El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia – 25 de enero de 2017

Radicación Nro. : 66001600878520120000201

Imputado: CESAR ANTONIO GARCÍA

Proceso: Penal - Confirma sentencia condenatoria

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / PRUEBA DE REFERENCIA ADMISIBLE.** “[E]l funcionario judicial debe analizar en todos los casos las razones para creer o para no creer en la versión del menor que se dice afectado, como quiera que se trata en síntesis de establecer la CONFIABILIDAD de su relato dentro del contexto probatorio, y para ello debe penetrar no solo en el contenido de su exposición propiamente dicha -bien directa o de referencia-, sino también en la forma como declara en juicio incluida su gesticulación y demás expresiones corporales en aquellos eventos en los cuales se cuenta con su presencia en la audiencia, e incluso adquieren relevancia tanto los indicios como los denominados contraindicios con miras a establecer si en verdad se dan aquellos elementos de corroboración periférica. Siendo así, lo que aprecia la Sala mayoritaria es que varios de esos postulados que anuncia el precedente de la Corte se dan en el presente asunto (…). [L]a sentencia se fundamentó en una prueba de referencia admisible, como lo fue la entrevista absuelta por la menor y cuyos dichos extraprocesales se encontraban acreditados de manera periférica con lo atestado por otras personas que tuvieron conocimiento de lo acaecido entre la agraviada y el procesado. La inicial ponencia presentada por el magistrado MANUEL YARZAGARAY sostuvo que esas declaraciones debían ser consideradas como provenientes de simples y meros testigos de oídas, razón por la que no se encontraban en condiciones de corroborar de manera periférica los señalamientos que la ofendida hizo en contra del procesado, debido a que a esos testigos no les constaba nada de lo acontecido, ya que lo único que hicieron en el proceso fue fungir como una especie de “caja de resonancia” al narrar todo lo que a ellos a su vez les había dicho la menor cuando por determinadas circunstancias la atendieron. Contrario a esa posición, la Sala mayoritaria observa que esas deponencias sí son relevantes en el caso en estudio, porque si bien no tuvieron un conocimiento personal y directo de lo acaecido, sí les constan varios datos que corroboran la CONFIABILIDAD de la versión que reprodujo la menor afectada en varios escenarios. (…) OLGA INÉS MARTINEZ QUINTERO -trabajadora social- y JUAN CARLOS RODRÍGUEZ GÁMEZ -médico general de urgencias-, fueron las personas que atendieron a la niña A.C.CH.V. cuando su madre la llevó al Hospital para una cita médica de control de crecimiento y desarrollo. Dichos testigos coinciden en establecer que después de que el personal interno de la institución ilustró con fines pedagógicos a la menor respecto a que no podía permitir que otras personas la manosearan en sus partes pudendas, y que si ello ocurría debía ponerlo en conocimiento de manera inmediata a sus acudientes, la menor se puso nerviosa y entre sollozos contó lo acontecido con el abuelastro CÉSAR ANTONIO GARCIA las veces que permaneció en la finca de su abuela OLGA NUBIA MANZO, época para la cual contaba con 7 años de edad –se aclara que para el momento del control en el Hospital la menor ya contaba con 9 años- Esas expresiones juradas no pueden ser indiferentes para la judicatura, como tampoco lo puede ser el contenido de la entrevista rendida por la menor en presencia de la Defensora de Familia Dra. ALEXA MILENA CASTRILLÓN LOIMDOÑO, así se tenga como prueba de referencia admisible, toda vez que todas ellas, apreciadas en conjunto como corresponde, son demostrativas de varios aspectos trascendentes, no porque así lo diga la Sala mayoritaria de este Tribunal, sino porque de esa manera lo dejó establecido la jurisprudencia citada en precedencia cuando indicó que los jueces tanto individuales como plurales debían tener presente (…) Por todo lo expuesto, la Sala mayoritaria concluye que la señora juez de primer grado no se equivocó en su valoración probatoria y por lo mismo la determinación de condena que adoptó amerita plena confirmación.”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

ACTA DE APROBACIÓN N° 039

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Enero 26 de 2017, 10:55 a.m. |
| Imputado: | César Antonio García |
| Cédula de ciudadanía: | 10.085.396 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Actos sexuales abusivos con menor de 14 años |
| Víctima: | Menor A.C.CH.V. |
| Procedencia: | Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de fecha julio 7 de 2014. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

**1.1.-** Acorde con los medios de conocimiento aducidos al proceso, se tiene que el día 7 de junio del 2.012, la Sra. MARÍA ORALIA VELASCO TAPASCO llevó a su hija A.C.C.V., para ese momento de 9 años de edad, a una cita médica de control de crecimiento y desarrollo que se iba a llevar a cabo en las instalaciones del Hospital Santa Mónica del Municipio de Dosquebradas.

En dicho Centro Asistencial, como consecuencia de una charla que la menor sostuvo con los profesionales que la atendían, quienes le explicaron que no podía permitir que alguien la tocara o manoseara, y en caso que ello tuviera ocurrencia de manera inmediata debía informarlo, procedió a señalar que para la Semana Santa del año 2.009, cuando ella tenía 7 años, y estuvo pasando una temporada en una finca de su abuela OLGA NUBIA MANZO ubicada en la vereda "El Chuzo'' de Santa Rosa de Cabal, resultó víctima de una serie de abusos y de atropellos de tipo erótico-sexuales perpetrados por parte del señor **CÉSAR ANTONIO GARCÍA**, de 57 *a*ños de edad, quien fungía para ese entonces como compañero sentimental de su abuela.

Aseveró la menor agraviada que las veces en las que el señor **CÉSAR ANTONIO** la manoseaba, ocurrían después que su abuelita se levantaba de la cama para hacer sus labores domésticas, oportunidad que era aprovechada por él para desnudarla, besuquearla y toquetearla en sus partes pudendas e incluso hasta para accedería carnalmente. De igual forma la quejosa manifestó que el marido de su abuela también la manoseó y besuqueó en un cafetal, en una ocasión en la que él supuestamente salió para visitar a una amiga y le pidió a ella lo acompañara.

**1.2.-** Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 07 de marzo del 2.013 ante el Juzgado Único Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado **CÉSAR ANTONIO GARCÍA**, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. En dichas vistas al procesado se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, pero posteriormente dicha medida fue revocada y en consecuencia se ordenó su inmediata libertad en providencia proferida el 19 de julio de 2.013 por parte del Juzgado Único Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal con funciones de control de garantías.

**1.3.-** El escrito de acusación data del 02 de mayo del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, ante el cual el 14 de mayo de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación por medio de cual la Fiscalía acusó al señor **GARCÍA** como presunto autor del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**1.4.-** La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 15 de julio de 2.013, en tanto la audiencia de juicio oral, después de una serie de múltiples aplazamientos, se celebró los días 08 de abril y 15 de mayo de 2.014, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo que resultó ser de carácter condenatorio.

**1.5.-** Posteriormente el 07 de julio del 2.014 se profirió sentencia condenatoria por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por medio de la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado al haber incurrido en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravada. De igual forma, en dicho fallo el procesado fue absuelto de los cargos endilgados en su contra relacionados con la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

En la referida providencia se impuso una pena de 144 meses de prisión, e igualmente se le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición legal.

Los argumentos esgrimidos por la juzgadora de primer nivel para poder proferir un fallo de condena, se fundamentaron en la absoluta y total credibilidad que se le concedió a una entrevista rendida por la víctima A.C.C.V., la que ingresó al proceso como prueba de referencia admisible y en donde la agraviada realizó señalamientos en contra del hoy acusado como la persona que abusó sexualmente de ella mediante una serie de manoseos, besuqueos y tocamientos, lo que ocurrió la vez en la que estuvo visitando a su abuela.

Según el sentir de la a quo, lo narrado por la menor ofendida en la entrevista que rindió ante la Defensoría de Familia se le debía conceder credibilidad, debido a que se estaba en presencia de un relato espontáneo y coherente en el que la menor expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos; a lo que se debía aunar que no existía razón alguna para que la menor mintiera, ya que entre ella, el procesado y su familia no se había suscitado ningún tipo de problema.

De igual forma, la sentenciadora adujo que los dichos de la menor ofendida habían sido corroborados con los testimonios rendidos por FEDERICO GARCÍA GARTNER, OLGA INÉS QUINTERO, ALEXA MILENA CASTRILLÓN LONDOÑO, y JUAN CARLOS RODRÍGUEZ GÁMEZ, personas que en su calidad de profesionales atendieron a la menor, y en tal condición se enteraron de referidos abusos de índole sexual.

Asimismo la a quo expuso, que si bien es cierto que la prueba  
pericial sexológica desvirtuaba todo lo dicho por la ofendida respecto a que había sido accedida carnalmente, ya que según el dictamen pericial presentaba un himen no elástico integro, tal situación contradictoria fue esclarecida por el galeno forense FEDERICO GARCÍA GARTNER, de cuyo testimonio se desprende que lo acontecido se debía a una mala percepción que la menor tenía de lo que le estaba sucediendo, como consecuencia de su inexperiencia y corta edad, lo que en sentir de juzgadora de todos modos no desdibujaba para nada los manoseos y besuqueos que el procesado llevó a cabo en sus partes íntimas.

En lo que tenía que ver con las pruebas de descargos, la funcionaria expuso que los testimonios absueltos por el psicólogo NELSON OSPINA y el ciudadano MARIO OSORIO, no aportaron nada útil al proceso respecto del esclarecimiento de los hechos. De igual manera, al apreciar el testimonio de la señora MARÍA ORALIA VELASCO, madre de la ofendida, quien atestó que su hija mintió en los señalamientos que hizo en contra de **CÉSAR ANTONIO GARCÍA**, la sentenciadora expresó que esa testigo corroboró lo que la menor dijo ante los profesionales que la atendieron, y no se le debía creer en lo demás debido a las contradicciones en las que incurrió en su relato, en especial cuando adujo que la separación de ella con **CÉSAR ANTONIO GARCÍA** no se debió a lo que la niña había dicho en su contra, sino como consecuencia de haber estado detenido.

Finalmente, en el fallo confutado se absuelve al procesado de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, debido a que del contenido de los dictámenes periciales sexológicos se logró demostrar que la menor ofendida no había sido accedida carnalmente.

**1.6.-** Inconforme con la decisión adoptada, la defensa interpuso recurso de apelación

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -recurrente-

La discrepancia propuesta por la parte recurrente en la alzada, se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en el fallo de primer grado se incurrió en una serie de errores en la apreciación del acervo probatorio que incidieron para que de manera injusta se profiriera un fallo de condena.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente presentó los siguientes argumentos:

* El fallo de condena se fundamentó en una entrevista rendida por la víctima, la cual se debe considerar viciada por no cumplir los protocolos que la ley ordena para la creación de dicho acto, en atención a que cuando la menor agraviada fue entrevistada e interrogada, dichas entrevistas e interrogatorios se llevaron a cabo a espaldas de su señora madre, MARÍA ORALIA VELASCO, quien fue excluida de asistir y participar en esas diligencias a pesar de que en su calidad de representante legal de la menor tenía el derecho de estar presente en las mismas y saber lo que estaba pasando con su hija.
* A los dichos de la menor ofendida no se les debió haber concedido credibilidad, debido a que en el proceso existían pruebas que los desvirtuaban, como aconteció con lo referido por la menor cuando expuso que el procesado la accedió carnalmente; todo lo cual posteriormente fue infirmado y descartado por el dictamen sexológico, con el que se pudo demostrar que la menor no presentaba lesiones ni traumatismos en su región genital.
* El fallo se profirió sin que existieran en la actuación pruebas que acreditaran los cargos que la Fiscalía le endilgó al procesado, ya que la única prueba que lo fundamentaba era una entrevista absuelta por la menor ofendida, que a modo de prueba de referencia se introdujo en el juicio, la que era respaldada por testigos de oídas, tal cual aconteció con lo testificado por la trabajadora social quien no estuvo presente cuando ocurrieron los hechos.
* De igual forma los dictámenes periciales aducidos al juicio en momento alguno demostraban la responsabilidad del procesado, ni acreditaban lo que la víctima había dicho en su contra en la entrevista, ya que en particular el dictamen sexológico redundó a favor de los intereses del acusado, al demostrarse que la menor agraviada no había sido accedida carnalmente.
* En el fallo se le dio un enfoque acomodaticio a las pruebas de descargos, y ello incidió para que no fueran apreciadas en debida forma. Así se tiene que con el testimonio de RAMIRO OSORIO se demostraba que el procesado no tenía ningún tipo de inclinaciones maliciosas con los menores de edad; mientras que con lo declarado por la señora MARÍA ORALIA VELASCO se acreditó que la menor había mentido respecto de las incriminaciones efectuadas en contra del acusado.
* Al procesado se le vulneró el debido proceso debido a que la formulación de la imputación y la acusación se llevaron a cabo sin que existieran elementos materiales probatorios que demostraran la ocurrencia de los hechos, siendo el único soporte de los cargos una entrevista viciada de ¡licitud y rendida por la propia víctima.

Con base en los anteriores argumentos el recurrente solicitó la revocatoria del fallo confutado, y que en consecuencia se absuelva al procesado de los cargos endilgados en su contra.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # Io del artículo 34 C.P.P., es la competente para resolver la presente alzada.

**3.2.-. Problema jurídico planteado.**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Incurrió la sentenciadora en errores al momento de apreciar el acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que en el presente asunto no se cumplían los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena, en atención a que el juicio de responsabilidad criminal endilgado en contra del procesado **CÉSAR ANTONIO GARCÍA** solamente se fundamentó en una prueba de referencia admisible, como lo fue la entrevista absuelta por la víctima A.C.C.V.?

**3.3.- Solución a la controversia**

La Corporación no avizora irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal, en consecuencia, corresponde efectuar un pronunciamiento de fondo.

Lo primero a indicar, es que el conocimiento del presente asunto correspondió por reparto al magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA, quien presentó proyecto en el cual consideró que el fallo confutado debía revocarse y en su lugar correspondía era la absolución; no obstante, la Sala mayoritaria no estuvo de acuerdo con esa ponencia al estimar que el análisis de la prueba obligaba la confirmación de la condena y en consecuencia el asunto pasó al magistrado que sigue en turno alfabético para elaborar la nueva ponencia.

Para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, acorde con la realidad probatoria analizada y debatida en el fallo de primer nivel, la Sala tendrá en cuenta que el juicio de responsabilidad criminal edificado en contra del procesado **CÉSAR ANTONIO GARCÍA** tuvo como uno de sus pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que le fue concedido a la entrevista absuelta por la víctima, la cual fue aducida al juicio como prueba de referencia admisible en atención a que la agraviada, a pesar de haber sido citada en debida forma, no compareció al juicio a rendir testimonio.

Ante tal situación, se torna imperioso por parte de la Sala determinar si en el presente asunto se está en presencia de una prueba única de referencia, que incidiría para que en contra del procesado no fuera posible poder dictar un fallo de condena, como bien lo ordena el inciso 2o del articulo 381 C.P.P.; o si, por el contrario, dicha prueba de referencia se encuentra acompañada de otros medios de conocimiento que al ser apreciados de manera conjunta conduzcan hacia la acreditación de manera indubitable del compromiso penal endilgado en contra del procesado, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Como punto de partida, tenemos que de acuerdo con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P., se debe entender como prueba de referencia todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso, o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

"La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley […] [[1]](#footnote-1).

