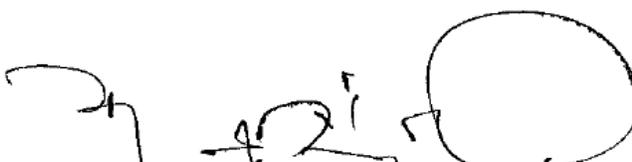
precedencia, para el procesado y/o su defensor procede la impugnación especial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado