



## **SALA PENAL**

*Medellín, seis (06) de junio de dos mil diecisiete (2017)*

*Aprobado en la fecha, acta No. 072*

*Radicado No. 05 001 60 00206 2007 16427*

*Delito: Actos sexuales con menor de 14 años*

*Sentencia de Segunda Instancia No. 019*

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello*

*Lectura: lunes, 12, de junio de 2017. Hora: 08:30 a.m.*

*Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado A. A. M. M., contra la sentencia proferida el 17 de abril último por la Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, a través de la cual, luego de un juicio oral, lo condenó como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años.*

### **1. ACONTECER FÁCTICO**

*El aspecto fáctico de este caso se narra de la siguiente manera en el escrito de acusación:*

*“De los medios cognoscitivos con que cuenta la Fiscalía, se infiere de manera razonable, que el imputado A. A. M. M., quien era el compañero de la señora J. N. C., tía de la probable víctima AMNF<sup>1</sup>, el día 10 de agosto de 2007, a eso de las tres (3) de la tarde, dentro de la casa de habitación que compartían todos los antes mencionados y otros niños más hijos de la pareja, ubicada dicha residencia en la Vereda Santa Rita del Corregimiento de San Antonio de Prado Antioquia, se dio a la tarea de abusar*

---

<sup>1</sup> Para la protección de la intimidad de la menor de edad afectada en estos hechos, solo se utilizan la iniciales de sus nombres y apellidos.

*sexualmente de la niña A.M., cuando habían quedado solos en dicha casa. Así fue como puso a la preadolescente a que viera un video con contenido pornográfico; ejecutó él en presencia de la jovencita actos propios de la masturbación; le acarició los senos e hizo que la jovencita le tocara el pene a él. Igualmente la persuadía para que sostuvieran relaciones sexuales completas, como las que se observaban en el video que él le mostraba.”*

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL**

1. - *El 26 de septiembre de 2014 se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín con función de Control de Garantías, declarándose legal la captura de A. A. M. M., imputándole la Fiscalía la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C. Penal, cometidos bajo la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del canon 211 ibídem, desistiendo el ente acusador de la solicitud de medida de aseguramiento. El imputado no aceptó los cargos.*

2. – *El 10 de diciembre de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación conforme a los cargos imputados. Le correspondió por reparto el conocimiento del proceso en la etapa de juicio al Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, quien asumió la tarea el 16 del referido mes y año.*

3. – *En desarrollo de la etapa del juicio en sentido lato, se agotan ante dicho Despacho la audiencia de acusación, preparatoria, y de juicio oral estrictamente dicho, enunciación del sentido condenatorio del fallo, individualización de la pena y finalmente de lectura de la sentencia, esta última efectuada el 17 de abril de 2017. La defensa del condenado interpone el recurso de alzada contra dicha providencia, correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.*

## **3. LA DECISIÓN IMPUGNADA**

*La a-quo indica que en la versión inicial de los hechos la víctima mintió sobre los tocamientos presuntamente realizados en su contra por el acusado, y en cuanto a que ella le tocó el pene al adulto, y la razón de su proceder fue que así se lo exigió la difunta tía J. de quien la entonces preadolescente dependía para el año 2007, fémina que además de ser una figura de*

*autoridad, la maltrataba y amenazó con golpearla si no decía que este le había tocado sus senos y la había obligado a succionarle el miembro viril, ya que pretendía la mujer que en caso que la fuerza pública conociera los hechos, estos tomaran una mayor dimensión pues no deseaba continuar viviendo con el procesado. La parentela de la menor ejercía tal dominio como para doblegar la voluntad de la jovencita, obligándola a mentir.*

*Una vez desaparece el motivo de temor la víctima revela la verdad de lo ocurrido, indicando con claridad que se encontraba ocupada en las labores domésticas cuando el acusado le solicitó que ingresara a su habitación en donde observaba un video de contenido erótico-sexual, pidiéndole que recrearan lo que se veía en el material fílmico, prometiéndole a cambio un teléfono celular, coincidiendo en este aspecto con lo referido en la entrevista inicial. Recordó la víctima lo esencial, lo fundamental, el núcleo de lo acontecido realmente; se advierte sincera su nueva atestación, exenta de fabulación, no se advierten problemas de rememoración, percepción o ánimo vindicativo en la declarante. El hecho de haber mentido sobre algunos aspectos en su declaración inicial no logra derruir todo su dicho, ofreciendo una justificación de peso que explica su previo proceder.*

*En este caso se presentan serios indicios de oportunidad y de presencia que operan en contra del acusado, quien para la época estaba desempleado y en veces permanecía a solas con la menor, cuyo dicho resulta corroborado con el testimonio fluido, claro y espontáneo del médico legista que la valoró, profesional que plasmó el motivo de consulta narrado por la paciente por el tocamiento de sus senos, y los actos de masturbación del adulto realizados en presencia de la impúber. Atestante que se muestra ajeno a cualquier interés en perjudicar al procesado, y declara sobre lo que percibió de manera personal y directa, esto es la valoración sexológica que incluye escuchar lo que narra la paciente.*

*Al igual que el anterior, los testimonios de los patrullero EDISON ENRIQUE CORDERO REBOLEDO y LUÍS CARLOS ROMAÑA, resultan corroborando el dicho de la menor víctima, quien le habría indicado al primero que el acusado la miraba mientras se bañaba; la tocaba, la manoseaba y la ponía a ver películas de contenido sexual, ofreciéndole dinero para que accediera a*

*la caricias. Similares manifestaciones realizó la testigo al otro uniformado. Se pudo establecer además que a raíz de estos hechos la víctima sufrió reiteradas pesadillas en las que sostiene relaciones sexuales con hombres, situación que se presentó luego de observar las escenas sexuales en el video que el adulto le hizo ver, de incitarla a tener relaciones sexuales y observar al justiciable masturbándose.*

*Finalmente sostiene la falladora singular que al igual que los anteriores, la entrevista realizada a la tía de la víctima es un elemento mediante el cual se corrobora el dicho de la menor, sin dejar de desconocer que la mujer logró que la niña incluyera en su relato actos que el acusado no realizó. Sin embargo quedó consignado en el documento que el agente se masturbó en presencia de la pequeña, acto con evidente contenido libidinoso, en tal sentido se da consistencia a lo dicho por la afectada, quien a su vez, y desde el primer momento señaló que el procesado se masturbó mientras ella lo observaba.*

*Los anteriores fueron en síntesis los argumentos expuesto por la funcionara de primera instancia para condenar al procesado, imponiéndole una pena principal de 70 meses de prisión, como accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, sin derecho a la condena de ejecución condicional, ni la prisión domiciliaria. Se deja claro que una vez ejecutoriada la decisión se expedirá la correspondiente orden de captura en contra del condenado.*

#### **4. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

*Manifiesta el censor en la sustentación escrita de la apelación que en este caso se vulnera el principio de congruencia, ya que los hechos puestos de presente en la acusación son de actos de predisposición. Indica además que los hechos fácticos relevantes de la imputación no lograron ser demostrados en juicio. Aspecto fáctico que le compete probar a la Fiscalía, sin que haya logrado el ente acusador establecer con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos investigados; en la práctica probatoria surgieron situaciones que no se formularon de manera*

*precisa en la acusación, lo que genera duda que debe ser resuelta a favor del procesado.*

*En este caso solo existe un testigo presencial de los hechos, los demás son de oídas y de referencia. No obstante que la tía de la víctima tenía interés en perjudicar al enjuiciado, que constriñó a la menor para que mintiera y suministró una versión de unos hechos fictos, la judicatura le reconoce plena credibilidad a su entrevista, elemento que ingresó como prueba de referencia al juicio. Otra circunstancia que tampoco se demostró en el foro de fondo, es que el acusado pusiera a ver un video pornográfico a la preadolescente, con cuyo testimonio no se logra elucidar correctamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos investigados, mientras que los demás testigos son prueba de referencia a la que se le reconoció un poder suasorio del que realmente carecen, indicando la a-quo que estos corroboran lo dicho por A.M.N.F*

*No se demostró en audiencia de fondo que la adolescente hubiese superado las dificultades para diferenciar los conceptos de verdad y mentira, con tal antecedente no se le puede dar total credibilidad a su dicho, el cual genera dudas en cuanto a que el acusado haya realizado actos de preparación y predeterminación como componentes del tipo penal por el que se le procesa, sin que dichos aspectos hayan quedado debidamente acreditados en la actuación. En conclusión no se supera el estándar legal para condenar consagrado en el artículo 381 del C.P.P., pues existe duda probatoria que debe ser resuelta a favor del inculcado.*

*Estas son las razones que llevan al libelista a solicitar que se revoque la sentencia de condena proferida en contra de su defendido y en su lugar se dicte fallo absolutorio por duda probatoria. Al margen de lo anterior depreca el impugnante la modificación de la pena impuesta pues considera que la falladora de primera instancia no podía aumentar el monto de la sanción con fundamento en la gravedad de la conducta, pues tal circunstancia ya se encontraba contenida en el tipo penal enrostrado a M. M., y en su contra no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad que autoricen el referido aumento punitivo.*

## **5. SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE**

*Transcurrido y vencido el término de traslado no se allegó intervención alguna como no recurrente.*

## **6. CONSIDERACIONES**

*Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer de la alzada.*

*Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.*

*En esta oportunidad la averiguaciones y el juzgamientos se adelantan por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, tipo penal que protege a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de esta naturaleza. Tal falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, así lo establece el artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008.*

*Es importante recalcar que no obstante que la menor pueda saber que está siendo objeto de este tipo de delitos, incluso consentirlo, el legislador sanciona la actuación del adulto que abusivamente invade la órbita de libertad sexual de la víctima que no supera los 14 años de edad, pues se considera que no cuentan con el grado de madurez psicológica que se requiere para consentir autónomamente sobre el uso de su cuerpo con finalidades erótico sexuales. Se piensa lo contrario de quien ha alcanzado la mayoría de edad, pues se asume que su desarrollo síquico le permite controlar su comportamiento, evitando dar rienda suelta y de forma nociva a la satisfacción de sus instintos sexuales más primitivos, aprovechando su*

evidente superioridad frente al individuo que aún no alcanza su pleno desarrollo mental y físico.

Según la doctrina el bien jurídico tutelado por dispositivo típico 209 del C. Penal es:

*“El bien jurídico que se tutela es el de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales<sup>2</sup>.”*

En la misma línea de pensamiento la jurisprudencia expuesta por la CSJ, Sala de Casación Penal en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000:

*“...Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad”*

Hechas las necesarias acotaciones sobre el dispositivo legal que consagra el delito bajo análisis, y la naturaleza del bien jurídico tutelado con dicha normativa, previo a adentrarnos en el análisis de fondo del caso concreto, es pertinente precisar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 del C.P.P., en el juicio se admitieron una serie de pruebas, tanto estipuladas como documentales, testimoniales y periciales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre hechos relevantes para lo que interesa al debate. Estas fueron las estipulaciones logradas entre las partes:

- Plena identidad del acusado A. A. M. M., quien se identifica con C.C. Nro. 71.687.067 expedida en la ciudad de Medellín. Nacido el 14 de septiembre de 1967 en el Municipio de Puerto Berrio, Antioquia. (Ver fl. 1 cuaderno de los elementos materiales probatorios: Informe consulta WEB página de la RNEC, documento de preparación de cédula de ciudadanía).
- Aceptar como probado que para la fecha de los hechos **AMNF** contaba con 13 años de edad. (Hecho que se soporta con copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor, serial Nro. XXXXXX, Notaria del Municipio de San Fernando Bolívar, obrante a fl. 2, cuaderno de elementos materiales probatorios).

---

<sup>2</sup> Universidad Externado de Colombia, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, William Torres Tópaga, pág. 883.

- *Aceptar como probado que el acusado fue capturado en cumplimiento de una orden de aprehensión, y no en situación de flagrancia, tal como quedó documentado en informe de investigador de campo del 26 de septiembre del año 2014.*
- *Aceptar como probado que el acusado carece de antecedentes penales, según constancia de investigación criminal de Interpol Medellín del 23 de septiembre de 2014.*

*Ahora, al cuestionarse con el recurso de apelación la valoración probatoria realizada por la a-quo en la sentencia impugnada, concluyendo el censor que en el presente caso no se logra superar el estándar legal exigido en el artículo 381 del Estatuto Procedimental Penal para condenar, certeza más allá de toda duda sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad del acusado en los mismos, pues en su criterio existe duda probatoria que debe ser resuelta a favor de su prohijado, es deber de la Sala abordar a plenitud el análisis de las probanzas atinentes a tales aspectos, resultando pertinente señalar que de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción judicial luego del análisis individual y finalmente concadenado del acervo probatorio allegado a la actuación, en cuyo estudio se deben tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica, la dialéctica y la ciencia.*

*Ubicados en el análisis del material de conocimiento debatido en juicio se observa que en relación a la existencia de la conducta punible endilgada y la responsabilidad penal en cabeza del acusado, se cuenta con el testimonio del Profesional Especializado Forense **ANDRÉS FELIPE VELÁSICO BEDOYA**, quien realizó examen sexológico a la víctima el 20 de agosto de 2007. Indica el experto que la menor contaba con 13 años de edad, y que consignó textualmente en el informe lo que la paciente le manifestó, esto es, que el esposo de su tía la intentó violar, le pidió que le mostrara los senos y se los tocó; le mostró el pene y se masturbó en su presencia, sin que haya ocurrido penetración, ni acariciado su vagina.*

*No encontró signos de violencia extra genital, tampoco de penetración reciente; observó un himen íntegro, no ordenó toma de muestras, ni de búsqueda de espermatozoides toda vez que los hallazgos negativos a la valoración genital no lo ameritaban. Según lo manifestado por la paciente ya*

*habían transcurrido 10 días desde los hechos, además no mencionó intercambio de secreciones, ni eyaculaciones. En la anamnesis quedó plasmado lo que la pequeña contó, no lo que a él le consta. No puede afirmar si la denuncia se presentó el mismo día en que se realizó la valoración sexológica. Indica que corresponde a otra área de conocimiento, la de psicología y siquiatría forense examinar la edad mental de la paciente.*

*Escuchada a través de video conferencia el testimonio de la víctima **A.M.N.F.** quedó claro que durante cuatro años vivió con su tía Juvencia, el acusado y los hijos de esta pareja. Al principio de su estadía el acusado se comportó correctamente, luego fue agresivo, le pegaban cuando sus primos hacían algún daño pues decía que no estaba pendiente de los niños: “hasta que después pasó lo que pasó...” (Sic). A continuación manifiesta que algunas cosas de las consignadas en la entrevista que rindió en la Fiscalía no son ciertas, mintió por presión de su tía.*

*Narra que la calenda de los hechos se encontraba preparando a sus primos para ir al colegio, antes del medio día llegó el acusado y le dijo que él los llevaría ya que aquel día no había tenido que laborar, al rato regresó y le indicó que dejara a un lado las labores domésticas, los “oficios” (Sic) y se fueran a ver un video, ella se negó y el hombre se dirigió hacia una de las habitación de la casa. En un momento ella ingresó a ese cuarto con la intención de “trapear” el piso y lo observa parado, masturbándose mientras miraba un video pornográfico en el que una mujer le introducía un pene artificial a otra; ella se dirigió a un cuarto adjunto, el agente la sigue y le insiste que vean la grabación, que recreen lo que hacen las dos mujeres en el video, insiste en que tengan relaciones sexuales: “que estuvieran juntos” (Sic), y para convencerla le ofrecía dinero y un celular de regalo.*

*Como pudo salió a la calle y desde un teléfono público se comunicó con el acusado y le dijo que le iba a contar a su tía lo que había pasado, éste la amenazó con matarla, lo mismo que a su familia, lo que la obligó a no decir nada durante algunos días. Luego, aprovechando que el agresor no se encontraba en casa le contó todo a su pariente, ésta se llenó de rabia le pegó y la arañó y le dijo que si los hechos eran conocidos por la policía debía decir ciertas cosas que finalmente quedaron consignadas en la entrevista,*

pero que no sucedieron, todo porque su familiar no quería continuar viviendo con el procesado:

*“Que dijera que él me había pedido que le acariciara el pene... y que me dejara manosear los senos de él... yo le dije a ella que yo no iba a decir eso, entonces ella me dijo que si yo no lo decía ella volvía y me pegaba... porque como ella no quería vivir con él, ella me dijo que dijera eso; al ratico que él llegó, ella la agarró contra él, pues le pegó y todo eso... yo vine y salí corriendo y me metí en casa de la vecina Paola... cuando se vino la policía fue que nos agarró y nos llevó a declarar... pero él en realidad no me tocó, no me hizo nada, todo lo que está allí escrito porque ella en realidad me obligó a decir todo eso...”*

No recuerda si el acusado estaba vestido cuando se masturbó. Los hechos ocurrieron el 10 de agosto de 2007, ella tenía 13 años de edad. Asevera que el procesado siempre se masturbaba en el baño, estancia que tan solo contaba con uno, no sabe si este llegó a ver que ella lo observó masturbándose en la ducha. Los hechos también fueron conocidos por su vecina Paola. Cuando el acusado llegó a la casa y le preguntó a su tía por qué le estaba pegando, ella le respondió que ya lo sabía todo. Desconoce quién llamó a la policía, pero hasta el lugar llegó una patrulla. A raíz de esta situación: *“vivía como trastornada con eso, mantenía teniendo pesadillas, yo me imaginaba pues a veces que yo lo estaba haciendo con él, o con otro y así...”* (Sic). A su tía le indicaron en la Fiscalía que debía enviarla a donde su madre en la costa o el ICBF intervendría en este caso, pero ella solo la mandó por un tiempo a la casa de la mamá del enjuiciado. Aproximadamente vivió cuatro años en la ciudad, no recuerda el año de su arribo.

Con el asistente de Fiscal **JHON JAIRO GIL MOLINA** se ingresa como prueba de referencia la entrevista realizada a la occisa J. N. C. (ya fallecida), tía de la víctima, quien habría indicado que la menor llevaba dos años viviendo en su casa pues la madre laboraba en una finca en la costa. Que entre su sobrina y el acusado existía mucha confianza, continuamente jugaban, se correteaban, se reían, ella lo tomaba de la ropa y éste le daba dinero, pero no observó nada anormal. Como el baño del inmueble no tenía cortina, en ocasiones el adulto ingresaba y encontraba allí a la menor y viceversa. Aquel viernes regresó a la vivienda y la menor le dijo que el adulto le había ofrecido diez mil pesos para que se dejara acariciar, pero que ella no se lo había permitido. El domingo siguiente le reclamó a su esposo, éste aseguró que la niña había aceptado que la tocara, en ningún momento lo

*rechazó, le había dado diez mil pesos, puso un video y le acarició los senos mientras él se masturbaba y la niña permanecía recostada en la cama, la niña incluso le devolvió el dinero. Los involucrados aceptaron que los tocamientos se efectuaron por encima de la ropa y que no hubo penetración. La niña en principio negó que el adulto la tocara, al parecer por pena. Aclaró la difunta que en realidad la menor es hija de un tío suyo. Luego de esto la impúber se volvió coqueta. El testigo manifiesta que no recibió otras declaraciones, ni realizó otros actos de corroboración sobre los hechos.*

*Se escuchó además al subintendente de la Policía Nacional **LUÍS CARLOS ROMAÑA PALACIOS**, quien en compañía del patrullero Edison Enrique Cordero Rebolledo atendió la llamada que por estos hechos realizara la comunidad de la vereda Santa Rita, Corregimiento San Antonio de Prado de esta ciudad el 20 de agosto de 2007. Afirma que al llegar al lugar se entrevistaron con la tía de la víctima y con la niña; esta les indicó que diez días atrás el acusado la había tocado, le mostraba videos pornográficos. No se trató de un caso de flagrancia por lo que no se judicializó al agresor, el cual les manifestó que todo pasó porque la niña lo había querido. Los vecinos fueron los que dieron parte a la policía pues consideraron que ocurrieron actos de abuso sexual en contra de la infante. El testigo reconoce al procesado en la sala de audiencias.*

*Según el intendente de la Policía Nacional **EDISON ENRIQUE CORDERO REBOLLEDO**, para el año 2007 se encontraba asignado a la Estación de Policía San Antonio de Prado como patrullero de vigilancia. Junto a su compañero Romaña atendieron un caso de una menor que al parecer soportaba cierta clase de abuso sexual por parte del esposo de una tía. No recuerda si fue la central de notificaciones o la guardia del comando de policía quienes los alertaron de la llamada que a su vez realizaron vecinos que al parecer sabían de los abusos. Al llegar a la residencia encontraron a una menor de edad, no observaron que se estuviera cometiendo algún delito en el acto. Al igual que su compañero de patrulla el testigo refiere similares señalamientos realizados por la niña sobre haber sido tocada en sus zonas erógenas por el enjuiciado, quien la ponía a observar películas pornográficas, la miraba mientras se duchaba y le ofrecía dinero para que se dejara acariciar. La tía de la pequeña arribó al lugar y se le puso en conocimiento*

que debía realizar la respectiva denuncia, facilitándoles el traslado hasta las instalaciones de la Fiscalía. La víctima fue valorada en medicina legal, y el agresor fue llevado hasta la estación de policía del sector para evitar su linchamiento. La niña identificó en el acto a éste adulto como su agresor sexual.

Adveró el atestante que en la entrevista que rindió el 15 de julio de 2008 no se consignó que el acusado obligara a ver películas pornográficas a la víctima, no obstante que para la fecha tenía más frescos los hechos. No fue testigo directo de estos acontecimientos; dijo lo que recordó en el momento, que la niña le manifestó que este individuo la tocaba, la observaba mientras se bañaba, que le daba dinero para que se dejara acariciar y recuerda algo sobre ponerla a ver videos para adultos. Cuando la menor expuso su versión de los hechos la observó asustada, percibió que sentía terror hacia el esposo de su tía. Asegura que en cierta forma ese día el procesado admitió lo que la niña estaba contando; les indicó que ella no lo hizo obligada, que lo aceptaba de forma natural. La pequeña aseguraba que este sujeto le decía que no le contara a nadie, que no le iban a creer, ni siquiera su tía.

Finalmente se escuchó en juicio a **ELIANA HOYOS SÁNCHEZ**, psicóloga, adscrita al CTI – CAIVAS de la Fiscalía desde el 5 de noviembre de 2002, quien entrevistó a la víctima cuando ya contaba con 14 años. Indica la testigo que la adolescente le manifestó que desde el 2007 vivía en la casa de su tía Juvencia, cursaba cuarto año de educación básica primaria y antes de llegar a la ciudad residía en el Municipio de Mompós junto a su progenitora y dos hermanos. Indicó que el acusado la puso a observar un video pornográfico en el que una mujer le introducía un pene artificial a otra fémina, ella quiso salir de la estancia pero el adulto cerró la puerta del lugar; luego la pequeña se retiró a su habitación hasta donde llegó el hombre quien se desnudó, obligándola a tener sexo oral, succionándole el pene, mientras que el agresor le tocaba uno de sus senos.

Expresó la impúber que todo ello ocurrió porque se sentía como obligada por haber visto las escenas sexuales, además porque sentía ganas. Aseveró que observó al adulto masturbándose en la cama y en el baño; que antes de ingresar a la ducha preguntaba si había alguien, como no respondían

*entraba y encontraba al esposo de su tía masturbándose. El individuo le decía que hicieran el amor, que recrearan lo que habían visto en la grabación pero ella se negó. Que los hechos ocurrieron un día en que su tía se encontraba trabajando, sus primos estaban en el colegio, y el acusado regreso de repente a la casa porque no había tenido que trabajar. Le contó a su tía lo que había ocurrido y le entregó los diez mil pesos que el enjuiciado le dio luego de tocarle uno de sus senos. Al ser confrontado por Juvencia el abusador lo negó todo afirmando que la víctima mentía.*

*Indicó además la testigo que en el informe que elaboró como investigadora resumió lo dicho por la menor entrevistada y cómo la percibió. Recomendó valoración psicológica por medicina legal ya que notó a la víctima callada, triste, con evidente retraso en su proceso de escolarización pues con 14 años cursaba cuarto grado. La menor presentó dificultades para conceptuar sobre lo que era verdad y lo que no, pero identificó tales nociones a través de ejemplificaciones. Notó igualmente que la niña se mostraba afectada por recurrentes sueños sexuales con hombres, indicando que esto la hacía sentir mal pues antes no tenía ese tipo de fantasías.*

*Luego de la síntesis del material probatorio debatido en juicio queda claro que la defensa no ofreció material de descargo y se propuso derruir la acusación de la Fiscalía refutando lo dicho en juicio por los testigos traídos por el ente acusador. Arguye el letrado que con el material probatorio debatido en el foro de fondo no se logra superar el estándar para condenar previsto en el artículo 381 del C.P.P. Que con el único testigo directo que existe en este caso no se dilucidan correctamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos investigados, mientras que los demás testigos tienen la naturaleza de prueba de referencia inane para condenar. Sostiene el togado que el acusado fue descubierto por la menor mientras realizaba actos de auto satisfacción sexual (masturbación), sin que exista prueba que demuestre que incurrió en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ya sea por haberla puesto a ver un video con contenido sexual explícito, ora por masturbarse en su presencia con el evidente propósito que la menor lo observara.*

*Es preciso que la Sala comience por indicar que por las circunstancias en que generalmente se cometen estos delitos, en los que el agresor sexual invade la esfera íntima, privada de los menores de 14 años, aprovechándose de su ingenuidad, o de ciertos momentos de soledad, y en todo caso de sus condiciones de superioridad, el dicho del infante resulta de gran valor para el esclarecimiento de los hechos que son importantes para el debate ya que generalmente la víctima es el único testigo presencial de los vejámenes, sin que pueda exigírseles más evidencias que sus propias afirmaciones cuando estas resultan coherentes con las circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados.*

*Igualmente es pacífica la jurisprudencia de la Sala Penal<sup>3</sup> de la CSJ, por medio de la cual se refrenda la línea de pensamiento plasmada en diversas convenciones internacionales y desarrollada por la Corte Constitucional, en las cuales se señala que los testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual no deben ser desestimados por el simple hecho de provenir de individuos que no han alcanzado la mayoría de edad, o como en el presente caso, de una impúber que al momento de ser entrevistada por la psicóloga no logró definir con sus palabras las nociones de verdad y mentira, pero que a través de ejemplos reconoció tales conceptos, quedando claro que se trata de un problema de comunicación, más no de cognición o intelección de la menor, tampoco de mendacidad en sus dichos. Lo anterior puede explicarse por el atraso en su proceso de escolarización, lo que no es inusual que se presente en pequeños de los estratos menos favorecidos de nuestra sociedad.*

*Y es que la jurisprudencia enseña que para validar la versión de las menores presuntas víctimas de actos sexuales, se precisa la aplicación del criterio de coherencia narrativa<sup>4</sup>, para deducir que no sólo su testimonio lo era, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba resulta ampliamente concordante. Esto ha dicho el máximo tribunal al respecto:*

---

<sup>3</sup> Cfr. CSJ., SP. Decisión del 26 de enero de 2006, Rad. 23706; SP. del 7 de diciembre de 2011, Rad. 37044; SP del 12 de septiembre 2012, Rad. 32396; SP. del 10 de julio de 2013, Rad. 40876; SP. del 8 de Agosto de 2013, Rad. 41136; SP. del 16 de abril de 2015, Rad. 43262; SP. del 6 de Mayo de 2015, Rad. 43880; SP. del 29 de julio de 2015, Rad. 9805.

<sup>4</sup> CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

*“En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”<sup>5</sup>.*

*Con razón, cuando las declaraciones de los menores víctimas de delitos sexuales se realizan con fluidez, estructurando un relato discursivamente coherente, advirtiéndose además que se expresa de una manera natural, espontánea, acorde a su edad, y el relato se encuentra concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, aunado a lo cual se advierte plena sanidad de sus sentidos, como acontece en el sub lite, es acertado que el fallador le confiera total credibilidad a lo dicho por los directamente afectados, con más veras cuando no se aporta al debate una contundente prueba de refutación por parte de la defensa.*

*En consecuencia no resulta de recibo, es más, según la pacífica jurisprudencia al respecto, resultaría endógeno al debate, que sin mayores argumentos sobre todo de orden objetivo y científico, se pretenda desvirtuar el testimonio de los menores por una supuesta inmadurez sicológica, por dificultades de orden cognitivo, intelectual o de percepción cuando tales aspectos no han sido demostrados en el juicio.*

*Por el contrario: “La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.”<sup>6</sup>*

*Epílogo de lo dicho, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que actualmente se encuentra superada la tesis que sostenía que a las víctimas menores no se les podía creer por una presunta inmadurez sicológica, falta*

---

<sup>5</sup> Cfr. CSJ., SP. Providencia del 19 de enero de 2011, Rad. 30073.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia Rdo. T-078 de 2010, del 11 de febrero de 2010, M. P. Luís Ernesto Vargas Silva.

*de capacidad cognitiva o intelectual. Como se viene de explicar, en modo alguno puede cuestionarse la emisión de sentencia condenatoria que fundamentalmente se sirva del testimonio de la única persona que presencié los hechos, huelga decirlo, además del agresor, es decir la víctima directa de la agresión sexual, cuyo testimonio se insiste, necesariamente debe ser concadenado con lo dicho por los demás testigos escuchados en juicio, así como con el resto del acervo probatorio.*

*En este caso el testimonio de la joven víctima se advierte conteste, coherente, sin incurrir en inconsistencias de peso que le resten credibilidad a su dicho; por el contrario, se muestra natural, espontáneo, reconociendo incluso que por presiones provenientes de su difunta tía exageró lo que realmente había ocurrido, sin temor a exponer su vida íntima ante quienes participaron en este juicio, otro aspecto más que suma para tener como verdadero sus dichos. Ya que ésta no quería continuar viviendo con el acusado mintió sobre los tocamientos y el sexo oral explicando que se encontraba bajo la latente amenaza de recibir castigo físico, que sentía temor de ésta familiar, además existía dependencia económica.*

*Su actitud se advierte sincera, pues la joven no tenía ninguna necesidad de aclarar este aspecto, más allá de la intención de decir la verdad de lo ocurrido para no agravar la situación de quien durante varios años estuvo integrado a su grupo familiar como una figura de autoridad y de confianza, circunstancia que encuadra perfectamente en las previsiones del inciso 2º del artículo 211 del C. Penal. El anterior panorama explica por qué una vez desaparece el elemento que generaba presión en la testigo, esta aprovecha la oportunidad que se le brinda en este juicio para decir la verdad de lo acontecido y aclarar los hechos.*

*Evidentemente la testigo, otrora menor de edad, ahora con mejores y mayores elementos de discernimiento, en un acto de honestidad al inicio de su intervención en el juicio oral se retracta parcialmente de lo expuesto ante la investigadora de la Fiscalía que la entrevistó, suministrando razonables explicaciones de su proceder. Al igual entonces que para la funcionaria de primera instancia, la conducta de la víctima se avizora espontánea, natural, sincera, desprovista de algún tipo de interés subrepticio, de muestras de*

*animadversión o inquina hacia el acusado. En este orden de ideas, puede afirmar la Sala que las aclaraciones realizadas por la testigo no le restan credibilidad a los contundentes señalamientos en punto de los actos de masturbación e incitación al sexo por parte del justiciable, quedando descartados los tocamientos en la zona erógena de la menor de edad, lo mismo que los actos constitutivos de sexo oral.*

*En relación con este punto de la censura, precisa la Sala de algunas acotaciones para explicar mejor por qué arriba a las anteriores conclusiones.*

*Explica la Sala Penal de la CSJ que el hecho de retractarse o variar lo dicho en las entrevistas no es razón suficiente para que lo aseverado por los testigos en esa oportunidad pierda su validez. Así en auto del 27 de julio de 2009, radicado 31.579, señaló el Alto Tribunal:*

*“Cuando el testigo – víctima, que en las diligencias de instrucción hace imputaciones de manera certera y concreta, se ve compelido a retractarse en la audiencia del juicio oral por diversas razones, entre ellas las amenazas, corresponde al juzgador apreciar la espontaneidad de la retractación, porque en todo caso, la retractación no es una prueba tarifada sobre todo si aparecen imputaciones certeras a través de reconocimientos, informes, entrevistas, etc.*

*Ninguna razón asiste al libelista cuando alega que la versión de la víctima – testigo único, en la audiencia de juicio oral y público deja “sin validez lo dicho en la entrevista”; no es cierto que la retractación sea vinculante, sobre todo cuando entraña motivos que repugnan a los objetivos mismos de la Administración de justicia: la libertad, la igualdad, la justicia material, la paz, a la vigencia del orden justo; el juez tiene la carga de develar la espontaneidad de la retractación para otorgarle la validez que alega la parte interesada en ella (Véase, Preámbulo, Arts. 1 y 2 de la Constitución Política).”*

*En efecto, según la jurisprudencia que el hecho que el testigo rescinda, varíe, desconozca, o mute sustancialmente su inicial versión, no significa que de plano se rechace, invalide o destruya el contenido de las primigenias afirmaciones. Le corresponderá al juez el análisis comparativo de las declaraciones, abordando su estudio de manera conjunta con los demás medios de persuasión allegados al proceso para determinar en cuál se dijo la verdad y así reconocerlo en la sentencia, o si ninguna ofrece credibilidad y como tal deben desecharse; para lo cual deben sopesarse igualmente las explicaciones del testigo sobre la nueva versión.*

Ante tal disyuntiva probatoria el funcionario judicial debe practicar un discernimiento objetivo y concreto, se itera, a fin de identificar la versión con la cual el testigo dijo la verdad y desechar aquella que considera falsa, incluso, si ambas o algunos apartes deben ser desechados. Las siguientes glosas jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la CSJ resultan oportunas para una correcta sindéresis de la problemática expuesta. Al respecto dijo el juez plural:

*“3.2.- En lo que corresponde al inexistente error de raciocinio por haberse otorgado fuerza probatoria al testimonio de (...) quien se retractó de las afirmaciones incriminatorias que en forma inicial expresó contra (...) y el otro procesado, debe tenerse en cuenta lo que la Corte ha dicho:*

*En las sentencias de casación del 9 de noviembre de 1994 (Radicado. 8.887), del 25 de mayo de 1999 (Radicado 12.855), del 4 de abril de 2003 (Radicado 14.636), del 27 de julio de 2006, (Radicados: 25.503 y 24679); esta Sala viene sosteniendo:*

***La retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (...) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa...***

*En una nueva decisión del 21 de febrero de 2007 (Radicado. 23.164), la Corte afirmó:*

*De acuerdo con el sistema racional de apreciación probatoria, la retractación por sí solo no anula las afirmaciones que en apariciones procesales precedentes haya realizado el atestante, por el contrario, es necesaria una exigencia valorativa adicional a fin de comparar o cotejar sus contradicciones.*

*Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, en lo que respecta al juicio establece en el numeral tercero del principio trigésimo tercero que: “En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaraciones de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroborantes de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria” Realce ajeno al texto.*

*En consecuencia, como la retractación se encuentra íntimamente ligada a la valoración ponderada del testimonio, su análisis no puede ser aislado o apartado del mismo, por el contrario, es una dualidad de expresión donde siempre habrá una versión que se opone, enfrenta o contradice otra.*

*Los funcionarios que administran justicia deben seleccionar –si a ello hay lugar- una de las dos o excluirlas ambas –según el caso-, pero no por capricho, tozudez o aquiescencia evidente con alguna; se requiere, entonces, un proceso de cotejo entre ellas, el estudio detallado de las explicaciones presentadas en cada una con el fin de*

*imprimirle certeza o incertidumbre, el análisis de los motivos obligatorios o voluntarios para haberla rendido, las razones que lo llevaron a cambiar diametralmente de parecer, junto con la observancia del tiempo transcurrido entre ellas y, el descarte, de incoherencias sustanciales en la versión que se acogerá, pues cuando existe choque de aserciones, es deber de la colegiatura sopesar los medios testimoniales bajo una hermenéutica individual y de conjunto, a fin de difundir credibilidad o no a alguna de las dos declaraciones o quizás desecharlas, si ninguna se aviene con los hechos jurídicamente relevantes y el plexo probatorio en general, pero siempre con fundamento en el estudio racional del testimonio, relevado por los criterios de la sana crítica.*

***Por tanto, jamás podrá ser fundamento incontrovertible, ni menos aún se puede pensar que quien revoca, invalida o rescinde su dicción, plasma la verdad real en su novísima versión y, por sustracción de materia, debe creérsele contra cualquier contingencia, para de contera, eliminarle, suprimirle o prescindir su anterior declaración; tal proceder jamás será una regla de la lógica, postulado de la ciencia, pauta de la experiencia o del sentido común, para concluir que cuando una persona se retracta, todo lo expresado en sus diversas manifestaciones cognoscentes pierda validez o eficacia probatoria. Deberá, por lo tanto, campear un discernimiento judicial objetivo y puntual, extractado de los diversos medios a fin de determinar con cuál de ellos concuerda, coincide y se aviene la realidad procesal, excluyendo –como es natural- aquellas circunstancias o aspectos divergentes.”<sup>7</sup> (Negrillas fuera del texto.)***