Ahora bien, con el fin de precisar cuándo ante una declaración rendida por fuera del juicio se puede estar en presencia de una prueba de referencia, de igual manera la Corte ha establecido los siguientes criterios:

"En el mismo sentido, esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

[…]

En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como ios siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado […]”[[2]](#footnote-2).

Es de anotar que por contrariar la prueba de referencia varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[[3]](#footnote-3), se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2o del artículo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. Pero es de anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[4]](#footnote-4), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentra huérfana y más por el contrario está acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba de referencia, con esos medios de conocimiento, en caso que tengan la contundencia o la relevancia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

Se debe precisar además, que tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte a la denominada teoría de “la prueba de corroboración periférica”, la cual, según la Alta Corporación, llevada al escenario de la prueba de referencia, especialmente en los casos de delitos sexuales, consiste en lo siguiente:

“**En el derecho español se ha acuñado el término “*corroboración periférica*”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado**[[5]](#footnote-5)**; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual**[[6]](#footnote-6)**; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.**

[…]

**Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.**

En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

Finalmente, debe insistirse en que **una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.**

[…]

Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. **En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable”**.[[7]](#footnote-7) -negrillas excluidas-

El mensaje que deja la jurisprudencia en cita, según lo comprende el Tribunal, es que el funcionario judicial debe analizar en todos los casos las razones para creer o para no creer en la versión del menor que se dice afectado, como quiera que se trata en síntesis de establecer la CONFIABILIDAD de su relato dentro del contexto probatorio, y para ello debe penetrar no solo en el contenido de su exposición propiamente dicha -bien directa o de referencia-, sino también en la forma como declara en juicio incluida su gesticulación y demás expresiones corporales en aquellos eventos en los cuales se cuenta con su presencia en la audiencia, e incluso adquieren relevancia tanto los indicios como los denominados contraindicios con miras a establecer si en verdad se dan aquellos elementos de corroboración periférica.

Siendo así, lo que aprecia la Sala mayoritaria es que varios de esos postulados que anuncia el precedente de la Corte se dan en el presente asunto, y por eso el Tribunal se dará a continuación a la tarea de analizarlos uno a uno:

Como ya se dijo, el juicio de responsabilidad que en el fallo opugnado se predicó en contra del encausado **CÉSAR ANTONIO GARCÍA**, se fundamentó en la credibilidad que se le concedió a una entrevista absuelta por la menor ofendida "A.C.C.V.", en la cual hizo una serie de sindicaciones y señalamientos en contra del hoy procesado como la persona que en varias ocasiones, cuando ella vivía con su abuela, la manoseó y besuqueó con fines lujuriosos, e incluso llegó a los extremos de accederla carnalmente.

De igual forma, vemos que en el fallo recurrido se adujo que los dichos de la menor ofendida no estaban huérfanos, en atención a que se encontraban corroborados con los testimonios rendidos por OLGA INÉS MARTÍNEZ QUINTERO (trabajadora social del Hospital Santa Mónica de Dosquebradas -Rda-), JUAN CARLOS RODRÍGUEZ GÁMEZ (médico general que atendió a la menor en urgencias del referido Hospital), JOSÉ FEDERICO GARTNER VARGAS (médico forenses que entrevistó a la menor y le realizó el examen sexológico), y ALEXA MILENA CASTRILLÓN LONDOÑO (defensora de familia quien entrevistó a la infante), quienes de una u otra forma podían dar fe de todo lo que la menor agraviada había afirmado.

Lo anterior significa que la sentencia se fundamentó en una prueba de referencia admisible, como lo fue la entrevista absuelta por la menor y cuyos dichos extraprocesales se encontraban acreditados de manera periférica con lo atestado por otras personas que tuvieron conocimiento de lo acaecido entre la agraviada y el procesado.

La inicial ponencia presentada por el magistrado MANUEL YARZAGARAY sostuvo que esas declaraciones debían ser consideradas como provenientes de simples y meros testigos de oídas, razón por la que no se encontraban en condiciones de corroborar de manera periférica los señalamientos que la ofendida hizo en contra del procesado, debido a que a esos testigos no les constaba nada de lo acontecido, ya que lo único que hicieron en el proceso fue fungir como una especie de “caja de resonancia” al narrar todo lo que a ellos a su vez les había dicho la menor cuando por determinadas circunstancias la atendieron.

