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. : 66001600036201002972-01

Imputado: JAIRO DE JESÚS LARGO DE LEÓN

Proceso: Penal - Confirma sentencia condenatoria

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / CORROBORACIÓN PERIFÉRICA DEL TESTIMONIO DE LA VICTIMA. “**[L]as 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. (…) De todo ello lo que la Sala mayoritaria aprecia, es que es un absurdo pensar que ellas mintieron al momento de asistir al juicio, porque recuérdese que ambas (la menor afectada y su prima) después de los hechos se vieron forzadas a retornar a esa casa donde vive el agresor, es decir, casi que les tocó humillarse porque no tenían otra alternativa, pero no obstante ello y muy a pesar de todas las expectativas de la familia en que ellas se mantuvieran en la retractación que prometieron, finalmente se atrevieron a mantenerse en el contenido de la denuncia porque fueron enfáticas en decir en juicio que lo que allí se dijo era la verdad. (…) No entiende por tanto la Sala mayoritaria el motivo por el cual tanto la defensa como la inicial ponencia concentran su análisis única y exclusivamente en restar mérito a la conclusión acerca de la calificación de “lógico y coherente” que le concedió la perito al testimonio de la menor, soslayando los otros dos aspecto que para el Tribunal son igualmente relevantes. Y es que no son de poca monta, porque sucede que tal como lo explicó la profesional en psicología, la menor Y.T.G. tenía un pasado triste no obstante su escasa edad, y no solo eso, sino que ya había tenido varios intentos de suicidio; luego entonces, cómo pasar desapercibidas esas secuelas que requerían una intervención urgente y que por supuesto estaban indicando que ella padeció en su infancia un ultraje que no podía provenir sino del padrastro, porque que se sepa en ello no estuvo involucrada la madre ni por supuesto sus hermanitos menores. Es que precisamente la forma como la adolescente declaró en juicio es totalmente consecuente con lo que concluyó la perito, (…) En síntesis, no hay duda que algo grave y prolongado le sucedió a la adolescente en el interior de su hogar y por parte del padrastro, razón suficiente para que sintiera odio y rencor en su contra; empero, paradójicamente, en la inicial ponencia se saca a relucir ese resentimiento apenas natural de su parte, como una razón o motivo para querer perjudicar falsamente con la denuncia al padrastro, lo que por supuesto rompe los parámetros de una adecuada ponderación. (…) Así las cosas, la Sala mayoritaria es del criterio que no hay lugar a modificar la pena impuesta como quiera que la sentenciadora fue benévola en su dosificación al partir del mínimo establecido en la ley, y la porción adicional con ocasión del concurso no puede catalogarse como desmedida al estar acorde con la cantidad de acciones ejecutadas en un tiempo prolongado.”.

**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° 040

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Enero 26 de 2017, 10:07 a.m. |
| Acusado: | Jairo de Jesús Largo León |
| Cédula de ciudadanía: | 4´545.589 expedida en Riosucio (Cdas.) |
| Delito: | Actos sexuales abusivos con menor de 14 años |
| Víctima: | Menor Y.G.T.M. |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio fechado agosto 13 de 2013. SE CONFIRMA |

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

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

**1.1-** Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía mediante denuncia instaurada el 27 de mayo del 2.010 por parte de la Sra. ALBA LUCIA ORTIZ GUARUMO, la cual sindicó al Sr. **JAIRO DE JESÚS LARGO LEÓN** de haber estado abusando sexualmente de su prima "Y.T.G.M." desde cuando ella tenía 5 años de edad, a quien acosaba, manoseaba y besuqueaba de manera periódica las veces en las que ambos se encontraban a solas.

En dicha denuncia se escuchó el relato de la menor "Y.T.G.M.", de 13 años de edad para ese entonces, quien expuso que convive desde que tenía 5 años con el Sr. **JAIRO DE JESÚS LARGO LEÓN**, de 58 años de edad, el cual fungía como su padrastro en atención a que el susodicho sostiene una relación conyugal con su madre FLOR OMAIRA GUARUMO MORALES.

Expone la menor ofendida que los abusos de los que ha sido víctima tuvieron comienzo en el municipio de Irra, cuando ella tenía 5 años de edad, y que prosiguieron a partir del momento en el que ellos se mudaron para Manizales y luego a Pereira, siendo el 24 de mayo de 2.010 la última vez en la que tales eventos acontecieron, lo que se dio en el barrio Parque Industrial de esta capital una noche en la que después de una mudanza, el denunciado, su madre, ella y su hermanita decidieron dormir en un mismo colchón, oportunidad que aprovechó **JAIRO DE JESÚS LARGO** para desnudarla y manosearle la vagina.

**1.2.-** Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 03 de marzo del 2.011 ante el Juzgado 6o Penal Municipal de esta localidad con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado **LARGO LEÓN** se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado. Al procesado no se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento, en atención a que la Fiscalía declinó de presentar cualquier tipo de petición en tal sentido.

**1.3.-** El escrito de acusación data del 28 de marzo del 2.011, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2o Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 10 de Junio de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía acusó a **JAIRO DE JESÚS LARGO** como presunto autor del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

**1.4.-** La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 4 y 26 de octubre del 2.011, mientras que la audiencia de juicio oral, después de una serie de aplazamientos suscitados tanto por la Defensa como por la Fiscalía, se celebró el 20 de junio del 2.013, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones se emitió el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente el 13 de agosto del 2.013 se dictó la sentencia condenatoria en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**1.5.-** Mediante sentencia proferida en las calendas del 13 de agosto del 2.013 por parte del Juzgado 2o Penal del Circuito de Pereira, se declaró la responsabilidad penal del procesado **JAIRO DE JESÚS LARGO LEÓN** por haber incurrido en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo-sucesivo.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el procesado **LARGO LEÓN** fue condenado a purgar una pena de 216 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al procesado se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, razón por la cual en su contra se libró orden de captura.

Los argumentos esgrimidos por la juzgadora de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado **JAIRO DE JESÚS LARGO**, se fundamentaron en la absoluta y total credibilidad que se le concedió al testimonio rendido por la víctima Y.T.G.M. respecto a lo atestado por ella en contra de su padrastro **JAIRO DE JESÚS LARGO**, quien, según versión de la agraviada, desde que tenía 5 años de edad de manera libidinosa la manoseaba, toqueteaba y besuqueaba, para lo cual se amparaba en las sombras de la noche o aprovechándose de los momentos en los que ambos estaban a solas, de lo que su señora madre era indiferente a pesar de que sabía lo que acontecía.

En sentir de la funcionaria de primer nivel al testimonio de la ofendida se le debía otorgar credibilidad porque:

* Según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los testimonios de los menores de edad que han sido víctimas de delitos sexuales ameritan una especial credibilidad en sus atestaciones.
* De parte de la víctima no se avizoraba razón o motivo alguno para inventar lo que dijo en contra de su padrastro, ni se advirtió animadversión, resentimiento o ánimo de querer causarle daño.
* Lo atestado por la víctima, quien podía ser considerada como testigo único, es corroborado por: (i) la experticia de la psicóloga forense PATRICIA INÉS MEJÍA, quien expuso que era lógico y coherente el relato dado por la ofendida respecto de los abusos perpetrados por su padrastro; (ii) el testimonio de la médico forense ADRIANA JANETH MENDOZA, la cual hizo mención acerca de lo que la menor le dijo a ella de los acosos y manoseos a los que su padrastro la había sometido desde que tenía 5 años de edad; y (iii) lo atestado por ALBA LUCIA ORTIZ, prima de la víctima, quien al enterarse de lo acontecido la animó para que denunciara al padrastro, e igualmente expuso que sobre ellas habían ejercido presión varios familiares para que desistieran.

**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 presente asunto con el testimonio único rendido por la víctima Y.T.G.M. no era suficiente para poder dictar una sentencia de condena en contra del Procesado **JAIRO DE JESÚS LARGO LEÓN**, razón por la que el apelante solicitó la revocatoria del fallo confutado.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente adujo que si bien es cierto que con una prueba testimonial de naturaleza única es posible proferir una sentencia condenatoria, para llegar a esa meta se torna necesario que la versión del testigo único sea analizada y apreciada con sumo rigor científico en su coherencia, orden lógico y verosimilitud, lo cual no acontece en el presente asunto con el testimonio rendido por la menor Y.T.G.M., al cual la a quo se equivocó al concederle absoluta credibilidad a sus dichos, por lo siguiente:

