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.

**TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / LA VIOLENCIA NO ES UN FACTOR ESENCIAL DE ESTE DELITO / VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA / DIFERENCIAS ENTRE PERITO, TESTIGO ORDINARIO Y TESTIGO EXPERTO O TÉCNICO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE EL DELITO DEMOSTRADO POR LAS PRUEBAS Y AQUEL POR EL QUE SE CONDENA AL PROCESADO / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.**

Es de anotar que como consecuencia de la insuficiencia probatoria que en muchas ocasiones caracteriza a los aludidos «delitos de alcoba», en los cuales son prácticamente escasas las pruebas directas, lo que conlleva a que se encuentran enfrentados los dichos de la persona agraviada con los del presunto perpetrador, tal situación ha dado pie para que una corriente de la victimologia, la cual aboga para que se le dé una mayor relevancia a los derechos de las víctimas, para así garantizar la satisfacción de los derechos que le asisten a la verdad y a la justicia, haya permeado el escenario del derecho probatorio, en el sentido de establecer que las declaraciones absueltas por las víctimas de los delitos sexuales, en especial cuando las mismas detentan la condición de menores de edad, tienen una gran solvencia probatoria y en consecuencia ameritan una especial confiabilidad.

Pero, lo antes expuesto, no quiere decir que las atestaciones rendidas por las víctimas de delitos sexuales, en especial cuando estas son menores de edad, pese a «la especial confiabilidad que ameritan», no necesariamente conlleva un mandato para que el Juzgador de instancia, de manera ciega y servil, automáticamente le conceda credibilidad a los dichos de la víctima, y en consecuencia tales declaraciones deban ser catalogadas como veraces, lo cual sería un sofisma que contrariaría con uno de los principios basilares con los que se soporta el derecho probatorio, como lo es el principio de la “Libre Apreciación”, en virtud del cual, para poder llegar a dicha meta, o sea la credibilidad que dimanaría del testimonio de las víctimas, se torna necesario que el funcionario judicial haya confrontado y cotejado las declaraciones del ofendido con el resto del acervo probatorio, para de esa forma determinar cuál sería el poder suasorio o el grado de convicción que amerita esa prueba. (…)

… en materia del derecho probatorio son diferentes los conceptos de perito, testigo ordinario y testigo experto o técnico, porque:

1. El testigo ordinario es toda aquella persona natural que vierte una declaración en un proceso sobre la ocurrencia o existencia de hechos, los que son objeto de la investigación o del juzgamiento, respecto de los cuales ha tenido un conocimiento directo y personal…
2. El perito es una persona, natural o jurídica, versada o experta en ciertos campos de la ciencia, la técnica o el arte que sin tener un conocimiento directo o personal de los hechos objeto del proceso, acude al proceso para rendir una declaración de ciencia o una experticia que facilite o posibilite el esclarecimiento o el entendimiento de ciertos hechos que requieren de ciertos conocimientos especiales, científicos o técnicos.
3. El testigo técnico es una persona que además de haber presenciado la ocurrencia de algunos hechos que se tornan relevantes para el proceso, igualmente tiene un conocimiento especializado de cierta ciencia o arte que de una u otra forma tienen algún tipo de relación con los hechos que advera, lo cual lo habilita para emitir opiniones, juicios o conceptos sobre los acontecimientos factuales que percibió con sus sentidos. (…)

… la Fiscalía erró en la calificación jurídica dada a los anteriores hechos, los cuales equivocadamente fueron adecuados típicamente en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (artículo 209 C.P.), reato este que en momento alguno consagra el factor de la violencia como uno de sus elementos o ingredientes esenciales, y más por el contrario se caracteriza por describir una conducta en la que sujeto pasivo le otorga o le concede su consentimiento al sujeto agente para que pueda satisfacer con ella su lujuria mediante el empleo de actos eróticos-sexuales diferentes del acceso carnal, pero con la connotación consistente en que dicho consentimiento se encuentra viciado por la inmadurez de la víctima.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta #1008 del 13 de noviembre de 2.018.

H: 02:30 p.m.

Pereira, catorce (14) de noviembre de Dos mil Dieciocho (2.018).

Hora: 08:13 a.m.

Procesado: RUFINO ARDILA TOVAR

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Radicación # 661706000066 2010 02128 01

Procede: Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve apelación en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Revoca fallo confutado y en consecuencia absuelve

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del trece (13) de enero del 2.017 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido de lo consignado en el escrito de acusación, se extracta que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura acaecieron en horas de la tarde del 30 de diciembre del 2.010 en el interior de un inmueble ubicado el barrio *“Camilo Torres”* del municipio de Dosquebradas, y están relacionados con un presunto abuso sexual al que fue sometida la menor *“M.I.C.M”*, de nueve años de edad para ese entonces, del cual se sindica como presunto autor al ciudadano RUFINO ARDILA TOVAR, quien para esa época tenía 46 años de edad.

Según se aduce en el libelo acusatorio, para esas calendas la menor *“M.I.C.M”* se encontraba jugando en la calle en compañía de varios amiguitos, cuando fue requerida por parte de RUFINO ARDILA TOVAR para que le hiciera un mandado, consistente en que le comprara en una tienda un refresco y unos mecatos.

Luego de que la infante regresó con el mandado, en el escrito de acusación se asevera que al serle este entregada a RUFINO ARDILA TOVAR, dicho fulano procedió a sujetar de las manos a la menor para jalarla e ingresarla a su residencia, y llevarla hacia una habitación, en la cual la arrojó en una cama en donde procedió a desvestirla para así poder manosearla en sus partes pudendas. Y no conforme con lo que el sátiro estaba haciendo con su víctima, de igual manera utilizó su asta viril para pasarla y sobarla por la región vaginal de la niña, pero no pudo accederla carnalmente ante la resistencia ofrecida por la menor, quien gracias a ello «l*ogró escapar de las garras del depredador sexual»[[1]](#footnote-1)*.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, la Fiscalía solicitó que se librara una orden de captura en contra del ciudadano RUFINO ARDILA TOVAR, la cual, luego de que se hiciera efectiva, suscitó para que ante ese mismo Juzgado, en las calendas del 6 de julio de 2.012, se llevaran a cabo las audiencias preliminares en las que se le imprimió legalidad a la captura del ahora Procesado y se le enrostraran cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 C.P. De igual forma en esas vistas preliminares el Juzgado de Control de Garantías se abstuvo de definir la situación jurídica del Procesado con medida de aseguramiento, razón por la que fue puesto en inmediata libertad.
2. El escrito de acusación data del 18 de julio de 2.012, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, ante el cual el 30 de enero del 2.013 se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le endilgó cargos a RUFINO ARDILA TOVAR como presunto autor del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 28 de febrero del 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en vistas públicas celebradas: el 28 y el 29 de septiembre de 2.015; el 22 de enero de 2.016 y el 3 de junio de 2.016. Posteriormente el 8 de agosto del 2.016 se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, razón por la que se ordenó la inmediata captura del encausado. Luego, el 13 de enero del 2.017 se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del trece (13) de enero del 2.017 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado RUFINO ARDILA TOVAR fue condenado a purgar una pena de 108 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos.

Los argumentos esgrimidos en el fallo de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado RUFINO ARDILA TOVAR, se fundamentaron en la absoluta y total credibilidad que se le concedió al testimonio rendido por la víctima *“M.I.C.M”* respecto a lo atestado por ella en contra del aludido procesado sobre los tocamientos libidinosos que le hizo a partir del momento en el que la ingresó a su domicilio, para desvestirla y manosearla, luego de que, a modo de pretexto, previamente le solicitó el favor consistente en que fuera a una tienda para comprarle un refresco y unos mecatos.

Las razones y motivos que se expusieron en el fallo opugnado para concederle absoluta credibilidad a los dichos de la menor agraviada sobre la ocurrencia de la agresión sexual de la cual dijo ser víctima, y en consecuencia con base en esa prueba poder cimentar el juicio de responsabilidad penal edificado en contra del acusado, son las siguientes:

1. Básicamente ha sido el mismo el relato brindado por la agraviada tanto en el juicio como lo que en el pasado le expuso a la policía judicial, a los médicos y al psicólogo forense, sobre lo acontecido, narración esta que se ha mantenido de manera clara, consistente y persistente.
2. Los dichos de la menor agraviada fueron considerados por el perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA como lógico y coherentes en atención a que los mismos guardaban una buena estructura interna. De igual forma el perito conceptuó que pese a lo acontecido, la menor no evidenciaba síntomas de trastornos psicológicos.
3. Las atestaciones de la víctima fueron corroboradas por el testimonio del médico JAMES NIETO LONDOÑO, quien adujo que los hallazgos encontrados en la región vaginal: laceraciones de los labios mayores y los leves eritemas, eran compatibles con maniobras propias de un abuso sexual.
4. Según lo consignado en el informe rendido por la trabajadora social JOHANA FIGUEROA, el cual fue objeto de estipulación probatoria, estaba demostrado que la menor después de ocurridos los hechos sufrió unos cambios comportamentales debido a que tenía miedo de dormir sola y se tornó agresiva y nerviosa.
5. No existían razones para que la menor mintiera, ya que las relaciones entre ambas familias eran buenas, tanto es así que en varias ocasiones el Procesado la utilizo como mandadera, y pese a que la daba dádivas, las mismas no eran producto de un comportamiento espontáneo ni desinteresado, sino de unas estrategias más bien propias de la seducción.
6. Se debe aceptar como válida la tesis propuesta por la apoderada de la víctima, con base en el testimonio rendido por Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, de lo cual se tiene que la niña no fue forzada ni obligada por el acusado, sino que por el contrario los manoseos que le hicieron fueron producto de una estrategia de seducción y de persuasión efectuadas por el Procesado, quien le daba dádivas a cambio de que Ella permitiera ese tipo de maniobras impúdicas.

Por ello, las declaraciones que la menor hizo en tal sentido, o sea el de haber sido forzada por el acusado y de la ardua lucha en la que se transaron, deben ser entendidas como el producto de unas excusas generadas a partir del momento en el que una vecina la vio acceder a la vivienda del acusado, con las cuales pretendía justificar su ingreso a ese inmueble.