Contrario a esa posición, la Sala mayoritaria observa que esas deponencias sí son relevantes en el caso en estudio, porque si bien no tuvieron un conocimiento personal y directo de lo acaecido, sí les constan varios datos que corroboran la CONFIABILIDAD de la versión que reprodujo la menor afectada en varios escenarios. Obsérvese:

OLGA INÉS MARTINEZ QUINTERO -trabajadora social- y JUAN CARLOS RODRÍGUEZ GÁMEZ -médico general de urgencias-, fueron las personas que atendieron a la niña A.C.CH.V. cuando su madre la llevó al Hospital para una cita médica de control de crecimiento y desarrollo. Dichos testigos coinciden en establecer que después de que el personal interno de la institución ilustró con fines pedagógicos a la menor respecto a que no podía permitir que otras personas la manosearan en sus partes pudendas, y que si ello ocurría debía ponerlo en conocimiento de manera inmediata a sus acudientes, la menor se puso nerviosa y entre sollozos contó lo acontecido con el abuelastro **CÉSAR ANTONIO GARCIA** las veces que permaneció en la finca de su abuela OLGA NUBIA MANZO, época para la cual contaba con 7 años de edad –se aclara que para el momento del control en el Hospital la menor ya contaba con 9 años-

Esas expresiones juradas no pueden ser indiferentes para la judicatura, como tampoco lo puede ser el contenido de la entrevista rendida por la menor en presencia de la Defensora de Familia Dra. ALEXA MILENA CASTRILLÓN LOIMDOÑO, así se tenga como prueba de referencia admisible, toda vez que todas ellas, apreciadas en conjunto como corresponde, son demostrativas de varios aspectos trascendentes, no porque así lo diga la Sala mayoritaria de este Tribunal, sino porque de esa manera lo dejó establecido la jurisprudencia citada en precedencia cuando indicó que los jueces tanto individuales como plurales debían tener presente, ENTRE OTRAS circunstancias corroborantes, las siguientes: “[…] **(i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado**[[8]](#footnote-8)**; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual**[[9]](#footnote-9)**; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos […]”**; pero además: **“[…] (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; […] (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente […]”.**

Y entonces preguntémonos:

1.- ¿La menor llegó a esa cita con el fin de declarar falsamente en contra del compañero de su abuela? Por supuesto que no, ella fue llevada circunstancialmente por la progenitora para un control de crecimiento y desarrollo, a consecuencia de lo cual y de manera espontánea afloró en ella la necesidad de poner en conocimiento de los allí presentes lo que la había sucedido.

2.- ¿La menor tenía algún interés malsano en contra del aquí procesado? Ni imaginarlo siquiera, todo era normal en el medio familiar hasta ese momento; tanto así que fue sorpresa un tal comentario de la menor. Luego entonces, por qué o para qué iba a inventarse un evento de esa naturaleza.

3.- ¿La menor fue parca en su relato, se limitó a hacer una indicación delictual vaga e imprecisa? De ninguna manera, ella no relató uno sino varios escenarios en los cuales tal proceder indebido se repitió, y lo hizo de manera circunstanciada con delimitación de tiempo y espacio, es decir, habló de que todo se presentó cuando ella contaba con siete años de edad (o sea unos dos años antes de su exposición), y cuando estaba conviviendo con la abuela en una finca de su propiedad ubicada en la Vereda “El Chuzo”, circunscripción rural de Santa Rosa de Cabal (Rda.). Luego entonces, si el afán era inventar algo comprometedor, por qué o para qué necesitaba recrear varias escenas para de una manera fría y calculada hacer que los que estaban allí le creyeran, como es lo que se quiere dar a entender.

4.- ¿La menor hizo esas narraciones en forma desapasionada, sin mostrar alteración en su ánimo? Lo contrario, tan pronto se le preguntó a ese respecto entró en llanto y entre sollozos expuso con sentimiento de dolor lo que había vivido, y en esos mismos términos lo hizo ante su señora madre en forma posterior.

5.- ¿La menor cambió de relato ante esos profesionales que por una u otra razón la atendieron en forma consecutiva? No, fue siempre uniforme en su versión tal cual se puede constatar con un cotejo entre lo vertido en sus entrevistas y en las respectivas anamnesis contenidas en los informes periciales.

Si esas son las repuestas que corresponden a esos interrogantes, entonces cómo pensar que los testimonios de esas personas antes citadas no sirven para nada que porque no estuvieron presentes al momento de los episodios criminosos y por tanto nada les consta.

Es que incluso la declaración del galeno FEDERICO GARCÍA GARTNER resulta ser relevante para todos estos efectos, por las razones que a continuación se exponen:

En su calidad de médico forense al rendir el dictamen sexológico practicado a la menor concluyó que la agraviada presentaba un «himen anular integro no elástico, lo cual indica que no ha sido desflorado», y que por lo tanto no había sido accedida carnalmente. Aseveración que sirvió de fundamento para que en el fallo opugnado se absolviera al procesado de los cargos endilgados en su contra por el específico delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Lo dictaminado por el citado perito en cuanto a su valoración profesional propiamente dicha o estimación científica que le fue solicitada oficialmente, debe ser considerado como prueba directa al tenor de la jurisprudencia:

"Plurales han sido los pronunciamientos de esta Sala donde se ha dicho que los testimonios de peritos expertos en sicología o siquiatría no son de referencia, porque, aunque generalmente obtienen información de la persona sujeta a examen, la razón de ser de su experticia no son los hechos de los cuales tienen conocimiento, ni la responsabilidad del enjuiciado, sino aspectos especializados que interesan al proceso, verbigracia la confiabilidad de su relato, siendo esta particularidad la que los distingue del testigo técnico […]”[[10]](#footnote-10).