*Y es que las varias versiones suministradas por determinado testigo constituyen una unidad discursiva, y como tal deben ser objeto de un análisis conjunto, a la luz de las demás comprobaciones del proceso, teniendo en cuenta el acervo probatorio practicado en la tramitación para determinar en cuál de ellas dijo la verdad, identificando en todo caso el núcleo central básico de su dicho, lo cual ayudará a descartar posibles inconsistencias y contradicciones. Huelga insistir que el intérprete de la prueba, tal como lo enseña la jurisprudencia<sup>8</sup> no podrá descartar a priori, por capricho, tozudez o aquiescencia, una u otra versión, pues debe ser valorada de acuerdo a su naturaleza, esto es como una unidad inescindible.*

*“Sea lo primero puntualizar que la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en señalar que las distintas intervenciones de un testigo en una misma actuación procesal, constituyen una unidad inescindible que como tal debe ser valorada, es decir, que no puede predicarse la existencia de tantas declaraciones, como intervenciones haya tenido una misma persona en un proceso, sino que se trata de un único testimonio el cual debe ser apreciado de manera integral con sujeción a los criterios inherentes a ese medio de conocimiento y en forma conjunta con los demás elementos de persuasión allegados, con acatamiento de los postulados de la sana crítica (Decreto 2700 de 1991, artículos 254 y 294; Ley 600 de 2000, artículos 238 y 277).*

<sup>7</sup> CSJ, SP. Auto del 16 de junio del 2010, radicado 33.697, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>8</sup> CSJ, SP. Providencia Rdo. 26.347 del 2 de febrero de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

*En relación con el primer planteamiento del demandante, la réplica se advierte desafortunada por cuanto no es verdad que constituya práctica judicial, en eventos de varias intervenciones de un mismo testigo, considerar como verídica siempre la primera cuando resulta contraria a las posteriores ampliaciones. Lo insistentemente sostenido en tales casos por la pedagogía jurisprudencial es que el funcionario no puede a priori descartar una y otra narración, sino que está en el deber de auscultar, con observancia de los parámetros atrás aludidos, el porqué del cambio o modificación de la versión, y en cuál de éstas lo asegurado resulta cierto o verosímil, ejercicio en el que es determinante la corroboración que encuentre el relato con datos objetivamente constatados a través de otros medios de prueba legales y debidamente incorporados en el proceso.”*

**En esta misma línea de pensamiento expuso el alto tribunal:**

*“Lo importante, cuando de la auscultación del testimonio se trata, es determinar un núcleo central básico a partir del cual determinar que lo trascendente de lo narrado no comporta diferencias sustanciales ni se desdibuja de manera importante con el correr de los días. Ahora, atinente a la retractación, positiva o negativa, el intérprete de la prueba no puede contentarse con advertir, en esa verificación matemática ajena a la sana crítica, que las distintas versiones contrapuestas se eliminan y, entonces, la sola manifestación del fenómeno impone desechar lo dicho. No. La sana crítica obliga del funcionario judicial examinar las distintas aristas, intrínsecas y extrínsecas, que gobiernan las varias versiones, para ver de extraer cuál de ellas lleva la verdad, en el entendido que siempre una y otra atestaciones obedecen a determinada motivación y en alguna, por lo general, se halla la verdad”.<sup>9</sup>*

Corresponderá entonces al declarante que se retracta, rescinde, varía, o invalida su inicial versión, la carga de demostrarle al director del juicio que en su inicial versión no se devela la verdad de lo ocurrido, y que cuenta con un motivo que explica razonablemente la variación de lo dicho en su primigenia declaración, el por qué debe creer la judicatura en la nueva versión de los hechos, o como en el caso que nos ocupa, descartar cierta parte de su narración y dar fe de aquellos aspectos en los que insiste el atestante. Lógico, el testigo deberá aportar razones convincentes, con las cuales explique con suficiencia, coherencia y verosimilitud por qué llegado el momento del juicio cambia o rescinde de lo dicho en un comienzo. Como se dijo, en este caso las explicaciones suministradas por la víctima son de total recibo para esta Magistratura, pues resultan corroboradas en su núcleo esencial con el resto del material de convicción aportado al juicio, particularmente por lo dicho por los otros testigos.

*En relación con la importancia que adquiere el testimonio del menor de edad objeto de vejaciones sexuales, y el material indiciario en este tipo de delitos,*

---

<sup>9</sup> CSJ, SP. Providencia Rdo. 30.984 del 13 de abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

puntualizó el Máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en sentencia T-554/03:

*“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor”.*

*Partiendo de lo que enseñan las glosas transcritas, y del análisis realizado en párrafos precedentes encuentra la Sala que el testimonio rendido por la menor **A.M.N.F.** se reiteran ciertos aspectos que resultan creíbles como pasa a explicarse, siendo claro su relato en cuanto a su presencia y la del acusado en el inmueble en que ocurrieron los hechos investigados, recordando lo fundamental de lo que realmente ocurrió; existe entonces un evidente indicio de presencia y oportunidad en contra del justiciable.*

*Es conteste la víctima en señalar al enjuiciado como el individuo que le insistía en que tuvieran relaciones sexuales, y la llevó a presenciar cuando este se masturbaba, precisando lo que fue objeto de invención para agravar la situación del acusado, tal cual como se lo exigiera su tía para lograr la separación definitiva del acriminado. Testimonio que en criterio de esta Sala resulta conteste, preciso, concordante, claro, lógico, y resulta corroborado por otros medios de prueba, demostrando que en realidad los actos sexuales en su contra existieron y que M. M. fue su autor.*

*En efecto, según se extracta del dicho de la víctima el compañero sentimental de su tía venía presentando cierto comportamiento anómalo que atentaba contra su dignidad y su libre desarrollo sexual, propiciando que esta ingresara al baño familiar pensando que en el lugar no había nadie, encontrándose con el adulto mientras desfogaba sus instintos sexuales mediante la masturbación, incluso este hecho es aceptado por la defensa pero insistiendo en que el hecho fue fortuito, que por accidente la menor*

*observó en dicha faena al acusado. Ya el 10 de agosto de 2007, asevera la impúber que el adulto repitió esta conducta en una de las habitaciones del lugar, en su presencia y mientras la ponía a observar una cinta pornográfica, a la par que le insistía en que hicieran el amor, que recrearan los actos libidinosos que ejecutaban las actrices del cine para adulto en la pantalla; proceder con el que indudablemente se invadió la esfera íntima de la menor de edad que el legislador penal protege con el dispositivo 209 del Estatuto Sustantivo en la materia.*

*Pero la incriminación de la menor no se encuentra huérfana de respaldo, se encuentra refrendada por lo dicho por el profesional en medicina que realizó el examen sexológico de la víctima y los patrulleros de la Policía Nacional que atendieron este caso, así como por los apartes de la entrevista de la difunta tía de la víctima que resultan contestes con lo dicho por la menor, no es como sostiene el apelante que la judicatura le reconozca plena credibilidad a todo lo plasmado en la entrevista.*

*Enseña la jurisprudencia de La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dictada en sentencia del 11 de abril de 2007, radicado 26.128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, que en este tipo de ilicitudes que atentan contra la libertad y formación sexual, así como la dignidad de los menores de edad resulta de vital la prueba indiciaria o indirecta:*

*“Como lo ha dicho la Corte, en los procesos que cursan por la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana, por regla general, no existe prueba de carácter directa sino que la reconstrucción del acontecer fáctico se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que correlacionados entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.”*

*Como se dijo, en este tipo de delitos generalmente el único testimonio directo con que se cuenta es la propia víctima, para lograr la reconstrucción fáctica de lo ocurrido se acude a las referencias hechas por los diferentes elementos de juicio aportados al debate, que en palabras de la Sala de Casación Penal de la CSJ: “correlacionadas entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado”<sup>10</sup>. Le corresponderá entonces al fallador abordar acuciosamente el estudio conjunto de las plurales pruebas allegadas a la actuación, para que analizadas las diversas declaraciones producidas en el*

<sup>10</sup> CSJ. SP. Sentencia 26.128 del 11 de abril de 2007. M.P. Jorge Luís Quintero Milanés.