De igual forma en el fallo opugnado, pese a que se reconoció como cierto y se dio por probado que el Procesado padecía de unas aflicciones a nivel lumbar y de la columna, de igual forma se descartó la tesis propuesta por la Defensa respecto de la imposibilidad que embargaba al Procesado para poder cometer el delito por el cual fue acusado, debido a que de las mismas pruebas que la Defensa allegó al juicio, se extraía que el Procesado no padecía de ningún tipo de discapacidad que se tornara incompatible con el abuso sexual o que le impidiera hacer otras actividades afines tales como seducir a la víctima o someterla a prácticas sexuales.

Finalmente en la sentencia confutada no se le otorgó ningún valor de convicción a los testimonios rendidos por los parientes y amigos del acusado, debido a que Ellos con sus declaraciones no le aportaban nada útil al proceso por no ser testigos directos de los hechos.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada para expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo opugnado, el cual catálogo de injusto por ser contrario a la realidad probatoria, se sustenta en dos hipótesis consistentes en:

1. El cuestionar la credibilidad de las atestaciones de la víctima, cuyo relato además de ser mendaz y fantasioso fue producto de manipulaciones e injerencias efectuadas por terceras personas.
2. El aseverar que el Procesado como consecuencia de una enfermedad calamitosa y perniciosa que lo aquejaba, se encontraba en imposibilidad de cometer los hechos que le fueron endilgados en su contra.

1. Respecto de la primera de las tesis de la discrepancia esgrimidas por el apelante, vemos que en la misma el recurrente cuestionó la credibilidad del relato de la menor agraviada, el cual es tildado de mendaz y fabulesco, ya que es imposible que las cosas hayan pasado como las quiere hacer ver la ofendida cuando en uno de sus relatos expuso que el sátiro la arrojó en una cama, pero que cuando dicho fulano se le iba para encima, con el propósito de quitarle la ropa, Ella procedió a propinarle una patada con la que lo estrelló en contra de un armario, lo que le brindó la oportunidad para huir de las garras del pervertido. Lo cual, en sentir del apelante, es improbable que pudiera ocurrir si se tiene en cuenta las pruebas que demuestran las diferencias habidas entre la contextura de la víctima y la del acusado: la niña para ese entonces pesaba 30 kilos y tenía una estatura de 1,24 metros; mientras que el Procesado pesaba unos 80 kilos y mide 1,83 metros.

De igual forma el apelante adujo que los relatos de la menor no son consistentes y persistentes, como de manera errada se afirma en la sentencia opugnada, debido a que en el devenir del proceso ha rendido versiones contradictorias y disimiles, ya que en un principio solo dijo que el procesado la manoseó, para luego afirmar que intentó violarla, a lo que le adicionó el episodio del forcejeo y de la patada, lo que posteriormente condimentó ante los médicos cuando a los galenos les dijo que el acusado le había metido *“la puntica”* del asta viril, y luego adujo que en otras pretéritas ocasiones el procesado la había sometido a actos de abuso sexual.

Asimismo, el recurrente manifestó que no es cierto, como se asevera en el fallo confutado, que el testimonio de la menor agraviada se encuentre corroborado por otras pruebas, porque:

1. Lo declarado por el médico JAMES NIETO LONDOÑO sobre los hallazgos que encontró en la región vaginal de la víctima y su compatibilidad con actos de abuso sexual, en momento alguno fueron confirmados por los peritos de medicina legal, porque en el presente asunto a la víctima no se le practicó por ese Entidad un examen sexológico. Además, se debe tener en cuenta que dichas laceraciones bien pudieron ser producto de una actividad que previamente la victima estuvo realizando como lo es el montar bicicleta, por lo que las mismas pudieron ser ocasionadas por el roce del sillín o por el uso de vestimentas no adecuadas para ejercer dicha actividad.
2. Lo atestado por la Sra. ELISANDRA PÉREZ LÓPEZ, a quien la víctima le dijo que con RUFINO ARDILA no le había sucedido nada; y lo declarado por GLORIA AMPARO SUÁREZ, quien afirmó que vio a la menor ingresar de manera voluntaria a la residencia del procesado, lo que descarta que ese acontecer hubiera sucedido mediante el empleo de la fuerza o de la violencia física.
3. Las manipulaciones que llevaron a cabo terceras personas, las cuales tenían como propósito el hacer ver al Procesado como un abusador de menores.
4. No se debió descartar de buenas a primera las declaraciones de ALBEIRO PÉREZ YÉPEZ, quien adujo que la menor maliciosamente lo quiso implicar en un episodio similar, con lo cual se demostraba la personalidad mentirosa y proterva de la agraviada.
5. Es producto de un invento todo lo dicho en contra del Procesado respecto de que Él de manera exclusiva le daba dádivas a la menor, lo cual en momento alguno fue probado por ninguna de las pruebas allegadas al juicio.

En igual sentido, el apelante reprochó el valor suasorio que se le dio al informe rendido por la trabajadora social JOHANA FIGUEROA, quien en su opinión no tenía la capacidad para conceptuar sobre las afectaciones psicológicas que sufrió la menor como consecuencia de unos cambios comportamentales que padeció, máxime cuando el perito JORGE OLMEDO CARDONA había expresado su opinión que no se evidenciaba que la menor hubiera sufrido daños psíquicos.

2. En lo que tiene que ver con la 2ª de las tesis que suscitó la inconformidad del apelante, vemos que en la alzada expuso que al proceso se allegaron unos testimonios rendidos por varios profesionales de la medicina, con los cuales se acreditó que el Procesado padecía de una enfermedad degenerativa e incurable que le ocasionó una discapacidad y una invalidez, por lo que tenía que ingerir unos medicamentos para paliar el dolor que esa enfermedad le infligía.

De igual forma, con esas pruebas, arguye el recurrente que también se demostró que el acusado, como consecuencia de los padecimientos que le generaba la discapacidad que lo afligía, no podía hacer grandes esfuerzos físicos ni cargar objetos pesados que excedieran los 5 kilogramos sin verse expuesto al riesgo de ser vencido por el dolor o de padecer graves e irreversibles lesiones.

Con base en lo anterior, la Defensa aseveró que como consecuencia de las patologías que aquejaban al acusado, no era factible ni posible que las cosas ocurrieran de la manera como la agraviada lo adujo en su testimonio, de la que se tiene que el Procesado se tranzó en una lucha o en un intenso forcejo con la menor agraviada, en la que la cargó para arrojarla en una cama, ya que por el peso de la infante, 30 kilos, no podía hacer tales cosas sin verse expuesto a ser vencido por el dolor o de agravar su condición médica hacia un daño más severo e irreversible.

En suma, acorde con los argumentos propuestos por el apelante como tesis de su discrepancia, le solicita a la Sala la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se absuelva al Procesado RUFINO ARDILA TOVARde los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Finalmente, bien vale la pena resaltar que en la actuación figura un escrito presentado supuestamente a nombre del acusado, y decimos eso porque carece tanto de firma como de fecha de creación[[2]](#footnote-2), así como de nota de recibido por el Juzgado. En dicho memorial, quien lo creo, a modo de descargos, pretende ofrecer una explicación de lo acontecido, al afirmar que todo fue producto de una maliciosa fabula fraguada por la menor agraviada a modo de retaliación debido a que en horas de la mañana de ese día el acusado le llamó severamente la atención por haberlo mojado o salpicado con agua con la cual Ella estaba jugando en la calle.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para fungir como no recurrente, tanto la Fiscalía como la apoderada de las víctimas presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, en los cuales claman por la confirmación del fallo opugnado al rechazar las tesis de la discrepancia propuestas por el apelante, con base en los siguientes argumentos:

1. La Fiscalía en sus alegatos de no recurrente adujo que:

* 1. El fallo es producto de un juicioso análisis que se hizo de las pruebas debatidas en el juicio, el cual se ajusta a la realidad procesal, con el que se demostró, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del Procesado.
  2. No se descartó que pese a la discapacidad que padecía el procesado para hacer ciertas labores, no estaba inhabilitado o incapacitado para ejercer actividades sexuales.
  3. Al testimonio de la víctima se le debe creer debido a que no existían razones para que mintiera o faltara a la verdad, aunado a que sus dichos fueron corroborados por otras pruebas.
  4. No se debe tener en cuenta el escrito presentado por el procesado, con el cual pretende dar su versión de los hechos, ya que lo que está haciendo de manera tardía debido a que dejó fenecer la oportunidad que tenía para proceder en tal sentido, en atención a que en el devenir del juicio prefirió guardar silencio.

1. La apoderada de las victimas expuso:
   1. Son falsas las aseveraciones efectuadas por el apelante respecto a que la víctima había declarado que el acusado la cargó para arrojarla en una cama en donde procedió a abusar de Ella, porque lo que en verdad la menor dijo fue que el Procesado la asió de la mano para llevarla hacia el interior de la habitación en donde acontecieron los hechos lúbricos.
   2. La menor en momento alguno fue manipulada por terceras personas para que dijera falacias en contra del Procesado, y por el contrario muchas de las cosas que dijo, como el episodio en el que repelió con una patada la agresión del acusado, bien pudieron ser producto del miedo y la vergüenza que la embargaba de admitir la verdad de lo que en verdad sucedió, respecto a que se dejó manosear por el acusado a cambio de que Él la compensara con un refresco y unos mecatos, cuando fue indagada y recriminada por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, a partir del momento en el que la vio ingresar y luego salir de la casa del procesado bebiéndose un refresco y comiéndose unas papitas fritas.
   3. Existían razones o motivos para otorgarle credibilidad al testimonio de la menor ofendida, ya que sus dichos, de una u otra forma se encuentran corroborado por: a) El testimonio de la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, quien afirmó haber visto cuando la menor entró a la casa del acusado en su compañía, para luego verla salir con un refresco y una bolsa de papas fritas; b) Los hallazgos encontrados en la región vaginal de la agraviada por parte del médico JAIME NIETO, los cuales, según opinión de ese galeno, eran compatibles con un abuso sexual.
   4. Si bien, a pesar de ser cierto que el Procesado como consecuencia de una enfermedad que lo aquejaba no podía hacer grandes esfuerzos físicos, pese a esa limitación ello no le impedía, como bien lo dijo la Dra. MARÍA HELENA MONTOYA, que pudiera caminar bien y que no pudiera hacer ciertos esfuerzos físicos. Además, según esa prueba, el tratamiento al cual se le sometía tenía como finalidad el paliarle el dolor, pero dichos fármacos no afectaban su deseo sexual ni le impedían que pudiera tener una erección en su miembro viril.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- 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 # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

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 desprende como problema jurídico principal, el siguiente:

¿Se incurrieron en errores en la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que no se tuviera en cuenta que con las pruebas aducidas al proceso no se satisfacían con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR?

De igual manera, la Sala como problema jurídico coyuntural, percibe el siguiente:

¿Se vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR como consecuencia de una inconsonancia habida en el libelo acusatorio, en el cual a los hechos jurídicamente relevantes se les dio una errónea calificación jurídica, al adecuarlos típicamente a un delito que no correspondía con el contexto factual de la acusación?

**- Solución:**

**1) LOS CARGOS RELACIONADOS CON LOS PRESUNTOS YERROS EN LOS QUE SE INCURRIERON EN LA APRECIACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO.**

La tesis de la discrepancia propuesta por el apelante en la alzada gira en torno de cuestionar el absoluto grado de credibilidad que en el fallo opugnado se le concedió al testimonio rendido por la menor agraviada *“M.I.C.M”*, lo cual en sentir del apelante es errado, debido a que en el proceso existían pruebas, que no fueron valoradas adecuadamente, las cuales minaban la credibilidad de los dichos de la víctima, los que en opinión del recurrente tenían algo de fabulescos e inverosímiles. A lo que se le debía aunar que al proceso se allegaron otras pruebas con las que se demostró que el Procesado padecía de una calamitosa enfermedad que le imposibilitaba llevar a cabo grandes esfuerzos físicos, por lo que carecía de la capacidad de poder perpetrar las conductas lujuriosas que presuntamente le fueron endilgadas en su contra por parte de la menor ofendida.

Como punto de partida para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, la Sala tendrá en cuenta que en efecto, como bien lo adujo tanto el apelante como los no recurrentes, el pilar fundamental con el cual se cimentó el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, radicó en el absoluto y total grado de credibilidad que en el fallo confutado se le concedió al testimonio rendido por la víctima *“M.I.C.M”,* el cual debe ser catalogado como prueba testimonial única, ya que no existe elemento de juicio alguno que de manera directa ratifique o infirme las atestaciones que la agraviada hizo respecto del episodio lúbrico acontecido entre Ella y el acusado ARDILA ESCOBAR.

Tal situación, como acertadamente se dijo en el fallo confutado, es algo propio y característico de los delitos sexuales, los que han sido catalogados por la criminología como «*delitos de alcoba»*, en atención a que el testimonio de la víctima, en muchas ocasiones, es la única prueba de cargo habida en contra del acriminado, lo cual se debe porque el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, para saciar su libido con ventaja y sobreseguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos lujuriosos, así como de la ausencia de miradas indiscretas, o la vulnerabilidad o la excesiva confianza que le depositan las víctimas.

Es de anotar que como consecuencia de la insuficiencia probatoria que en muchas ocasiones caracteriza a los aludidos «*delitos de alcoba»*, en los cuales son prácticamente escasas las pruebas directas, lo que conlleva a que se encuentran enfrentados los dichos de la persona agraviada con los del presunto perpetrador, tal situación ha dado pie para que una corriente de la victimologia, la cual aboga para que se le dé una mayor relevancia a los derechos de las víctimas, para así garantizar la satisfacción de los derechos que le asisten a la verdad y a la justicia, haya permeado el escenario del derecho probatorio, en el sentido de establecer que las declaraciones absueltas por las víctimas de los delitos sexuales, en especial cuando las mismas detentan la condición de menores de edad, tienen una gran solvencia probatoria y en consecuencia ameritan una especial confiabilidad[[3]](#footnote-3).

Pero, lo antes expuesto, no quiere decir que las atestaciones rendidas por las víctimas de delitos sexuales, en especial cuando estas son menores de edad, pese a *«la especial confiabilidad* *que ameritan»*, no necesariamente conlleva un mandato para que el Juzgador de instancia, de manera ciega y servil, automáticamente le conceda credibilidad a los dichos de la víctima, y en consecuencia tales declaraciones deban ser catalogadas como veraces, lo cual sería un sofisma que contrariaría con uno de los principios basilares con los que se soporta el derecho probatorio, como lo es el principio de la *“Libre Apreciación”,* en virtud del cual, para poder llegar a dicha meta, o sea la credibilidad que dimanaría del testimonio de las víctimas, se torna necesario que el funcionario judicial haya confrontado y cotejado las declaraciones del ofendido con el resto del acervo probatorio, para de esa forma determinar cuál sería el poder suasorio o el grado de convicción que amerita esa prueba[[4]](#footnote-4).

Razón por la cual, acorde con el principio de marras, la doctrina ha dicho:

“La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y acuerdo con las reglas de la sana critica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento……”[[5]](#footnote-5).

Por ello, acorde con lo expuesto hasta ahora, la Sala válidamente puede concluir que no necesariamente se le debe conceder total y absoluta credibilidad ni veracidad a las atestaciones incriminatorias rendidas por las víctimas de un delito sexual en contra del presunto agresor, ni siquiera cuando el agraviado detente la condición de menor de edad, por el simple y mero prurito consistente en que dicha declaración provino del ofendido, ya que, como bien se dijo en los párrafos anteriores, para llegar a dicho grado de convicción se torna necesario cotejar y confrontar las atestaciones del perjudicado con el resto del acervo probatorio, el cual podrá: corroborar y ratificar los dichos del agraviado, o infirmarlos al tornarlos en mendaces, o mermar su credibilidad.

Frente a lo anterior, a modo de colofón, la Sala considera, por ser de utilidad al caso en estudio, traer a colación lo que la Corte ha dicho sobre este tópico, en los siguientes términos:

“La Corte se ha ocupado a espacio de precisar que en los niños víctimas de abuso sexual puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran.

Pero esa precisión en modo alguno significa, y la Sala no lo ha dicho así, que los niños no puedan faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación. Por el contrario, se ha explicado que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate.

Con el Ministerio Público y el magistrado disidente del tribunal, debe admitirse que los niños, incluso desde una edad precaria, pueden cambiar la realidad percibida al relatarla, máxime si de ello existe la posibilidad de percibir algún beneficio.

Como lo anota el magistrado que salvó su voto, algunos estudios, soportados en pruebas de campo, concluyen que los niños mienten y lo hacen con tanta tranquilidad que a veces resulta imposible distinguir su comportamiento verbal del de aquellos que dicen la verdad (Eugenio Garrido Marín y Carmen Herrero, Universidad de Salamanca, “El testimonio infantil”, en “Psicología jurídica”, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero, Pearson Prentice Hall, Madrid, 2006).

En el campo nacional se concluye de manera similar, esto es, que algunas investigaciones demuestran que los niños mienten, lo cual

hace parte de su proceso de desarrollo, en el entendido de que en su estructura sicológica la fantasía y la realidad se entrecruzan, en lo cual influyen muchas circunstancias, como que se les dificulta atender a varios estímulos a la vez y ajustar toda la información en un relato que coincida con la realidad, o porque confunden en un todo lo concreto y lo abstracto, o reciben influencia de terceros, etc. (Adriana Espinosa Becerra, “Aportes de la psicología forense al abordaje de los delitos sexuales”, Defensoría del Pueblo, USAID, serie “Curso de nivel de énfasis”, tomo iv, Bogotá, 2012).

Si lo anterior puede suceder (no se postula una regla general) con niños de edad temprana, la situación se muestra más viable cuando se trata de pre y adolescentes, máxime si estos, como en el caso analizado, se muestran en extremo precoces y han recibido una abundante influencia externa, especialmente del internet, al cual tenían un acceso ilimitado, curiosamente en casa de sus tíos, los acusados, resultando diestros en el manejo de los computadores y en la “navegación por la red”, lo cual no es de extrañar en los tiempos que corren….”[[6]](#footnote-6).

Al tomar todo lo dicho con antelación como marco conceptual para poder resolver el principal de los problemas jurídicos propuestos por el apelante, se tiene, como bien se expuso en párrafos precedentes, que la piedra angular con la cual se sustentó el juicio de responsabilidad criminal que en el fallo confutado se pregonó en contra del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, se soportó en el absoluto y total grado de credibilidad que se le concedió al testimonio rendido por la menor *“M.I.C.M”*, debido a que sus dichos, según se afirmó en el fallo confutado, de una u otra forma, se encontraban corroborados por: a) El testimonio rendido por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, quien se dio cuenta cuando la menor salía de la casa de habitación del acusado; b) Lo certificado por la trabajadora social JOHANA FIGUEROA, sobre unos cambios comportamentales que la agraviada tuvo después de la ocurrencia de los hechos; c) La persistencia de los señalamientos que la víctima hizo en contra del acriminado en diferentes escenarios; d) Lo expuesto por el perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA, quien afirmó que los dichos de la víctima debían ser considerados como lógicos y coherentes en atención a que los mismos guardaban una buena estructura interna; e) Los hallazgos encontrados en el cuerpo de la ofendida por parte del médico JAMES NIETO LONDOÑO, quien adujo que estos eran compatibles con maniobras propias de un abuso sexual.

Acorde con lo anterior, a fin de determinar si le asiste o no la razón a los reproches formulados por el apelante en contra de los argumentos expuestos en el fallo confutado para concederle total y absoluta credibilidad al testimonio rendido por la menor *“M.I.C.M”*, se hace necesario por parte de la Colegiatura hacer un análisis de lo atestado por la menor de marras, de lo cual se tiene lo siguiente:

* Conoce al Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, debido a que la esposa de dicho fulano es tía suya. Las relaciones familiares habidas entre ellos son buenas. Igualmente sabe por su tía que RUFINO padece de una enfermedad consistente en un problema en la columna, pero que eso no le impedía caminar bien.
* El día de los hechos[[7]](#footnote-7), Ella vestía de *shorts*, se encontraba jugando con varios amiguitos en la calle y estaba montando una bicicleta, cuando se dio cuenta que RUFINO salió de su casa y la llamó para solicitarle el favor consistente en que fuera a una tienda cercana a comprarle un refresco[[8]](#footnote-8) y un paquete de papas fritas. Expuso que accedió hacerle dicho favor, para lo cual dejó tirada en el andén la bicicleta en la que se movilizaba y se fue caminando hacia la tienda.
* Luego de regresar con el mandado, al entregárselo a RUFINO, dicho fulano la sujetó de una de sus manos y la jaló hacia el interior de la vivienda, en la cual se encontraba solo. Y una vez que estuvieron adentro, RUFINO la llevó hacia una cama en donde la lanzó para luego proceder a bajarle los pantalones o *shorts*. Igualmente expuso que RUFINO también se bajó los pantalones y se le montó encima, pero que Ella no lo dejaba, y en el instante en el que lo tenía encima, Ella le propinó a su agresor una patada a la altura de las rodillas, lo que hizo que cayera sobre un armario[[9]](#footnote-9), lo cual le brindó la oportunidad de levantarse de la cama y salir corriendo hacia la puerta de la casa.
* Estando en la calle, como quiera que salió corriendo y llorando de la casa de RUFINO, ello le llamó la atención a la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, vecina del sector, quien estaba asomada en la ventana de su casa. La cual procedió a increparla para que le dijera lo que le pasaba, y ahí fue cuando Ella decidió contarle lo sucedido con RUFINO.
* Al ser enterada la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ de lo que le había acontecido a la menor, procedió, en asocio con la Sra. ERICA ORREGO, a revisarle la región vaginal, en donde encontraron restos de semen y un vello púbico[[10]](#footnote-10). Y ante semejantes hallazgos, Ellas llamaron a su Papa, GIOVANNI CASTAÑO, quien a su vez la llevó hacia el hospital, en donde la atendieron.
* Finalmente, la ofendida adujo que en otras ocasiones había ingresado a la casa de RUFINO ARDILA TOVAR, pero aclaró que no recordaba cuando lo había hecho.

Al confrontar las atestaciones de la menor *“M.I.C.M”* con las pruebas de cargo, y algunas de las pruebas de descargos, habidas en el proceso, para de esa forma determinar si dichas declaraciones se encuentran o no corroboradas, la Sala encuentra lo siguiente:

* La testigo GLORIA AMPARO SUÁREZ, adujo que el día de los hechos se encontraba cuidando a una nieta, la cual jugaba con otros niños, entre Ellos la menor *“M.I.C.M”*, quien estaba montando una bicicleta. Igualmente expuso que se percató del momento en el que RUFINO ayudaba a la niña con la bicicleta, la cual cargó al hombro para llevarla al interior de la casa en donde la menor residía, con quien ingresó hacia dicho lugar, y que luego ambos salieron de ese sitio, y ahí fue que se dio cuenta que la menor se había cambiado de prendas de vestir, lo que le llamó poderosamente la atención, porque cuando estuvo conduciendo la bicicleta vestía de *jeans*, pero luego que salió de su casa lo hizo con unos *shorts*.

Luego observó cuando la menor, por voluntad propia, se fue para la casa de RUFINO, en donde no duró mucho, y al salir se sentó en un andén para proceder a deglutir el contenido de un paquete de papitas fritas con una botella de una bebida a base de malta, lo que le generó más suspicacias, razón por la que se puso a increparle a la niña para que le diera las explicaciones del caso sobre la procedencia de las frituras y del refresco, así como de lo que estaba haciendo al interior de la casa de RUFINO, y como quiera que amenazó a la niña con contarle a la mamá de todo de lo que Ella se había dado cuenta, ahí fue cuando la menor irrumpió en llanto y le dijo que no le dijera nada a la mamá porque la zurraban, e igualmente procedió a contarle lo que le sucedió con RUFINO, quien la había manoseado[[11]](#footnote-11).

* La testigo ERICA ORREGO GARCÍA, adujo que se encontraba en su domicilio, cuando escuchó los llantos de la menor, y al salir para ver lo que pasaba, oyó como le decía a su madre sobre lo que le había pasado con RUFINO. Razón por la que Ellas llevaron a la niña al interior de una habitación en donde le revisaron los genitales, y le encontraron un vello púbico y algo parecido a restos de semen. Ante tales hallazgos decidieron llamar al padre de la niña, a quien le enteraron de lo acontecido.
* El testigo JAMES NIETO LONDOÑO, quien es el médico del hospital *Santa Mónica* que atendió a la menor cuando la llevaron a ese centro asistencial, adujo que después de revisarle los genitales a la infante, se dio cuenta que en la región vaginal presentaba unas laceraciones y eritemas recientes, propios de una manipulación, las cuales, en su opinión, eran compatibles de un abuso sexual realizado mediante *«una agresión efectuada con fuerza corporal*».

De igual forma, con ese testigo se introdujo la historia clínica de la paciente, en la cual se resaltó que la menor decía que padecía de dolores en la región vaginal[[12]](#footnote-12). De igual manera, en dicho documento aparece consignado un breve relato dado por la menor sobre lo que le había sucedido, en el que hace mención del episodio relacionado con la forma como RUFINO ARDILA TOVAR se la llevó por la fuerza al interior de su vivienda, luego que le pidiera el favor que le comprara un refresco, y adicionó otro acontecimiento, consistente en que después que RUFINO ARDILA la desnudo, dicho sujeto procedió a introducirle el pene en la vagina.

* La trabajadora social LEYDI JOHANA FIGUEROA, presentó un informe relacionado con una visita socio-familiar, cuyo contenido fue estipulado por las partes, en el cual expuso que se enteró por boca de la Sra. GLADIS CECILIA MARÍN, abuela de la menor, que la niña, luego de ocurrido los hechos, había sufrido unos cambios en su comportamiento, tales como: temor a dormir sola, tornarse más agresiva y episodios de nerviosismos.
* El perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA, después de analizar una declaración rendida por la víctima durante la investigación, la cual, bien vale la pena destacar que en momento alguno fue introducida al proceso, y luego de entrevistar a la menor, llegó a la conclusión consistente en que el relato vertido por la víctima, debía ser considerado como lógico y coherente porque guardaba una buena estructura interna. Asimismo el perito adujo que la menor presentaba un buen estado psicológico y mental, por lo que no evidenciaba signos ni síntomas de trastorno mental ni psicológico.

De igual manera, bien vale la pena resaltar que ante el contrainterrogatorio al que fue sometido por la Defensa, el perito reconoció que lo consignado en el expediente fue uno de los soportes en los que fundamentó su opinión experta, e igualmente admitió que no todo relato lógico y coherente es cierto, porque en muchas ocasiones una persona puede ofrecer un relato mendaz o falso que también pueda presentar una buena estructura interna que lo torne en lógico y coherente[[13]](#footnote-13).

* El testigo JOSÉ CASTAÑO CORREA, expuso que en horas de la mañana del 30 de diciembre del 2.010, a eso de las 09:30 horas, estuvo visitando a su amigo RUFINO ARDILA TOVAR, al cual conoce debido a que ambos son feligreses de la misma comunidad religiosa, con quien se puso a ver un video, pero que RUFINO decidió recostarse en una cama porque le dolía la espalda, y ahí fue cuando oyó cuando RUFINO le hacía unos reproches y reclamos a una niña que estaba en la calle jugando con agua, quien le había tirado dicho fluido por la ventana.
* La testigo MARÍA EMA ARIAS RIVERA, vecina del sector, manifestó que en horas de la mañana del 30 de diciembre del 2.010, a eso de las 10:30 horas, estuvo supervisando a sus hijos, los cuales jugaban en la calle con los hijos de RUFINO y con la niña *“M.I.C.M”.*
* Los médicos BLAZ CÁRDENAS MARTÍNEZ; JORGE IVÁN OSPINA y ANTONIO VILLADIEGO HERNÁNDEZ, quienes después de analizar el contenido de un examen de resonancia magnética que en el pasado le fue practicado en la columna lumbar del ahora Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, aseveraron que el susodicho padecía de una patología relacionada con una degeneración discal causada por el abombamiento de algunos discos de la columna vertebral.

En igual sentido, en la sentencia apelada se dice que la médica MARÍA HELENA MONTOYA, cuando absolvió testimonio adujo que el procesado padecía de una enfermedad degenerativa ocasionada por una osteoartrosis en los huesos y por los desgastes de muchos de los discos de la columna vertebral, lo que le impedía levantar objetos pesados que excedieran cinco kilos, razón por la que al paciente se le aconsejaba que no se agachara ni que hiciera repeticiones, lo que le podía ocasionar mucho dolor.

Es de anotar que en los registros remitidos a la Colegiatura, en los cuales se grabaron las pruebas practicadas y evacuadas en el devenir del juicio oral, no aparece consignado el testimonio absuelto por la Dra. MARÍA HELENA MONTOYA, pero tal falencia no se puede constituir en óbice para que de tajo se descarte lo declarado por la testigo de marras, en atención a que si se hace un análisis de la actuación procesal, se desprende que las partes e intervinientes tácitamente han aceptado que el contenido de la declaración de la médico MARÍA HELENA MONTOYA gira en torno a los aspectos aludidos en el párrafo precedente, y en tal sentido será apreciado por la Colegiatura[[14]](#footnote-14).

Del anterior análisis que la Colegiatura ha efectuado del acervo probatorio, válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. No es cierto, como se dice en la sentencia que la testigo GLORIA AMPARO SUÁREZ con su declaración corroboró o ratificó las atestaciones rendidas por la menor agraviada, y más por el contrario del contenido de las declaraciones de la testigo de marras se extrae que de una u otra forma las infirma e inclusive las desmiente, si nos atenemos a que en sus dichos expuso: a) La niña no fue forzada u obligada por parte de RUFINO ARDILA TOVAR para que ingresara a su residencia, ya que según la testigo de marras, la menor lo hizo de manera voluntaria, y no porque RUFINO la jaló de las manos, como lo ha dicho la víctima en sus múltiples declaraciones; b) En momento alguno vio a la niña salir corriendo y llorando de la casa de RUFINO, sino que por el contrario salió de ese inmueble de manera normal y tranquila llevando en sus manos un refresco y una bolsa de frituras, y que solo se puso a llorar cuando Ella la acusó de que iba a decirle a su abuela lo que había visto, si no le daba una explicación de lo que estaba haciendo en el interior de la casa de RUFINO, así como de la procedencia del refresco y de la bolsa de papitas fritas que deglutía cuando salió de esa residencia; c) La menor ofendida guardó un sepulcral mutismo del episodio del que la testigo se dio cuenta, a partir del momento en el que vio a RUFINO, cargando una bicicleta al hombro, quien en compañía de la niña ingresó al domicilio de esta última; ni lo que sucedió cuando ambos salieron de ese inmueble, en especial en lo que tiene que ver con el cambio de las prendas de vestir, ya que según la testigo, la menor vestía *jeans* en el momento en que la vio conduciendo la bicicleta, pero cuando salió de su casa de habitación, lo hizo vistiendo unos *shorts*; d) El episodio de la forma como el Procesado RUFINO ARDILA TOVAR contactó a la menor para que fuera a comprarle en la tienda unos mecatos y luego conseguir que Ella ingresara a su casa mediante el empleo de la violencia, prácticamente quedó en entredicho, ya que del relato de la Testigo GLORIA AMPARO SUÁREZ se desprende que no se presentó ningún tipo de interrupción ni de solución de continuidad en los eventos acaecidos a partir del momento en el que el acusado ingresó a la casa de la víctima en compañía de la infante, la forma como ambos salieron de ese lugar, la posterior manera como la niña accedió al inmueble del acusado, para luego salir del mismo con un refresco y una bolsa de frituras.
2. Lo consignado en un informe suscrito por la trabajadora social LEYDI JOHANA FIGUEROA, respecto de los cambios comportamentales que tuvo la menor agraviada después de ocurrido los hechos, en opinión de la Sala, carecen del suficiente poder suasorio o de convicción que se requiere como para poder corroborar o abonar, como erradamente se dice en el fallo opugnado, la credibilidad de las atestaciones de la víctima, ni para poder edificar en contra del Procesado un indicio de *consecuencias o efectos colaterales generados por el delito*, debido a que se está en presencia de una prueba de referencia que no ha pasado por el cedazo de la admisibilidad[[15]](#footnote-15), en atención a que a la Sra. LEYDI JOHANA FIGUEROA no le constaba nada de los supuestos cambios comportamentales que tuvo la niña, debido a que la fuente de donde obtuvo esa información provino de lo que a Ella le dijo la Sra. GLADIS CECILIA MARÍN, abuela de la infante, quien no pudo ratificar tal acontecer, debido a que cuando acudió al juicio a rendir testimonio, decidió guardar silencio al hacer uso del privilegio consagrado en el artículo 33 de la Carta.

A lo anterior, se le debe adicionar, como lo adujo el apelante, que tales decires de referencia de la trabajadora social LEYDI JOHANA FIGUEROA, de una u otra manera, resultaban desvirtuados por el testimonio rendido por el perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA, quien aseveró que no evidenciaba en la menor síntomas ni signos de trastorno mental ni psicológico.

1. Si bien es cierto que el testimonio rendido por el médico JAMES NIETO LONDOÑO tiene una especial relevancia y solvencia probatoria sobre los hallazgos que dicho galeno encontró en los genitales de la menor agraviada, los cuales presentaban unas laceraciones y eritemas recientes que indicaban unas manipulaciones en la vagina; de igual forma en el fallo opugnado no se debieron tener en cuenta, como sustento del juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado, las opiniones o conceptos personales dados por el testigo cuando adujo que dichos hallazgos eran compatibles con un abuso sexual perpetrado *«con una agresión efectuada con fuerza corporal»*, por la sencilla razón consiste en que el testigo de marras, acorde con lo reglado en los artículos 392 y 409 C.P.P. le estaba vedado y en consecuencia no podía dar ese tipo de opiniones, juicios o conceptos, debido a que pese a su condición de médico, en momento alguno fue convocado para que acudiera al juicio en el rol de perito ni de testigo técnico o experto, sino de un simple y mero testigo común.

Para demostrar la anterior afirmación, se hace necesario tener en cuenta que en materia del derecho probatorio son diferentes los conceptos de perito, testigo ordinario y testigo experto o técnico[[16]](#footnote-16), porque:

1. El testigo ordinario es toda aquella persona natural que vierte una declaración en un proceso sobre la ocurrencia o existencia de hechos, los que son objeto de la investigación o del juzgamiento, respecto de los cuales ha tenido un conocimiento directo y personal, ya sea porque los presenció o los captó por sus sentidos, o porque por cualquier otro medio se enteró o supo de la existencia de los mismos.
2. El perito es una persona, natural o jurídica, versada o experta en ciertos campos de la ciencia, la técnica o el arte que sin tener un conocimiento directo o personal de los hechos objeto del proceso, acude al proceso para rendir una declaración de ciencia o una experticia que facilite o posibilite el esclarecimiento o el entendimiento de ciertos hechos que requieren de ciertos conocimientos especiales, científicos o técnicos.
3. El testigo técnico es una persona que además de haber presenciado la ocurrencia de algunos hechos que se tornan relevantes para el proceso, igualmente tiene un conocimiento especializado de cierta ciencia o arte que de una u otra forma tienen algún tipo de relación con los hechos que advera, lo cual lo habilita para emitir opiniones, juicios o conceptos sobre los acontecimientos factuales que percibió con sus sentidos.

De igual forma, es preciso anotar que las consecuencias procesales de detentar la condición de perito, de testigo o de testigo técnico, son diversas, ya que para que un perito pueda rendir testimonio en el juicio, se requiere el previo descubrimiento del informe de la base de su opinión pericial, el cual previamente debe ser puesto a consideración de la parte contraria en las oportunidades reglamentadas en el artículo 415 C.P.P.; lo que no opera en el caso de la prueba testimonial, pero, como ya se dijo, contrario a los peritos, a los testigos les está vedado dar opiniones o efectuar valoraciones, puesto que solo deben declarar sobre aquello que percibieron con sus sentidos. Mientras que en el caso de los testigos técnicos, se da una especie de hibridación, ya que si bien es cierto que estos testigos pueden dar opiniones, valoraciones o conceptos, las mismas se encuentran circunscritas o correlacionadas con el episodio que percibieron o presenciaron y no deben abarcar campos diversos de aquellos de los cuales el testigo tiene un conocimiento especializado. Además, quien pretenda llevar al juicio a un testigo de esa estirpe, a fin de evitar sorprender a su contraparte, por lealtad procesal y para así garantizar el cumplimiento del derecho a la contradicción, al momento de descubrir y solicitar la práctica de dicha prueba, tiene la obligación de explicar y acreditar la condición de experto del testigo, en qué consistirán las opiniones, valoraciones, juicios o conceptos que dicho testigo adverara por detentar la condición de testigo técnico, y la relación que las mismas tendrían con los hechos percibidos por el declarante.

Frente a lo anterior, la Corte ha dicho lo siguiente:

“No obstante, el testigo experto se diferencia del común en cuanto, aunque ambos declaran sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte de la que el segundo carece.

Esa distinción fáctica entre uno y otro permite dispensarles un tratamiento jurídico diferenciado, de modo que mientras al testigo común le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquéllas, formadas como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración.

El tratamiento jurídico diferenciado entre el testigo común y el técnico, desde luego, también se ve reflejado en la verificación de los requisitos sustanciales y procesales que determinan su decreto y posterior práctica en la vista pública, algunos de los cuales coinciden, mientras que otros divergen.

No puede perderse de vista que el testigo experto, según quedó esbozado en precedencia, no pierde, por razón de su especial cualificación profesional, la condición de testigo.

En ese orden de ideas, quien pretende acopiar una declaración de esa naturaleza, al igual que quien reclama un testimonio ordinario, debe señalar, en la sustentación de la pertinencia, conducencia y utilidad de dicho medio de prueba, si el declarante tiene conocimiento personal de los hechos, pues sólo sobre aquéllas circunstancias fácticas que ha conocido directamente por los sentidos, al tenor del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, le está permitido atestar.

**Pero más allá de esa similitud, es claro que la solicitud del testimonio técnico supone también la precisión oportuna, esto es, en la audiencia de formulación de acusación o la preparatoria, según el caso, de cuál es la especialidad del declarante, la razón de su conocimiento técnico o científico – esto es, si fue adquirido en razón de capacitación acreditada mediante título profesional legalmente obtenido o por su reconocido entendimiento en la materia – y del contenido de su deposición.**

Lo anterior, pues como lo tiene dicho la Sala, la posibilidad de controvertir las pruebas allegadas al proceso constituye una garantía fundamental en el esquema procedimental vigente, por lo que la Fiscalía y la defensa deben conocer con suficiente antelación los medios de conocimiento y las evidencias de la parte contraria, con el propósito de preparar su propia teoría del caso.

**En ese orden, resultaría inadmisible que un testigo, de quien no se anunció oportunamente su cualificación, concurriera a la vista pública para relatar los hechos percibidos con adicional ilustración científica o técnica, como quiera que por esa vía resultaría sorprendida la parte en contra de la cual se aduce la prueba, que quedaría imposibilitada para controvertirla, al menos en el aspecto especializado de la misma.**

**De igual modo, si el testimonio técnico incorpora, de una parte, un relato sobre los hechos objeto de investigación y, de otra, una apreciación técnica o científica que el testigo se forma sobre los mismos en razón de experticia sobre una determinada área del conocimiento, es claro, según se desprende el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que quien pretende el decreto y práctica de un medio de conocimiento de esa naturaleza y alcance tiene la carga de sustentar la utilidad de la misma, no sólo en lo que tiene que ver con la presentación de la situación fáctica que realizará el testigo, sino también en punto a la manera en que sus opiniones doctas contribuyen al esclarecimiento de la verdad.**

Ya en la vista pública y a efectos de que quien controla la prueba pueda incitar al declarante a exteriorizar sus apreciaciones científicas o técnicas, será necesario interrogarlo previamente sobre las circunstancias profesionales, académicas, artísticas y de toda índole que permitan tenerlo, no como un testigo común, sino como uno técnico, tal y como lo dispone el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal en relación con la prueba pericial…..”[[17]](#footnote-17).

Al transpolar lo anterior al caso en estudio, de un análisis del proceso se tiene que cuando la Fiscalía descubrió y solicitó el testimonio del galeno JAMES NIETO LONDOÑO, pese a que hizo mención de su condición de médico, en momento alguno adujo que el testigo de marras acudiría al juicio ya sea en calidad de perito o de testigo técnico, si se tiene en cuenta que las razones o motivos invocadas por el Ente Acusador para justificar la conducencia y pertinencia de dicha prueba solo quedaron circunscritas a los argumentos consistentes en que las adveraciones del aludido testigo se tornaba necesarias por ser el Dr. JAMES NIETO LONDOÑO la persona quien atendió a la menor, por lo que en tales condiciones podría declarar sobre las anotaciones que a modo de anamnesis fueron efectuadas en la historia clínica, como las evidencias que encontró en el cuerpo de la menor y las observaciones que hizo al respecto[[18]](#footnote-18). Lo cual nos hace concluir que la Fiscalía en momento alguno solicitó el testimonio del Dr. JAMES NIETO LONDOÑO ya sea como perito o testigo técnico o experto, sino como un simple y mero testigo común u ordinario.

Por lo tanto, si lo anterior es así, como en efecto lo es, se puede concluir que el médico JAMES NIETO LONDOÑO, por su condición de testigo ordinario, al momento de rendir su declaración le estaba vedado, y por ende prohibido, emitir las valoraciones, opiniones y juicios que expuso cuando adveró que los hallazgos encontrados en los genitales de la paciente eran compatibles con un abuso o una agresión sexual perpetrada mediante el empleo de la violencia física.

A lo cual se le debe adicionar que en momento alguno la Fiscalía acreditó válidamente que el testigo detentara la idoneidad y las calidades que lo avalaban o autorizaban para emitir esa clase de juicios o conceptos, porque no sabemos si el Dr. JAMES NIETO LONDOÑO es especialista en medicina legal, o en ginecología u obstetricia, por lo que es obvio que emitió un juicio de valor que posiblemente podría estar por fuera de sus conocimientos, si partimos de la base que las personas que podrían estar habilitadas para emitir ese tipo de opiniones serian entre otros, los médicos con conocimiento en medicina legal o que hayan tenido alguna especialización en ginecología u obstetricia, de quienes, como consecuencia de sus labores, se puede esperar un conocimiento especializado de esos tópicos.

Tal situación, por ser contraria al debido proceso probatorio, tornaba en ilegal los apartes del testimonio absuelto por JAMES NIETO LONDOÑO, en los que expresó las aludidas opiniones y juicios de valor, las que en consecuencia debieron ser excluidas del proceso como bien lo ordena el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con el articulo 23 C.P.P. y por ende lo que el testigo dijo en tales términos no debió haber sido tenido en cuenta en el fallo confutado como uno de los fundamentos que se utilizaron para edificar el juicio de responsabilidad criminal que no obstante el testigo técnico pregonó en contra del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR.

Ahora bien, en el remoto de los eventos en los que, en gracia de discusión, se llegare a sostener que todo lo dicho anteriormente no tiene sentido: (i) porque un médico general si está facultado para reconocer un eritema en el introito vaginal de una menor que según se afirma había sido recientemente abusada sexualmente, y además es el primer profesional que tiene contacto con las huellas del ilícito; (ii) porque igualmente dicho profesional, aun sin ser médico legista o tener la especialidad en ginecología, de todas formas está facultado para asegurar al menos que ese hallazgo si es COMPATIBLE con una agresión sexual; y porque (iii) al ser presentado como prueba de cargo al momento de la acusación en su condición de profesional de la medicina, cuyas anotaciones obraban en la historia clínica que serviría indefectiblemente de fundamento a un eventual dictamen médico legal, la contraparte era sabedora de su condición de testigo técnico y en tal condición debía ser interrogado en juicio. De todas formas, la Sala llegaría a la misma conclusión absolutoria con fundamento en el rompimiento del principio de congruencia, al no existir armonía entre lo fáctico y lo jurídico, tal como se pasará a explicar en el capítulo II de este proveído, debido a una vulneración al debido proceso y el derecho a la defensa, generada por una inconsonancia en la que incurrió la Fiscalía en el libelo acusatorio respecto de la calificación jurídica dada a los hechos relevantes.

1. El perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA adujo que el relato de la menor ofendida debía ser considerado como lógico y coherente, por detentar una buena estructura interna, pero si tenemos en cuenta, como bien lo expresó el perito cuando fue contrainterrogado por la Defensa, que su opinión experta se basó en una entrevista que la menor agraviada absolvió ante la Policía Judicial el 10 de junio del 2.011, aunado a lo que Ella le dijo al experto cuando este la consultó, considera la Sala que en esos sendos relatos la ofendida incurrió en una serie de contradicciones que incidieron para los mismos no puedan ser considerados como lógicos y coherentes como erradamente lo adujo el perito psicólogo, debido a que si bien es cierto que ambos relatos conservan en su esencia el mismo núcleo, el cual tiene que ver con el episodio relacionado con la forma como RUFINO ARDILA, luego de pedirle a la infante el favor consistente que le comprara un refresco y unas frituras, la ingresó violentamente a la casa de Él, en donde intentó abusar sexualmente de Ella mediante el empleo de la violencia, lo que no consiguió debido a que la víctima logró escapar de las garras de su agresor gracias a una violenta patada que le propinó. Pero si analizamos más a fondo dichas declaraciones y las cotejamos entre sí, de bulto brillan muchas contradicciones e incoherencias porque en la entrevista que data del 10 de junio del 2.011, la cual, sobra decir en momento alguno ingresó al proceso como prueba de referencia, pero extrañamente su contenido repercutió en contra del acusado, se tiene que si bien la menor no dice nada de la fecha ni de la hora en el que tuvo ocurrencia el episodio del que fue víctima, acorde con la realidad probatoria, se debe entender que ese episodio acaeció en horas de la tarde, más exactamente a eso de las 17:00 horas como bien la misma agraviada se lo dijo al perito. Pero al analizar más a fondo la entrevista de la víctima, vemos que la declarante se contradice a sí misma, al aseverar que esa tarde RUFINO ARDILA lo que hizo fue llamarla para amenazarla de muerte a ella y a su familia, para así conseguir que mantuviera la boca cerrada y que no contara a nadie lo que le había hecho por la mañana, cuando le estuvo manoseando la vagina.

Lo antes expuesto, genera un espectro de incertidumbres, porque no podemos saber si los hechos lascivos ocurrieron en horas de la mañana o en horas de la tarde, o si por el contrario se trata de dos episodios diferentes respecto de los cuales la ofendida incurrió en una confusión. De igual forma no podemos determinar si lo que en verdad ocurrió esa tarde, a partir del momento en el que el Procesado consiguió que la perjudicada ingresara a su morada, consistieron en unas amenazas que el Procesado hizo en contra de la menor para así garantizar su silencio, o si por el contrario procedió de tal manera con el protervo propósito de satisfacer su lujuria, lo que no pudo conseguir gracias a la violenta y descomunal patada espartana que la agraviada le propinó, como se dice en el acusación, al *«depredador sexual»,* que lo estrelló en contra de un armario*.*

Por lo tanto, de lo antes expuesto surge el siguiente interrogante, que conspira en contra de lo racional de los dichos de la víctima, ya que de ser cierto que el Procesado RUFINO ARDILA se encontraba solo en su casa, ¿entonces como pudo utilizar a sus hijos como estafetas?

En suma, acorde con lo dicho en los párrafos anteriores, la Sala puede concluir que las declaraciones del perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA debieron ser apreciadas con beneficio de inventario, porque, de los elementos de juicio puestos a su disposición para emitir su opinión experta, surgían una serie de incertidumbres y de contradicciones que conspiraban en contra de la coherencia y de lógica que supuestamente manaba de los relatos absueltos por la menor perjudicada, los cuales presentaban visos de mendacidad.

1. En el remoto de los eventos en los que deba aceptarse como valido que la menor ofendida incurrió en una confusión respecto de cuando en verdad ocurrieron los eventos libidinosos, los que posiblemente acaecieron en horas de la mañana del 30 de diciembre del 2.010, como bien lo da a entender en apartes de la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial el 10 de junio del 2.011, la cual, pese a que su contenido fue leído integralmente por el perito JORGE OLMEDO CARDONA, reitera la Sala que no ingresó válidamente al proceso, debido a que no se dieron ninguna de las hipótesis que avalaban su aducción al mismo[[19]](#footnote-19).

Luego de aceptarse como veraz lo dicho por la menor en tales términos, bien vale la pena resaltar que al confrontar sus dichos con los testimonios absueltos por los Sres. JOSÉ CASTAÑO CORREA y MARÍA EMA ARIAS RIVERA, se tiene que los mismos son infirmados y desmentidos por las declaraciones de esos testigos, de las cuales se desprende que la menor en momento alguno pudo acceder a la vivienda del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, ni que Él pudo hacer las atrocidades que se le imputan, porque esa mañana, según el decir del testigo JOSÉ CASTAÑO CORREA estuvieron viendo un video, y la menor se encontraba jugando en la calle, como bien lo ratifica la testigo MARÍA EMA ARIAS RIVERA.

1. La Colegiatura no puede pasar por alto que en la sentencia opugnada se hizo eco a la tesis propuesta por la apoderada de las víctimas, lo que conllevó para que se tuviera como hecho cierto el consistente en que pese a que el abuso sexual si tuvo ocurrencia, las cosas no pudieron haber sucedido de la forma como lo aseveró la menor agraviada en sus declaraciones, quien al haber sido puesta en evidencia por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, por la vergüenza que la embargó de admitir lo que en verdad sucedió: el haberse dejado manosear por el acusado a cambio de un refresco y de una bolsa de frituras, decidió “acomodar” los hechos de tal manera para de esa forma hacer ver que fue víctima de una agresión de tipo erótico-sexual que probablemente no tuvo ocurrencia.

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, la Sala considera que en el fallo confutado con tales argumentaciones se incurrió en una vulneración del principio de la lógica de *«la no contradicción»*, *“El cual enseña que en un mismo contexto no se puede, a la vez, afirmar y negar un hecho, situación o circunstancia, puesto que ello trae como consecuencia situaciones absurdas, confusas, vagas e indefinidas……”[[20]](#footnote-20)*, si partimos de la base que uno de los cimientos en los cuales se edificó el juicio de responsabilidad pregonado en contra del acusado lo fue *el* *indicio de perseverancia*[[21]](#footnote-21), el cual se caracteriza porque el declarante en diferentes escenarios se ha mantenido en firme en las imputaciones e incriminaciones efectuadas en contra del acusado. Por lo que es lógico que una de las consecuencias que genera la existencia del indicio de marras es que con el mismo se apalancaba aún más la credibilidad que dimanaba del testimonio de la ofendida en lo que tiene que ver con las declaraciones que ha rendido, en las que siempre se sostuvo en firme respecto a que el acontecimiento erótico-sexual que protagonizó con el Procesado, tuvo común denominador el factor de la violencia física, de la que se valió el acusado para pretender satisfacer su apetencias lujuriosas, pero que no lo pudo conseguir gracias a la descomunal patada espartana que le dio a la altura de los muslos.

Luego, si uno de los pilares del fallo radicó en la credibilidad que merecía el testimonio de la víctima, debido a que en las diversas declaraciones que ha rendido no se ha alterado el núcleo central de sus atestaciones, el cual en su esencia ha sido siempre el mismo, y si a ello le adicionamos que el relato dado por la agraviada en todas sus declaraciones gira en torno de una agresión sexual perpetrada mediante el empleo de la violencia física, considera la Sala que al acolitarse la tesis propuesta por la apoderada de las víctimas, de la cual se desprende que el abuso sexual no se cometió mediante el uso de la violencia física, ya que la menor fue engatusada por el Procesado para que se dejara manosear a cambio de que le dieran un refresco y unas frituras, es obvio que se incurrió en una flagrante vulneración del principio de la lógica de la *no contradicción*, al admitirse que al mismo tiempo el abuso sexual se perpetró: a) Mediante el uso de la violencia física, al aceptarse como válida las diferentes declaraciones absueltas por la victima; b) De manera consensuada, si se toma como válida la tesis propuesta por la apoderada de las víctima.

Es más, al aceptar la teoría invocada por la representante de los intereses de la víctima, implicaría de tajo distorsionar el contenido de la declaración absuelta por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, para de esa manera dar por probado hechos que en momento alguno se infieren de lo atestado por la testigo de marras, de cuyos dichos lo único que se desprende es que cuando Ella amenazó a la menor agraviada con contarle a su abuela lo que había visto si no le explicaba por la procedencia del refresco y de las frituras que se estaba comiendo cuando salió de la casa de RUFINO ARDILA, y no le decía que hacía en el interior de esa vivienda; ahí fue cuando la menor entró en llanto, y le manifestó que no le dijera nada a su abuela porque Ella la iba a zurrar, y entonces procedió a contarle lo que le pasó con RUFINO ARDILA.

Aunque los dichos de la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, respecto al haber visto salir a la menor de la casa del Procesado con un paquete de frituras y un refresco, podrían servir de base para inferir, como se dijo en el fallo confutado al acolitar la tesis de la apoderada de las víctimas, que con tales mecatos el Procesado remuneró a la niña por haberse dejado manosear, tal inferencia, por carecer de otras pruebas que la respalden, se tornan en una simples y meras sospechas propias de unas especulaciones, a las cuales se le podría anteponer que el refresco y la bolsa de papas fritas también podrían ser el producto de una remuneración que el Procesado le hizo a la menor por haberle hecho el favor de hacer un mandado a ir a la tienda.

Incluso de ir más lejos con las atestaciones absueltas por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, de las mismas también se podría decir que el abuso no tuvo ocurrencia en el interior de la casa de habitación del Procesado, sino en la vivienda de la víctima, cuando ambos ingresaron a la misma, pero al salir, como bien lo expuso la testigo, se dio cuenta de que la infante se había cambiado sus prendas de vestir; y en consecuencia cuando ambos ingresaron a la casa del Procesado, fue para consumar el pago de los manoseos lujurioso, el cual consistió en un refresco y una bolsa de papa fritas.

Pero pensar de esa manera, para de esa forma llegar a conclusiones de semejante talante, seria prohijar una vulneración al debido proceso y del derecho a la defensa al patrocinar una indebida intrusión de la Judicatura en las funciones de la Fiscalía al adicionarle al libelo acusatorio unos hechos nuevos con los cuales se sorprendería al acusado.

Como se podrá observar, de lo dicho por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ, en momento alguno afloraban suficientes elementos de juicio que permitan considerar o colegir que la menor por la vergüenza de admitir la realidad de lo acontecido, y al ser puesta en evidencia, decidió faltar a la verdad. Por lo que es obvio que lo dicho en tales términos por la apoderada de las víctimas se constituye en simples y meras especulaciones que tienen su fuente en un escenario de distorsión probatoria.

Por lo tanto, para la Sala, acorde con lo acontecido en el fallo confutado, no existe duda alguna que se conculcó el aludido principio de la no contradicción al aceptarse como válido que al mismo tiempo ocurrieron dos eventos que se tornaban en excluyentes e incompatibles entre sí. A lo que se debe aunar que lo sucedido en tales términos tuvo su fuente en una distorsión y tergiversación del testimonio rendido por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ.

Acorde con el anterior análisis que la Colegiatura ha efectuado del acervo probatorio, válidamente se puede llegar a la conclusión consistente en que, contrario a lo aludido en el fallo opugnado, en la actuación no existían pruebas que corroboraran o ratificaran, ya sea de manera directa o indirecta, las sindicaciones y los demás señalamientos que la menor *“M.I.C.M”* efectuó en contra del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, por lo siguiente:

* Los dichos de la víctima respecto a que fue obligada por la fuerza para que ingresara a la casa de habitación del Procesado, de la cual luego salió corriendo y sumida en llanto, son desvirtuados e infirmados por el testimonio absuelto por la Sra. GLORIA AMPARO SUÁREZ.
* Las atestaciones del perito JORGE OLMEDO CARDONA debieron ser apreciadas con beneficio de inventario, debido a que se encontraban seriamente afectadas la lógica y la coherencia de las declaraciones de la menor como consecuencia de las contradicciones e inconsistencias en las que incurrió en las mismas.
* Apartes de la declaración absuelta por el Dr. JAMES NIETO LONDOÑO, debieron haber sido excluidas del proceso por ser ilegales, debido a que dicho testigo, cuando adujo que los hallazgos encontrados en los genitales de la víctima eran compatibles con una agresión sexual perpetrada mediante el empleo de la violencia, emitió juicios de valor, opiniones y conceptos, los cuales le estaban vedados, en atención a que acudió al juicio en condición de un simple testigo.
* En la sentencia confutada se incurrió en una vulneración del principio de la no contradicción, al aceptarse, como válidas, que al mismo tiempo acaecieron dos circunstancias que se tornaban excluyentes entre sí.
* El indicio de efectos o consecuencias colaterales del delito deducido en contra del acusado, se infirió con base en una prueba de referencia, como lo fue lo declarado por la trabajadora social LEYDI JOHANA FIGUEROA, la cual no cumplió con el requisito de la previa acreditación de su admisibilidad.

A lo anterior se debe aunar que si se deben tener como veraces y en consecuencia como creíbles las declaraciones de la víctima, respecto a que sostuvo un intenso forcejeo con el Procesado, quien no pudo someterla a sus deseos libidinosos gracias a la potentísima patada que le propinó a la altura de las canillas, lo que le permitió salir bien librada de ese trance. Pero si confrontamos esas atestaciones con las pruebas médicas de la Defensa, no existe duda alguna que de una u otro forma tal credibilidad hace aguas, debido a que la Defensa con esas pruebas pudo demostrar que el acusado padecía, a nivel de la columna vertebral, de una severa patología degenerativa que prácticamente le impedía transarse en una confrontación física de semejantes características, so pena de verse expuesto a padecer de severos dolores en su humanidad.

En suma, de todo lo antes expuesto se desprende que en la actuación solo existe una prueba única, como lo es el testimonio de la víctima, el cual no obtiene ningún tipo corroboración o de eco del resto de las pruebas que se allegaron al proceso, a lo que se le debe aunar que existen potísimas razones para desconfiar de la credibilidad que supuestamente emanan de los dichos de la ofendida, como consecuencia de la existencia de pruebas que los infirman.

Ante tal situación, considera la Sala que una prueba de semejantes características y ribetes carecía del suficiente poder de convicción que se requiere como necesario para poder doblegar la presunción de inocencia que desde un principio amparó al Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, la cual se ha mantenido incólume, y por ende al no existir prueba alguna que desvirtuara dicha presunción, es obvio que no se satisfacían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena y por ende el Procesado de marras debió haber sido beneficiario de un fallo absolutorio.

**2) LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO A LA DEFENSA COMO CONSECUENCIA DE LA INCONSONANCIA HABIDA EN EL LIBELO ACUSATORIO, RESPECTO DE LA ERRÓNEA CALIFICACIÓN JURÍDICA DADA A LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.**

La Sala es de la opinión que en el presente asunto tuvo ocurrencia una vulneración al debido proceso y el derecho a la defensa del acusado, como consecuencia de la errónea calificación jurídica que en el escrito de acusación la Fiscalía le dio a los hechos jurídicamente relevantes.

Para demostrar la anterior tesis solo basta con hacer un análisis de los hechos con los que se estructuró el libelo acusatorio, de lo cual se extracta lo siguiente:

* El acusado, después de conseguir que la menor agraviada le hiciera el mandado de ir a comprarle un refresco y unas frituras, la sujetó de una de sus manos y procedió a jalarla hacia el interior de su vivienda.
* Estando en el interior de la vivienda, llevó a la menor hacia una habitación, en donde la arrojó en una cama, para luego desvestirla y proceder a toquetearla en sus partes pudendas con sus manos y con su asta viril.
* Ante la resistencia ofrecida por la menor, el pervertido no pudo accederla carnalmente consecuencia de la resistencia que la víctima le ofreció, lo que permitió que lograra *«escapar de las garras del depredador sexual»*.