Si ello es así, lo relevante de su intervención no es propiamente que la menor no haya sido desflorada, porque bien o mal lo único que ello demuestra es que el himen está intacto. Aquí lo a resaltar es que el mismo profesional ofreció una claridad según su conocimiento científico, en cuanto a que en su sentir tal circunstancia no desvirtuaba lo dicho por la víctima cuando sostuvo que el procesado la accedió carnalmente, es decir, no significaba que la menor estuviera mintiendo, toda vez que las afirmaciones de la infante bien pudieron ser fruto de su desconocimiento y falta de experiencia en temas erótico-sexuales.

Y esa apreciación del perito, en criterio de la Sala mayoritaria, tiene sentido, porque recuérdese que la cópula se consuma desde que el asta viril o los dedos penetran en el orificio vulvar, lo que se conoce como coito vestibular, según lo expresa el autor FRÍAS CABALLERO: “el delito se consuma con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar. No se hace necesario, pues, el coito vaginal, basta el vestibular, siempre que en él haya comienzo de penetración”. En igual sentido el autor PEDRO PACHECO OSORIO en su libro Derecho Especial, Tomo II, pg. 293, sostiene: “Y ¿cuándo ha de entenderse que se ha consumado la cópula?: por supuesto que cuando ha habido introducción del pene (o los dedos agregamos) al menos parcialmente, en una de las cavidades del cuerpo de la otra persona; pues desde entonces, y sólo desde entonces, puede decirse que se ha producido la unión carnal. Si no hay más que colocación del miembro entre las partes que constituyen la abertura externa de la cavidad respectiva, como son la vulva, los labios, las posaderas, no hay acceso por falta de conjunción. Pero efectuada ésta en virtud de haber penetrado, **así sea unos milímetros en la vagina** (aunque por rematar en un himen complaciente no haya desfloración) […] la cópula debe entenderse completa”.

Ahora, en cuanto a los argumentos defensivos y las pruebas que presentó en juicio con miras a aminorar el poder de convicción del material allegado por la Fiscalía, la Sala mayoritaria tiene para decir que antes de beneficiar al acusado, lo perjudican, y explicamos las razones que se tienen para hacer esa aseveración:

Lo primero a destacar es que el señor defensor de confianza se esmeró por hacer un trabajo juicioso y quiso intervenir en todos los detalles con miras a escudriñar los pormenores de la presente actuación. Atacó en primer término el valor legal de la entrevista rendida por la menor, al decir que no se había cumplido el protocolo correspondiente, como quiera que, si bien contó con la presencia del investigador del CTI y de la Defensora de Familia, la madre estuvo ausente para ese preciso instante y el papel de la defensora fue pasivo. Adicional a ello, presentó testimonios que daban cuenta de la buena conducta de su prohijado, en particular que no existían quejas de él en cuanto a haber abusado de otros menos; así mismo trajo a juicio tanto al sicólogo NELSON ESPINOSA OROZCO que entrevistó a la niña, como a la señora madre de ésta MARÍA ORALIA VELASCO TAPASCO.

Con respecto a la legalidad de las entrevistas rendidas por los menores víctimas en delitos sexuales, el Tribunal debe resaltar como ya lo ha tenido que hacer en otras oportunidades, que el protocolo existente en la materia no es rígido sino flexible, como quiera que lo importante a tener en cuenta es que se trata de un trabajo mancomunado que tiene un fin específico, nada diferente a la necesidad de no revictimizar al menor afectado y proporcionarle un ambiente propicio para una exposición espontánea.

Las reglas que orientan la materia objeto de discusión, son las siguientes:

“ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS. Los niños, las niñas y los adolescentes **podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos**. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

ARTÍCULO 193. CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL DE DELITOS **EN LOS CUALES SON VÍCTIMAS LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE LOS DELITOS**. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio **deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo**, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.

ARTÍCULO 194. AUDIENCIA EN LOS PROCESOS PENALES. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre **acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad.** Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente”

Nuestro Tribunal de Casación en materia penal, tuvo ocasión de analizar esas disposiciones en un caso en el cual la defensa consideró violatorio de la legalidad el no haber sido la defensoría de familia quien en forma directa interrogara al menor; y obsérvense los apartes pertinentes de la decisión del órgano de cierre:

“El **primero** acusa la circunstancia según la cual siendo la víctima del delito objeto de investigación menor de edad, era imperioso que el interrogatorio al que fue sometida en la audiencia del juicio oral lo hiciera la defensora de familia, previa aprobación del juez y no la psicóloga forense, conforme aconteció, según lo prevenido en la Ley 1098 de 2006.

**3.** Se tiene que con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, cuya finalidad principal es la de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el respeto de la dignidad e igualdad con miras a su armonioso desarrollo, se introdujeron algunas disposiciones en orden al cumplimiento de dicho cometido, específicamente tratándose de aquellos casos en que los menores deben intervenir como testigos, o como testigos-víctimas, entre otros procesos, en actuaciones penales.