*juicio, a través de la mirada de un observador inteligente surjan a la luz y se puedan corroborar las diferentes circunstancias concomitantes que arrojen claridad sobre lo que realmente aconteció en cada caso, así lo ha señalado el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria cuando en un evento similar indicó: “Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo.”*

*Contrario entonces a lo aseverado por el libelista, puede afirmarse que la doctrina plasmada en la jurisprudencia de las altas cortes enseña que en este tipo de casos se suele acudir a la evidencia de corroboración de circunstancias concomitantes, es lo usual a falta de testigos directos, o para refrendar lo dicho por estos, es más, resulta procedente cuando de delitos de índole sexual se trata<sup>11</sup>; por lo tanto no resulta extraño que se eche mano de este tipo de elementos para esclarecer lo que realmente acontece en cada caso. En síntesis, la información que suministran testigos como los profesionales que atienden y valoran a los menores puede contribuir al esclarecimiento de los eventos investigados, al transmitir el conocimiento directo de lo que escucharon narrar por las víctimas, lo que estas exteriorizaron al momento de ser examinadas, sacando sus propias conclusiones a pesar de no ser testigos directos de los acontecimientos.*

*Ilustrativo sobre el particular las glosas de la Sala de Casación Penal de la CSJ<sup>12</sup> al reflexionar sobre el valor del relato consignado en las entrevistas elaboradas por el profesional al valorar a la víctima:*

*“Encuentra la Corte que el Ministerio Público, para arribar a esa conclusión, descontextualiza la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, pues si bien allí se señaló que las manifestaciones de la víctima hechas al médico legista no constituyen prueba testimonial directa, también es cierto que en la misma decisión se expresó que dicha versión forma parte integral de la prueba pericial por constituir una unidad estructural con el aspecto técnico de la misma, por cuanto las entrevistas realizadas a las víctimas, en dictámenes como el objeto de examen en el presente caso,*

<sup>11</sup> Entre otras puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

<sup>12</sup> CSJ. SP. Radicado 32099 del 221 de julio de 2009. M.P. María del Rosario González.

*comportan algunos de los elementos de juicio que tiene al alcance el perito para elaborar la experticia, de cuyo contenido debe entonces dar cuenta al juzgador, según así se desprende de lo establecido en el inciso segundo del artículo 251 de la Ley 600 de 2000.*

*Aunque, desde luego, como los hechos registrados en esas circunstancias por el perito no tienen origen en una percepción directa de los mismos, esa parte del experticio constituye un elemento de referencia, cuyo poder persuasivo debe ser estudiado, “analizando de manera razonable el grado de su aporte, teniendo en cuenta entre otras razones, las circunstancias que rodearon la fuente de su conocimiento, sopesado siempre frente a los demás elementos de juicio con que se cuenta en el proceso”, sin que haya lugar a su rechazo in limine por la sola consideración de su falta de originalidad, como se expresa en la sentencia evocada por el Ministerio Público.*

*En tales condiciones, como parte integrante de la prueba pericial, dicha entrevista constituye prueba y, por tanto, puede servir de base para fundamentar los elementos estructurales del hecho punible, así como la responsabilidad del acusado, por cuya razón respecto de la misma sí resulta dable predicar la existencia de errores atacables en sede de casación”.*

*Igual de significativas que las manifestaciones que sobre los hechos realizan las víctimas de manera personal y directa al profesional que los atiende, son las atestaciones que a su vez rinden éstos sobre lo percibido directamente en desarrollo de sus exámenes. Esta parte de sus testimonios no constituye ni pueden ser valoradas como pruebas de referencia, en lo que acierta el juez de primer grado, contrario a lo que sostiene el censor argumentando indebida valoración del referido material probatorio de naturaleza testimonial.*

*Dijo la Alta Corporación al respecto<sup>13</sup>:*

*“El problema jurídico principal apunta a la naturaleza jurídica de los testimonios de los peritos que presentó la Fiscalía en juicio oral con el propósito de demostrar que el acusado (...) desarrolló actos sexuales diversos del acceso carnal en su sobrina de 8 años de edad... Para el juzgador de primera instancia, no existe prueba directa de ese hecho porque quienes pudieron deponer sobre el mismo –la víctima y su abuelo- (...) se abstuvieron de hacerlo en el juicio amparados en el derecho constitucional de no testimoniar contra su pariente consanguíneo (tío de la víctima), y los testigos peritos (2 médicos legistas y 2 sicólogos) son de referencia.  
(...)*

*Tiene razón la Fiscalía censora, pues desconoce la judicatura de primer nivel la línea jurisprudencial sobre la materia. Veamos: En el radicado 30355 afirmó la Corte Suprema que “**tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones (...).** Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en*

<sup>13</sup> Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal presidida por el Magistrado Ricardo de la Pava Marulanda, radicado 2012- 47082, del 25 de septiembre de 2014.

*su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio. Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial (...).*

*“Fenómeno similar al anterior tiene lugar con el reconocimiento médico legal (...) pues uno de sus elementos es la anamnesis del examinado, la cual no es otra cosa que el relato que de los hechos hace este último al legista. No obstante, como es sabido, ello no permite tener al peritaje... como prueba de referencia, pues su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que el legista percibe”...*

*Y en el radicado 33651/11 afirmó la Alta Corporación sobre este mismo tema: “Como lo determina la ley procesal de corte acusatorio, a los peritos les aplica las reglas del testimonio, tal y como ocurrió en el caso en estudio, pues comparecieron en el juicio, sometiéndose cada una al correspondiente interrogatorio y contrainterrogatorio realizado por las partes, justamente sobre la base de sus opiniones expresadas en sus respectivos informes (exámenes, hallazgos y conclusiones) solicitadas a ellas por el ente instructor. La Sala ratifica y mantiene la línea jurisprudencial en punto de las pruebas de referencia, en el sentido que las mismas no pueden ser consideradas como tal, cuando los peritos en cualquier área científica, artística o técnica, vierten sus conocimientos al interior del juicio oral y sus razones, criterios y opiniones son materia de crítica probatoria pues los especialistas –como en el caso en estudio– recopilan en sus evaluaciones todos los datos cénicos que presenta el paciente al momento de la entrevista (exploración de procesos mentales, estado de la memoria, del pensamiento, del lenguaje.... Para ello también se fundamentan en los antecedentes fácticos suministrados por los examinados en aras de realizar un escrito que contenga pautas concretas de credibilidad o de descarte...”*

*Claro resulta entonces, que los testimonios de los peritos, así contengan manifestaciones de los hechos que les reporta la víctima examinada (relato de lo sucedido a los sicólogos o anamnesis en las pericias médico legales), no son pruebas de referencia ni puede otorgárseles este alcance, pues a ellos no les corresponde deponer sobre los hechos que no le constan, ni sobre la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el examinado les ha informado, ya que, como reitera la jurisprudencia, ese es un ejercicio que le corresponde elaborarlo al juez dentro del marco de la sana crítica.”*

*Realizadas las necesarias precisiones y ubicados en lo que dijo el profesional que realizó el examen sexológico de la menor afectada, encuentra la Sala que lo dicho por el experto es del todo concordante con lo expuesto por la propia víctima en juicio en cuanto al núcleo esencial de lo realmente ocurrido, guardando análoga relación con lo dicho por los demás testigos en torno a este crucial aspecto, sin que se advierta, tal como lo expuso la a-quo en el fallo confutado, interés alguno en perjudicar al procesado, es más este testigo evidencia total ajenidad al respecto. En síntesis coincide el refirió atestante en cuanto a que la menor manifestó que el acusado se masturbo en su presencia, limitándose en su declaración a transmitir lo que escuchó de*