* La menor ofendida en el devenir de la investigación ha ofrecido versiones contradictorias, tanto es así que ante la médico forense se retractó de todo lo que había dicho en contra de su padrastro.
* Es ilógico e inverosímil que nadie se diera cuenta de lo que acontecía a pesar que los abusos sexuales hayan sucedido durante tanto tiempo: desde que tenía 5 años hasta cuando cumplió los 13.
* Raya contra la lógica y la sensatez que el procesado no hubiera accedido carnalmente a la ofendida y que solo se conformara con los manoseos y tocamientos eróticos.
* El testimonio de la víctima no se encuentra apalancado con otras pruebas que respalden el contexto en el que según su versión ocurrieron los hechos.
* Se debe considerar como inverosímil el relato de la víctima, cuando expuso que la vez en la que ella, su madre y sus hermanos durmieron en un mismo colchón, su padrastro se valió de la ocasión para manosearle la vagina sin que nadie se diera cuenta de lo que pasaba entre ellos.

De igual forma el apelante, de manera subsidiara expresó su inconformidad con la tasación de las penas impuestas al procesado, en especial en todo aquello relacionado con los incrementos punitivos efectuados como consecuencia del concurso de conductas punibles, los cuales al corresponderá la mitad de la pena básica, los catalogó como de excesivos y desproporcionados, ya que si no había claridad respecto a las ocasiones en las cuales tuvieron ocurrencia los tocamientos libidinosos, tal situación de incertidumbre debía redundar en favor del procesado.

**2.1.-** Fiscalía –no recurrente-

Clama por la confirmación del fallo opugnado al rechazar las tesis de la discrepancia propuestas por el apelante con base en los siguientes argumentos:

* La victima actuó bajo el influjo del "síndrome de acomodación", lo cual fue ratificado por el testimonio de la psicóloga PATRICIA INÉS MENESES, por lo que prefirió guardar en silencio y en secreto lo acontecido con su padrastro, quien le recompensaba o premiaba ese silencio con favores y regalos.
* La versión de la menor ofendida, por ser lógica y coherente, debe ser apreciada como veraz y creíble.
* Si nadie se enteró de lo que sucedía, ello se debió a que la madre de la menor, por motivos de conveniencia, decidió guardar un silencio cómplice, tanto es así que cuando una prima de la agraviada, ALBA LUCIA ORTIZ GUARUM, se enteró de lo acontecido, procedió a acompañarla para que denunciara ante las autoridades lo sucedido.

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 alzada.

3.2.- Problema jurídico planteado

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

* ¿Con base en el testimonio único rendido por la víctima Y.T.G.M., se cumplían los presupuestos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?
* ¿Se respetaron en el fallo opugnado las reglas de dosificación punitivas que deben ser tenidas en cuenta en los eventos de concurso de conductas punibles?

**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.

De ese modo, la Sala mayoritaria sustentará su posición de condena en reciente precedente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes pertinentes son del siguiente tenor:

“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 los 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.

[…]

**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**[[1]](#footnote-1)**; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual**[[2]](#footnote-2)**; (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”**.[[3]](#footnote-3) -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 se aprecia por parte de la Sala mayoritaria, es que varios de esos postulados que anuncia el precedente de la Corte se dan en el caso que nos concita, y a continuación se pasa a analizar uno a uno:

* Supuestas contradicciones en el relato

La defensa sostuvo que la menor se contradijo en sus diversas intervenciones, tanto así que ante la psicóloga forense se retractó. La inicial ponencia también saca a relucir esta situación con mirar a aminorar la credibilidad en el dicho de la adolescente, a cuyo efecto se sostiene que ella mintió porque le tenía mucha rabia al padrastro ya que no la dejaba tener novio, y por el hecho de haber sacado a la prima de la casa por quedar en embarazo.

La Sala mayoritaria tiene una visión diferente del asunto por varios motivos:

La menor en realidad no se retractó. Cuando se le preguntó en juicio que si ella antes había ofrecido versiones distintas de lo sucedido, ella fue clara en decir que nunca había dicho algo diferente a lo que estaba expresando en juicio, y eso es cierto, ella no se contradijo porque su relato siempre fue uniforme en todos los escenarios en los que participó, es decir, ante la psicóloga forense, ante la médico legista cuando se presentó al examen sexológico, y finalmente ante la juzgadora de primer grado. Lo que ocurre es que ella “tuvo la idea de retractarse”, que es diferente, y así se lo dijo a la psicóloga forense, a cuyo efecto le puso de presente a esta profesional que se sentía presionada porque veía que por el hecho de haber denunciado al padrastro su familia iba a sufrir mucho, o sea su señora madre y sus hermanitos, ya que si a este señor lo metían a la cárcel no les iba a seguir colaborando, y como éste era el único proveedor de lo económico en ese hogar las consecuencias serían graves. Este episodio fue textualmente relacionado en el informe de psicología de la siguiente manera: **“Ha habido dificultades en la familia por esto que está pasando, sobre todo con el hermano de él, por eso yo cuando llegué aquí, al principio quería decir que nada había pasado, por lo que mi familia se puede quedar sin con que comer, pero no pude, es mejor decir la verdad […]”**.

Se pregunta la Sala mayoritaria: ¿acaso esa forma de proceder aniquila o aminora de algún modo la veracidad en el dicho de la menor Y.T.G.M.?, por supuesto que no, antes por el contrario, esa forma desprevenida y sincera de actuar de parte de ella, lo que amerita es una total comprensión de la problemática por la que estaba pasando y concederle pleno crédito a lo que se atrevió a contar a las autoridades.

Quien en verdad sí dio un relato variable ante la psicóloga forense fue la prima OLGA LUCÍA ORTIZ GUARUMO, porque ésta sí quiso opacar la contundencia del contenido de la denuncia con miras a no generar ese perjuicio que se veía venir al medio familiar por lo sucedido; sin embargo, fue esta misma deponente quien al ser interrogada en juicio dejó en claro que esa retractación de su parte ante la citada profesional obedeció a las presiones recibidas de la familia del padrastro denunciado, pero la verdad es la que contiene tanto la denuncia como la exposición que estaba haciendo en juicio.

Es que hablar de presiones de parte de la familia del denunciado es totalmente creíble, porque la experiencia enseña que eso es de común ocurrencia, con mayor razón cuando las víctimas en el delito son personas fácilmente sugestionables o atemorizables como lo son Y.T.G.M. y su prima, con mayor razón cuando se sabe del poder que sobre ellas ejerce el padrastro y los hermanos de éste en los términos en que ellas lo informaron en audiencia.

De todo ello lo que la Sala mayoritaria aprecia, es que es un absurdo pensar que ellas mintieron al momento de asistir al juicio, porque recuérdese que ambas (la menor afectada y su prima) después de los hechos se vieron forzadas a retornar a esa casa donde vive el agresor, es decir, casi que les tocó humillarse porque no tenían otra alternativa, pero no obstante ello y muy a pesar de todas las expectativas de la familia en que ellas se mantuvieran en la retractación que prometieron, finalmente se atrevieron a mantenerse en el contenido de la denuncia porque fueron enfáticas en decir en juicio que lo que allí se dijo era la verdad.

Incluso, finalmente y para rematar, puede indicarse que de aceptarse que ellas supuestamente mintieron como retaliación porque el padrastro “no dejaba hacer a la menor lo que se le viniera en gana”, o “por haber sacado de la casa a la prima por quedar en embarazo”, tales aseveraciones están fuera de contexto, porque con denunciar al padrastro no iban a lograr nada positivo, o sencillamente ya eso no tenía importancia porque: (i) tanto la menor como la prima se habían ido de la casa hacia la residencia de la tía, es decir, ya no tenían la influencia que ejercía sobre ellas el padrastro; (ii) en esas condiciones la adolescente ya podía hacer lo que se le viniera en gana en cuanto no estaba en esa casa de habitación; y (iii) con poner la denuncia tampoco iban a lograr que él cambiara de idea en cuanto al embarazo de la prima, y antes por el contrario generaban un daño colateral, que no era otro que el abandono al que quedarían expuestos tanto la madre como los hermanos menores, que ese sí que era un riesgo que no podían sortear y que al final sirvió de real presión para obligarlas a desistir de la denuncia, pero afortunadamente sin lograrlo.

* No exageración de los hechos

Se muestra extrañado el defensor recurrente, lo mismo que la inicial ponencia, por dos hechos en particular: (i) que a pesar de tanto tiempo y de la repetición de esos actos eróticos sexuales, no se hubiese dado la penetración vía vaginal; y (ii) que en el último de los episodios el hoy procesado hubiese desvestido a la menor y la hubiese tocado en varias de sus partes pudendas, cuando estaban ellos dos en compañía de la madre y una hermanita compartiendo el mismo colchón, y sin embargo éstas últimas no se dieron cuenta de lo que pasaba.

Para la Sala mayoritaria, ninguna de esas dos situaciones ameritan extrañeza y antes por el contrario existen potísimas razones para pregonar que la menor dijo la verdad, y se explica:

La niña Y.T.G.M. no agregó nada a lo realmente sucedido pudiendo obrar de otra manera más perjudicial. Ella fue clara al decir que no hubo penetración por la vagina, pero que sí le puso el pene entre sus piernas y allí “la mojaba”, e incluso aseguró que le introducía el dedo tanto por la vagina como por el ano. Luego entonces: ¿por qué no creerle, si lo que dijo es perfectamente comprensible dada la corta edad que tenía para esa época? Es más, hasta se puede asegurar que de esa versión lo que se extrae es que penetración sí hubo, y que el cargo que debió formular la Fiscalía tenía que ser más gravoso que el de unos simples actos sexuales. Obsérvese:

Tanto el defensor como la inicial ponencia parten del entendimiento equivocado que penetración no hubo que porque la menor presentó para el momento del examen sexológico un himen intacto y que éste tenía la condición de no elástico o no complaciente; sin embargo, la perito fue solvente al explicar en juicio que eso no impedía sostener que la niña sí pudo ser penetrada levemente con los dedos[[4]](#footnote-4) en el introito vaginal sin afectar el himen, o incluso por el ano como la adolescente lo aseveró. Y de nuevo la pregunta: ¿por qué o para qué, la menor iba a mentir en eso, si bien pudo sostener que la había penetrado igualmente con el asta viril, pero sin embargo fue sincera y se limitó a decir lo que en verdad había sucedido?, con el aditamento que finalmente el resultado del dictamen sexológico confirmó su versión.

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”.

Téngase presente, que si ese argumento prosperara y se convirtiera en regla para el análisis probatorio, entonces todo menor que denuncie tocamientos y no acceso podría ser tachado por ese solo motivo de fantasioso, bajo el equivocado supuesto que los agresores sexuales no se quedan en tan poco y siempre van más allá hasta alcanzar el acceso. Considera la Sala mayoritaria que esa no puede ser una premisa válida por ser opuesta a las reglas de la experiencia.

Pero la situación no para allí, porque también la menor fue sincera cuando dijo que hubo unos períodos en los cuales el padrastro cesó en esos tocamientos, el primero de ellos a partir del día en que la madre los sorprendió y le hizo el reclamo, a consecuencia de lo cual no volvió a tocarla; y el segundo, después de que lo denunciaron. La pregunta es elemental: ¿por qué o para qué la menor iba a hacer ese tipo de salvedades a favor del acusado, cuando bien pudo sostener a pie juntillas que en todo momento y lugar él siempre la tocó abusivamente?

Ahora, con respecto a que el episodio se repitió una noche cuando dormían todos en un colchón en la fecha en que se trasladaron a vivir al barrio Parque Industriales de esta capital, pero que sin embargo la mamá y la hermanita no se dieron cuenta de eso, la Sala aprecia que ello no tiene tampoco nada de extraño y antes por el contrario, repetimos, tal situación se presta para afianzar aún más la credibilidad de la adolescente afectada por lo siguiente:

Es cierto, los cuatro durmieron en un mismo colchón y el colchón era pequeño, pero Y.T. explicó al momento del contrainterrogatorio las posiciones que cada uno de ellos tenía, esto es, la mamá y la hermanita en un extremo, y el padrastro y ella en el otro, es decir, que ella quedó en uno de los bordes y el padre empezó a meter sus manos por dentro de sus prendas para acariciarla. Pero lo que no toma en cuenta ni la defensa en su recurso ni mucho menos la inicial ponencia en pro de los dichos de la afectada, es que tal situación generó un hecho que llama fuertemente la atención, y no es otro que a raíz de eso la niña se salió del colchón y prefirió dormir en el suelo; sitio éste en el cual la encontró la madre y la interrogó al respecto. A consecuencia precisamente de esa situación inusual, la menor le contó a su progenitora que estos episodios seguían presentándose, y la madre le hizo el reclamo al padrastro, pero como éste aseguró que era la menor Y.T. quien lo buscaba, entonces todo quedó tal cual. Sin embargo, a partir de ese momento la menor fue llevada por su madre a donde la tía, y allí se sobrevino la comunicación de lo que estaba pasando a la prima y ésta la apoyó para que denunciaran el hecho. Determinación que tomaron por el consejo que les dieron tanto la dueña de la casa donde vivía la tía, como del novio de la prima, quienes les expresaron que eso era un delito y estaban en el deber de ponerlo en conocimiento de las autoridades.

Nótese entonces que: (i) algo extraño sí sucedió esa noche en ese colchón, porque de no ser así todo lo demás no se habría desencadenado; y (ii) que la denuncia que finalmente se interpuso no fue idea de la menor afectada, sino de la prima quien vio la necesidad de ayudarla, y esto no se habría dado si no reciben el consejo y la orientación oportuna tanto de la dueña de la casa como del novio de la prima.

Siendo todo ello así como en efecto lo es, la Sala mayoritaria se pregunta: ¿en dónde queda entonces ese afán desmesurado, grosero y mentiroso de parte de Y.T.G.M. por perjudicar falsamente a su padrastro, si lo que se extrae del acervo probatorio mirado en su conjunto es que ella no quería denunciar, sino simple y llanamente que surgió una circunstancia que desencadenó lo inevitable, y a partir de allí, aunque tarde y sin la participación activa de la madre quien prefirió callar, las cosas se descubrieron por terceras personas que sí encontraron el camino correcto para poder ayudarla.

* Consecuencias nocivas de la ilicitud

Otro argumento en el que cabalga la defensa y la primera ponencia con miras a absolver al acusado, es que el hecho de que exista un peritaje en el cual se concluye que el relato de la menor es “lógico y coherente”, ello no es suficiente, porque un testimonio mentiroso también puede ser “lógico y coherente”, de lo cual dan fe múltiples casos en los cuales se han absuelvo a los procesados en delitos sexuales al establecerse que los menores se han inventado historias para perjudicar falsamente.

Ello es verdad, la Sala mayoritaria comparte esa apreciación. Pero ocurre que ese no es el caso de la menor Y.T.G.M., y vamos a explicar por qué:

En el contrainterrogatorio efectuado a la perito en psicología ella admite que el hecho de considerarse el testimonio como “lógico y coherente”, tal situación no conlleva *per se* que se le tenga como verídico, afirmación que es consecuente con la realidad procesal, como quiera que es al juez y no al perito a quien se le ha asignado esa facultad de valoración probatoria. Sin embargo, en el redirecto la perito fue enfática en sostener: (i) que esa conclusión de ser lógico y coherente no es una simple conjetura subjetiva de su parte, sino que es el resultado de evidenciar la forma como hizo su exposición la menor, la demarcación de detalles y circunstancias que hacían confiable su dicho, y la concatenación de idea que sólo podía realizar quien en verdad hubiese padecido un hecho de esa naturaleza; y (ii) que su intervención oficial no solo se limitó a decir que ese relato era “lógico y coherente”, sino que a ella también se le solicitó hacer un análisis acerca de otros temas adicionales, a saber: estado anímico y patologías que requieran tratamiento.

No entiende por tanto la Sala mayoritaria el motivo por el cual tanto la defensa como la inicial ponencia concentran su análisis única y exclusivamente en restar mérito a la conclusión acerca de la calificación de “lógico y coherente” que le concedió la perito al testimonio de la menor, soslayando los otros dos aspecto que para el Tribunal son igualmente relevantes.

Y es que no son de poca monta, porque sucede que tal como lo explicó la profesional en psicología, la menor Y.T.G. tenía un pasado triste no obstante su escasa edad, y no solo eso, sino que ya había tenido varios intentos de suicidio; luego entonces, cómo pasar desapercibidas esas secuelas que requerían una intervención urgente y que por supuesto estaban indicando que ella padeció en su infancia un ultraje que no podía provenir sino del padrastro, porque que se sepa en ello no estuvo involucrada la madre ni por supuesto sus hermanitos menores.

Es que precisamente la forma como la adolescente declaró en juicio es totalmente consecuente con lo que concluyó la perito, porque en los registros se aprecia cuando al momento de preguntársele respecto a qué era lo que le hizo el padrastro durante todo ese tiempo, ella entró en llanto y no fue capaz de seguir hablando, al punto que a petición de las partes la señora juez suspendió la audiencia por quince minutos para que la menor se reincorporara, tomara un aire y siguiera su exposición.

En síntesis, no hay duda que algo grave y prolongado le sucedió a la adolescente en el interior de su hogar y por parte del padrastro, razón suficiente para que sintiera odio y rencor en su contra; empero, paradójicamente, en la inicial ponencia se saca a relucir ese resentimiento apenas natural de su parte, como una razón o motivo para querer perjudicar falsamente con la denuncia al padrastro, lo que por supuesto rompe los parámetros de una adecuada ponderación.