Lo primero que se advierte con dicho cometido es que, por razón de la índole misma de la regulación, revestir de las mayores garantías la intervención de menores en actuaciones judiciales, a través de la participación de personas especializadas (como defensores de familia, psicólogos, entre otros), supone un mecanismo de protección del propio menor, en orden a no ser afectado por la vicisitudes propias de una participación de índole legal.

Precisamente los artículos 150 y 194 de la Ley en mención, con un criterio preservativo y tutor de los intereses y derechos de los menores, ha previsto un rito de formación de la prueba testimonial en que éstos tomen parte bajo dos supuestos distintos de tratarse simplemente de testigos o de testigos-víctimas de delitos en su contra.

[…]

**4.** La regulación prevenida en las referidas normas, si bien está directamente orientada a la protección del menor, no puede soslayarse sin afectar su válida incorporación en el juicio oral, o lo que es igual, que deben las autoridades judiciales y demás sujetos ceñirse rigurosamente a las reglas allí consagradas a efecto de la validez de la prueba.

En dicho orden, basta con observar el material desarrollo que tuvo en el caso concreto el juicio oral para constatar que el Juez de conocimiento cumplió con rigor los presupuestos exigidos por la Ley (art. 194 cit.) para recaudar el testimonio de la infante ofendida, como que la diligencia en cuestión no se llevó a efecto en el salón de audiencias sino en la sede del Juzgado, así como que se dejó expresamente anunciado que se impidió el contacto con el procesado y se empleó un mecanismo técnico para adelantar la diligencia, con presencia de la defensora de familia […] y de la psicóloga forense […], en forma tal que la presencia suya fue prenda de garantía como especialistas, en el adecuado interrogatorio a que fue sometida la niña violentada.

**Que en forma directa no fue, en el caso concreto la defensora de familia quien interrogó, según reprocha el actor, no vicia en manera alguna la prueba, visto como está que el manejo del interrogatorio fue directamente monitoreado por aquélla y cumplido por la otra especialista que atendió el caso, en un trabajo mancomunado –en apoyo de la Fiscalía y del proceso mismo-, eminentemente precautelar de los derechos de la menor como víctima y testigo”**.[[11]](#footnote-11)

Como se aprecia, la jurisprudencia resalta ante todo el trabajo mancomunado de los actores oficiales que intervienen en la actuación, por cuanto si bien puede no ser uno de ellos en forma específica quien formula directamente las preguntas, lo trascendente es que el interrogatorio se cumpla con la participación y el control de los restantes en orden a preservar las garantías sustanciales del menor. Y ese trabajo mancomunado, sin lugar a dudas, se cumplió en el caso que ahora nos convoca, sin que la presencia de la representante se torne en indispensable, como quiera que en ocasiones puede ser incluso perjudicial tal cual lo dio a conocer la Defensora de Familia en el presente asunto.

El testigo LUIS FERNANDO ARENAS DÁVILA fue presentado por el defensor con miras a pregonar la buena conducta anterior de su representado, en particular que no había abusado de los restantes nietos que allí llegaban con frecuencia y que también eran menores de edad. Lo que traduciría que se trata de una persona íntegra sin ese tipo de inclinaciones.

Ese, que podría ser un argumento atendible por constituir quizá un contraindicio por buena conducta anterior, en el entendido que no es lo normal que alguien cambie su forma de ser intempestivamente, sería válido en otras circunstancia, pero en el contexto del presente asunto contiene una premisa que a juicio de la Corporación es equívoca, porque se está generando como regla de experiencia que quien abusa de un menor abusa necesariamente de todos, o dicho a la inversa, quien no abusa de un determinado menor, es porque tampoco abusará de los restantes, y una tal aseveración no es consecuente con la realidad, porque en este tipo de situaciones el factor predominante es, sin duda, que la persona se sienta atraída por esa víctima, le guste y desee satisfacer con ella, no con otra, su deseo libidinoso.

Acto seguido la defensa llevó al estrado al psicólogo general NELSON ESPINOSA OROZCO, quien informa que entrevistó a la menor que se dice afectada y le practicó un test proyectivo del inconsciente, no para establecer la verdad o mentira de su relato, ni tampoco respecto al estimativo de un potencial problema de origen sexual precedente, sino simple y llanamente para establecer su “equilibrio emocional”, y a ese respecto encontró que se trata de una niña normal, sin trauma alguno, y feliz en lo personal y en su contexto familiar. Para la Sala mayoritaria, esa intervención deja mucho que desear, porque como lo pudo rescatar la delegada fiscal al momento del contrainterrogatorio, esa participación fue muy limitada y en ella se desconocieron los protocolos forenses que se encuentran diseñados para el manejo de niños abusados sexualmente, con lo cual las conclusiones no son determinantes para el caso concreto.

Por último, la defensa en un esfuerzo descomunal por quebrar la veracidad del relato de la infante, logró algo que no pudo obtener la Fiscalía, nada distinto a la comparecencia en juicio de la madre, señora MARÍA ORALIA VELASCO TAPASCO. Intervención que en criterio de la Sala mayoritaria, antes que beneficiar al acusado lo perjudica. Y lo perjudica no tanto o no solo porque ella haya aportado algo más comprometedor de lo que ya había referido la menor agraviada, sino porque confirma varios aspectos relevantes que indican que la infante A.C.CH.V. no mintió al efectuar ese señalamiento en contra del abuelastro. Veamos:

1.- La testigo es clara al sostener que su hija sí convivió en casa de la abuela y del compañero de está durante varias épocas con el fin de ir a la escuela, e incluso ratifica que es verdad que estuvo durante la referida Semana Santa.