*la propia víctima, la percepción que tuvo de la misma, y las conclusiones a las que pudo arribar luego de su valoración. Sobre este último aspecto es claro que la interferencia ejercida por el procesado en el campo de la evolución sexual de la niña ha generado secuelas en la maleable psiquis de la menor, quien a una edad temprana ya fantasea teniendo relaciones sexuales con hombres, generando un prematuro despertar de la curiosidad en la materia.*

*Por su parte los agentes del orden que depusieron en juicio reiteran las incriminaciones de la niña en el sentido antes mencionado, sobre la existencia de los actos de abuso sexual al obligarla a ver material filmográfico para adultos con explícito contenido sexual y a observarlo mientras se masturbaba, incitándola a tener relaciones íntimas, propias de personas adultas, también en lo relativo a la recompensa monetaria y obsequio de un celular como contraprestación por dejarse acariciar que ofreció el acusado a la preadolescente. Así R. P. manifestó que la menor le contó que el esposo de su tía le mostraba videos pornográficos, mientras que C. R. además de lo anterior le indicó que el acusado la miraba mientras se duchaba y le ofrecía dinero para que se dejara acariciar.*

*Repara la Sala además al auscultar lo dicho por los dos agentes de policía escuchados en juicio, como en entrevista por la desaparecida pariente de la víctima, estos coinciden en afirmar que el justiciable pretendió explicar su actuación manifestando que la menor accedió voluntariamente a sus requerimientos libidinosos, otro aspecto más en que concuerdan los citados testimonios, sin que se observe en los últimos intenciones maledicentes, ánimo de vindicta en contra del procesado. Huelga advertir que en este punto se equivoca gravemente el procesado pues como se explicó en apartes anteriores de este proveído, el consentimiento de la víctima no excusa el comportamiento desviado ejecutado por el agente.*

*Apoyados entonces en la jurisprudencia puede decirse que cuando los indicios convergen en un resultado altamente probable la conclusión final a la que se arriba una vez analizado en conjunto el plexo probatorio debatido en juicio, queda por fuera del ámbito de influencia de la duda razonable dada la gran concordancia de los hechos que los conforman.*

No esta demás significar que es bien sabido que el acto sexual con menor de 14 años se configura por acciones de connotación sexual que comprometan zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no se circunscribe exclusivamente a los genitales, ni a tocamientos; tampoco se requiere que la conducta desviada deje huellas en la humanidad de la víctima, o en su comportamiento o siquis, ni que el acto tenga duración prolongada.

Por manera que despejados lo anteriores puntos de inconformidad expuestos por la apelante, tan solo resta por entrar a determinar si se ha logrado superar el estadio certeza racional y se supera el de la duda, siendo procedente emitir sentencia condenatoria en contra del acusado.

Para lo cual es menester indicar que para dictar sentencia condenatoria se requiere de la certeza racional, no absoluta, como lo indicara la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 3 de febrero de 2010, radicado 32.863, M.P., María del Rosario González:

*“Ahora bien, en punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 dispone que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (subrayas fuera de texto).*

*La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto apprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.*

*En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7°:*

*“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.*

*“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.*

*“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.*

*“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas fuera de texto).*

*La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional<sup>14</sup> y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.*

*Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.*

*Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.*

*Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”*

*Así las cosas, los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles, que analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, confluyan en las exigencias legales para disponer la condena, y en criterio de esta Sala, tal ha sido la calidad del material de cargo acopiado en este caso.*

*Al margen de lo anterior y como último aspecto controvertido por el apelante, lo relacionado con el aumento de pena por la gravedad de la conducta efectuado por la a-quo se ajusta al margen de movilidad reglada que le concede el legislador al funcionario judicial, acorde a los fundamentos para la individualización de la pena de que habla el artículo 61 del Estatuto Sustantivo en materia penal, cuando dispone en su inciso 3º que: “Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor intensidad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven*

---

<sup>14</sup> En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

*o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.” Con base en estos derroteros consideró la funcionaria que en atención al daño real causado a la víctima por el temprano despertar a la vida sexual ocasionado con la conducta desplegada por el pasivo de la acción penal, el dolo en este caso reviste mayor intensidad, se aprovechó el agente de la confianza en él depositada por la menor para satisfacer su libido a sabiendas de que ese comportamiento se encuentra prohibido, y que la pequeña se estaba bajo el cuidado de esta familia.*

*Son suficientes entonces las elucubraciones realizadas en torno a ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle al acusado A. A. M. M., pues como lo enseña la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ordinaria, el señalamiento incriminatorio de la víctima se encuentra refrendado por otras pruebas; además la corroboración de las circunstancias concomitantes dejan claros indicios de la ocurrencia del acontecimiento; por lo tanto la censura en torno a la valoración probatoria resulta insustancial y no está llamada a prosperar, debiéndose disponer la confirmación de la sentencia confutada, pues al igual que la *a-quo*, concluye la Sala que en este caso se alcanzó la certeza racional de la que habla la jurisprudencia sobre la realización del hecho y la responsabilidad que cabe atribuirle al acusado lo que amerita la condigna sanción impuesta en primera instancia.*

*En mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** en su integridad la sentencia condenatoria impugnada.

*Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.*

*Esta sentencia queda notificada en estrados.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Los Magistrados,*

**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ    JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**RELEVANTE**

### SALA DE DECISIÓN PENAL

<b>M. PONENTE</b>	<b>: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO</b>
<b>ACTA DE APROBACIÓN</b>	<b>: 007/ 24 DE ENERO DE 2017</b>
<b>RADICADO</b>	<b>: 05 001 60 00206 2007 16427</b>
<b>CLASE DE ACTUACIÓN</b>	<b>: APELACIÓN</b>
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	<b>: SENTENCIA</b>
<b>FECHA</b>	<b>: 12 DE JUNIO DE 2017</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>: CONFIRMA FALLO CONDENATORIO</b>
<b>DELITOS</b>	<b>: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS</b>

#### DESCRIPTOR

- DELITO DE ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS / VALORACIÓN PROBATORIA / CREDIBILIDAD TESTIMONIO MENORES DE EDAD VÍCTIMAS QUE RESINDEN O MODIFICAN LA VERSIÓN INICIAL DE LOS HECHOS / VALORACIÓN DE LOS TESTIMONIOS DE LOS PROFESIONALES QUE ATIENDEN A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD, DE LOS AGENTES DEL ORDEN QUE ACUDEN AL LUGAR DE LOS ACONTECIMIENTOS / ESTANDAR LEGAL PARA CONDENAR.

#### RESTRICTOR

- Valoración probatoria.

- Valoración del testimonio menor de edad presunta víctima de delitos sexuales / Superada tesis de presunta incapacidad psicológica por minoría de edad de las víctimas que acuden a rendir su testimonio en juicio / Credibilidad testimonio menores víctimas de abusos sexuales que se retractan de parte de la versión inicial de los hechos / Jurisprudencia.

- Análisis conjunto del material probatorio en casos de violencia sexual contra menores de edad.

- Testimonio de los profesionales que atienden a las víctimas menores, así como de los policivos que acuden al lugar de los hechos, son prueba directa de lo percibido; informan lo que escuchan de boca de los directamente afectados, cómo los encuentran, de lo plasmado en sus informes como conclusiones. / Prueba de referencia. Jurisprudencia.

- Para condenar el juez debe lograr un conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad en cabeza del acusado. Se debe superar este estándar legal, artículo 381 del C.P.P.