* Corroboración periférica

Con todo lo que se ha expuesto, preguntémonos: ¿ahora sí puede decirse que lo dicho por la menor es inverosímil y está huérfano en el plenario? Desde luego que esa afirmación no puede ser admisible, no solo porque el dicho de la menor por sí mismo considerado sería suficiente para arribar a un fallo de condena, sino porque en el caso singular y por mucho que se diga por la defensa y por el inicial ponente que la prima ALBA LUCÍA ORTIZ GUARUMO, que la psicóloga forense PATRICIA INÉS MENESES ESCOBAR, y que la médico legista ADRIANA JANETH MENDOZA JIMÉNEZ, no son testigos directos, no les consta nada porque no presenciaron los episodios criminosos, y por lo mismo no pueden corroborar el dicho de la menor, se trata de una aseveración infundada porque todas ellas dan pautas fehacientes que indican que el testimonio de Y.T.G.M. es desde todo punto de vista CONFIABLE, y eso es precisamente lo que la Sala de Casación Penal le está indicando a los jueces tanto individuales como plurales que analicen al momento de juzgar un delito de esta naturaleza.

Corolario de lo expuesto, la Sala mayoritaria estima que la juez de primer grado no se equivocó al momento de hacer la valoración conjunta de la prueba como en derecho correspondía, y en consecuencia lo que procede es la condigna confirmación.

* Petición subsidiaria

El apreciado defensor solicitó del Tribunal una reconsideración de la pena impuesta a su protegido, como quiera que a su entender la funcionaria de instancia se excedió en su monto en cuanto realizó un incremento equivalente a la mitad de la pena básica por razón del concurso de conductas punibles, si en cuenta se tiene que no existe claridad respecto al número de ocasiones en que se presentaron esos tocamientos libidinosos, y tal situación de incertidumbre debe redundar a favor de su cliente.

Quizá podría tener razón la defensa cuando afirma que la cuantificación de todas las conductas concursantes debe calificarse de abstracta, genérica e indeterminada, y que una tal falta de concreción a ese respecto debería verse reflejada en una tasación más benévola para su representado; sin embargo, ello no es del todo cierto, porque si bien se hacía difícil por no decir imposible indicar el número de agresiones a la integridad sexual y fechas, con mayor razón atendida la escasa edad que poseía la menor afectada cuando esos episodios se empezaron a ejecutar, la realidad procesal enseña que todos los elementos de conocimiento ofrecidos dan cuenta de unos parámetros bien precisos, ellos son: (i) los hechos empezaron a registrarse a partir del momento en que Y.T.G.M. cumplió los cinco años y se postergaron hasta la edad de 11 años; (ii) ellos tuvieron ocurrencia cuando vivían en el municipio de Irra y la mamá comenzó a hacer vida marital con el padrastro, luego en Manizales unos pocos meses, y finalmente aquí en Pereira; (iii) está claro al decir de la menor afectada que eso pasaba casi todos los días, en todo momento, principalmente de noche, y que solo hubo unos pocos períodos en los cuales él suspendió esa actividad libidinosa sobre ella, los cuales coincidieron con aquellos momentos en que fueron sorprendido por la madre, y aquél otro a partir del instante en que fue denunciado.

Así las cosas, una tal imprecisión, si la hay, es abiertamente razonable para el caso concreto y no alcanza a desdibujar en lo más mínimo la aseveración según la cual se trató de multitud de actos concursantes que se prolongaron por un tiempo demasiado extendido en la vida de la infante; y mucho menos se desvanece la aseveración según la cual se trató de actos sumamente graves, como quiera que incluso el cargo atribuido se quedó corto frente a la realidad que se extrae de las pruebas.

Así las cosas, la Sala mayoritaria es del criterio que no hay lugar a modificar la pena impuesta como quiera que la sentenciadora fue benévola en su dosificación al partir del mínimo establecido en la ley, y la porción adicional con ocasión del concurso no puede catalogarse como desmedida al estar acorde con la cantidad de acciones ejecutadas en un tiempo prolongado.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de apelación.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término legal.

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. Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. ídem [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866 [↑](#footnote-ref-3)
4. De conformidad con el artículo 212 C.P.: “para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de **cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto**”. [↑](#footnote-ref-4)