2.- Da fe que en efecto llevó a la niña a un control al Hospital Santa Mónica de Dosquebradas y que allí empezó a llorar cuando relató esos acontecimientos que a ella le sorprendieron, nada distinto que el abuelastro había abusado sexualmente de ella.

3.- Admite que después de ese episodio formuló la denuncia y en casa interrogó a su hija con respecto a la verdad de lo acaecido, y la menor fue reiterativa en decir que eso sí había sucedido, instantes en los cuales se ponía a llorar.

4.- Aclaró sin embargo que pasado un tiempo la menor dejó de llorar por esa situación y cambió de posición para decir que lo que había dicho era mentira. A cuyo efecto sostuvo que así procedió que porque veía a la abuela pelear con su compañero sentimental, y como le daba pesar de ella se inventó todo esto con miras a que la abuela dejara al compañero.

5.- Acepta que dialogó con su mamá y le preguntó que si era verdad que su hija en una ocasión que venía del cafetal la estuvo llamando a gritos pero que ella no la escuchó, y la abuela de la menor dijo que eso sí había ocurrido.

6.- También deja en claro que nunca antes había conversado con su hija respecto al sexo y solo lo vino a hacer a raíz de ese episodio en el Hospital.

7.- Que el compañero de su mamá lo ha considerado un buen abuelo tanto con la menor afectada como con otros tres hijos, sin que antes se hubiera presentado problema alguno.

En criterio de la Sala mayoritaria, de todo lo anterior queda claro: (i) el indicio de oportunidad para delinquir de parte del aquí procesado; (ii) la espontaneidad del señalamiento en el momento en que se realizaba un control rutinario de parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud en el Hospital Santa Mónica; (iii) la ausencia de problemas previos entre agresor y agredida; (iv) la afectación evidente de la menor al hablar de esos episodios; y (v) el cambio repentino de su hija a efectos de ofrecer otra versión sobre el asunto.

Con respecto a esto último, es decir, la retractación de la menor y el cambio repentino en su estado de ánimo, llama fuertemente la atención del Tribunal el hecho de que los motivos que adujo ante su señora madre para esa transformación, son totalmente extraños, porque indicó que acusó al abuelastro con el fin de que la abuela se separara y lo dejara, lo cual no es lógico ni comprensible, porque: (i) de querer ese propósito le hubiera comentado directamente a la abuela lo ocurrido y no hubiera esperado para destapar semejantes comentarios ante los funcionarios del Hospital; y (ii) porque ella menos que nadie quería dañar ese hogar, como quiera que era feliz allí y tanto la abuela como el abuelo le proporcionaban todo lo que ella necesitaba.

Pero para rematar, al Tribunal le parece sumamente importante anotar que la actitud de la madre en el sentido de no apoyar a su hija hasta el final, tiene una explicación evidente: Tal cual ella lo mencionó, sintió que se había apresurado al denunciar al abuelo, que porque siempre se dijo que él había violado a su hija, pero después se enteró que el resultado del examen sexológico dio negativo para desfloración, es decir, comprendió que esa violación era una mentira y por eso cambió de posición.

Lo anterior, lo único que nos está indicando, es que la madre tiene un conocimiento errado de lo que es el abuso sexual, como quiera que para ella solo es delito cuando existe desfloración y por lo mismo acceso. Y como aquí no hubo supuestamente una tal penetración, entonces para ella nada de raro pasó. Se trata por supuesto de una interpretación absurda porque traduce que con los tocamientos no pasa nada, y ello dio pie a que no quisiera atender los posteriores llamados de la Fiscalía pero sí los que le hizo la defensa.

Y sumado a todo ello, por supuesto, llama la atención también el hecho de que la defensa no presentara a la menor en juicio pudiéndolo hacer, para soportar probatoriamente el argumento central según el cual ella se retractó ante su señora madre de lo dicho inicialmente.

Por todo lo expuesto, la Sala mayoritaria concluye que la señora juez de primer grado no se equivocó en su valoración probatoria y por lo mismo la determinación de condena que adoptó amerita plena confirmación.

Así las cosas, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de apelación.

Está decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinaria de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

-con salvamento de voto-

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 septiembre de 2011. Rad. # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016, SP-3332, Rad. # 43866. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 8a, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver entre otras: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del seis (6) de marzo de 2.008. Rad. # 27477; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Providencia del 4 de junio 2013. Rad. # 40893. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. ídem [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866 [↑](#footnote-ref-7)
8. Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015 [↑](#footnote-ref-8)
9. ídem [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 26 de febrero de 2014. AP-822-20I4. Rad. # 36624. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-10)
11. C.S.J., Casación del 23 de junio de 2008, rad. 29516, M.P. Alfredo Gómez Quintero. [↑](#footnote-ref-11)