Del anterior contexto fáctico, de bulto y sin necesidad de hacer un gran esfuerzo intelectual, se desprende que se estaba en presencia de un episodio de ribetes y de connotaciones erótico-sexuales que se cometió mediante el empleo de la violencia física, la cual fue utilizada por el sátiro como medio para pretender poder vencer la resistencia ofrecida por la victima ante su embestida. Por lo que al hacer el correspondiente proceso de adecuación típica de esos hechos jurídicamente relevantes, no existe duda alguna que esos reprochables comportamientos se adecuarían ya sea en el delito de tentativa de acceso carnal violento (artículo 205 C.P.) o en el de acto sexual violento (artículo 206 C.P.), delitos estos que se caracterizan por consignar en su modelo descriptivo a la violencia, sea esta física o moral, como el instrumento del que se vale el sujeto agente para doblegar la oposición presentada por el sujeto pasivo, para de esa forma poder satisfacer con ella sus apetencias libidinosas[[22]](#footnote-22).

Pero, observa la Sala con asombro y escozor, como la Fiscalía erró en la calificación jurídica dada a los anteriores hechos, los cuales equivocadamente fueron adecuados típicamente en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (artículo 209 C.P.), reato este que en momento alguno consagra el factor de la violencia como uno de sus elementos o ingredientes esenciales, y más por el contrario se caracteriza por describir una conducta en la que sujeto pasivo le otorga o le concede su consentimiento al sujeto agente para que pueda satisfacer con ella su lujuria mediante el empleo de actos eróticos-sexuales diferentes del acceso carnal, pero con la connotación consistente en que dicho consentimiento se encuentra viciado por la inmadurez de la víctima.

Respecto a las diferencias habidas entre los antes aludidos delitos, la Corte, de vieja data, ha expuesto lo siguiente:

“Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (art. 303 del Código Penal) la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cuál se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

En cambio, cuando el menor de catorce (14) años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo…[[23]](#footnote-23)”.

Es de resaltar que el reprochable yerro en el que incurrió la Fiscalía en la calificación jurídica dada a los hechos con los cuales sustentó la acusación, a nivel del proceso generó consecuencias aciagas en contra de sus pretensiones punitivas, por cuanto tal inexcusable equivoco resultó siendo la fuente generadora de unas máculas que socavaron las bases estructurales del debido proceso, por lo siguiente:

* Se ocasionó una vulneración del principio de la congruencia, debido a que el Procesado RUFINO ARDILA TOVAR fue condenado por un delito distinto o diverso de aquel que supuestamente demostraron las pruebas allegadas al proceso, si tenemos en cuenta que la piedra angular en la que se soportó el juicio de responsabilidad criminal que en el fallo opugnado se pregonó en contra del acusado, radicó en la absoluta y total credibilidad que le concedió al testimonio de la víctima, del cual se extraía que supuestamente el acriminado se valió de la violencia física para vencer la resistencia que la agraviada le ofreció, para de esa forma poder manosearla en su partes pudendas y así satisfacer su libido.

Pero extrañamente vemos que, pese a lo anterior, como ya se dijo en párrafos anteriores, el Procesado terminó siendo declarado penalmente responsable por un delito sexual: actos sexuales abusivos con menor de 14 años (artículo 209 C.P.), que es totalmente ajeno a un episodio lujurioso perpetrado mediante el empleo de la violencia, el cual, de contera, para nada, en el escenario de la tipicidad, se acoplaba o amoldaba con las declaraciones de la víctima.

* Al Procesado RUFINO ARDILA TOVAR se le vulneró el derecho a la defensa, debido a que como consecuencia de los hechos consignados en el libelo acusatorio, acorde con la realidad procesal, se tiene que la principal estrategia defensiva a la que acudió el Letrado que representaba sus intereses consistió en pretender demostrar que el acusado, como consecuencia de unas graves patologías que lo aquejaban en la columna vertebral, carecía de la capacidad, por encontrarse limitado de las condiciones físicas que se tornaban como necesarias para poder perpetrar un delito, el cual para su comisión se requería el despliegue de cierta fuerza física.

Lo antes expuesto, nos quiere decir que la Defensa, pese a que frente a los hechos por los cuales fue acusado el procesado, se defendió *como gato patas arriba*, tal estrategia resultó siendo inane, inocua e irrelevante, ya que, como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos en el libelo acusatorio, terminó siendo condenado por incurrir en la comisión de un delito que en nada se adecuaba típicamente al contexto factual por el que resultó siendo llamado a juicio.

Al estar plenamente demostrado en el proceso que como consecuencia de la inexcusable inconsonancia en la que incurrió la Fiscalía en la acusación, lo que en últimas generó una vulneración del debido proceso por conculcarse el principio de la congruencia, pues se reitera que el delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del acusado no se adecuaba típicamente con el contenido de lo que supuestamente demostraron las pruebas debatidas en el juicio, con las cuales se acreditaba la presunta comisión de un delito completamente diferente, la consecuencia que a nivel del proceso podría generar semejante mácula es que el fallador de instancia, al momento de proferir la sentencia, no podía llegar a ese absoluto grado de conocimiento o de convicción que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio, puesto que en su psiquis existirían varias hipótesis respecto del delito: a) La plasmada en la acusación; b) Lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, en detrimento de lo expuesto en el escrito de acusación.

Frente a lo anterior, bien vale la pena anotar que en un caso un tanto análogo al puesto de presente a la Colegiatura, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta ostensible que no todos los presupuestos reseñados se satisfacen, pues es evidente que la fiscalía mantuvo la imputación fáctica y jurídica tal como la propuso en la audiencia de formulación de acusación, es decir, que siempre aseguró que los procesados desplegaron actos encaminados a poner a la ofendida en incapacidad de resistir y nunca le pidió al juez de conocimiento que fallara por un comportamiento punible diferente. **Lo anterior era ya más que suficiente para que el juez no pudiera hacer cosa distinta a absolver por la conducta acusada, si apreciaba que la fiscalía no le trajo el convencimiento necesario para condenar**……”[[24]](#footnote-24).

En suma, tal situación conspiraría de manera negativa para que en contra del procesado RUFINO ARDILA TOVAR pudiera ser posible proferir un fallo de condena, debido a que de la misma germinaría la semilla de la duda razonable, la que como es bien sabido debe ser capitalizada en favor del acusado, acorde con los postulados del principio del *“in dubio pro reo”*, plasmado en el inciso 4º del artículo 29 C.N. y el artículo 7º C.P.P.

Ahora, de lo acotado en los párrafos precedentes se podría decir que el dislate en el que incurrió la Fiscalía en la acusación, el cual fue acolitado por el Juzgado *A quo* en el fallo opugnado, se encuentra enmendado si se aplica los postulados de denominada la teoría de *“La congruencia flexible”,* la cual faculta al fallador de instancia para que pueda condenar por un delito diferente del consignado en la acusación, siempre y cuando dicho reato, desde el ámbito de la punibilidad, sea más beneficioso para los intereses del acusado; o en su defecto se podría acudir a la declaratoria de nulidad del proceso, a fin de enmendar la vulneración del derecho a la defensa.

Pero para la Sala dicha hipótesis no puede ser de recibo por lo siguiente:

1) Si nos atenemos a lo dicho en el primer acápite de la presente sentencia de 2ª instancia, en que se concluyó que el Procesado debió ser beneficiario de un fallo absolutorio debido a que las pruebas con las cuales fue acusado no satisfacían el cumplimiento de los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para que se pudiera proferir en su contra un fallo de condena, tal situación tornaría en inviable la declaratoria de la nulidad del proceso, debido a que la absolución debe primar o prevalecer sobre la declaratoria de nulidad cuando con esta última lo que se busca reestablecer garantías del procesado, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“No obstante, tal como ha sido indicado por la Sala, la Corte se ha orientado por sostener que de llegarse a presentar tensión entre las alternativas de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, en sede extraordinaria debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material….”[[25]](#footnote-25).

2) Pese a que el delito por el cual se declaró el compromiso penal endilgado al acusado, desde el ámbito de la punibilidad, es mucho más beneficioso para los intereses del procesado que aquel cuya ocurrencia supuestamente se demostró con los medios de conocimiento aducidos al juicio, de todas maneras no se satisfacían los requisitos exigidos para la procedencia de la denominada *teoría de la congruencia laxa o flexible,* la cual habilitaría a la Judicatura para condenar por un delito diferente del consignado en la acusación o por el que verdaderamente se acreditó con los medios de conocimiento aducidos en el juicio, si se tiene en cuenta que acorde con la Corte, para la procedencia de la teoría de marras es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos:

“Según lo ha definido la Sala, es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa….”[[26]](#footnote-26).

Los cuales no se satisfacen en el presente asunto, debido a que los delitos de acto sexual violento y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, pese a que amparan el mismo interés jurídico, como bien se dijo en párrafos anteriores, son reatos que en su estructura típica son completamente diferentes, lo que implica que cuando erróneamente se declare la responsabilidad criminal por uno de ellos, pese a que probatoriamente se demostró la ocurrencia del otro, se esté alterando por mutación el núcleo factico de la acusación, como bien aconteció en el *subexamine* cuando en la sentencia se declaró la responsabilidad criminal del Procesado por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, lo que se hizo fue mutar el contexto factual respecto de un episodio en el cual se cometió un delito sexual mediante el empleo de la violencia, con la que se doblegó la resistencia de la víctima, hacia otro completamente diferente en el cual no tuvo ocurrencia dicha violencia, en atención a que el encuentro erótico-sexual acontecido entre víctima y victimario se llevó a cabo de manera consensuada, pero que el consentimiento de la víctima se encontraba viciado.

**- Conclusiones:**

Acorde con todo lo expuesto a lo largo y ancho del presente proveído, la Sala es de la opinión consistente en que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra del fallo confutado, porque en efecto, además de haberse vulnerado el debido proceso como consecuencia de la conculcación del principio de la congruencia, en el mismo se incurrieron en errores en la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que el Juzgado de primer nivel no se diera cuenta que los dichos de la menor ofendida, además de tener ribetes de mendacidad, no se encontraban corroborados por ninguna de las pruebas allegadas al proceso, y en consecuencia con una prueba con semejantes falencias no era posible poder llegar a ese grado de convencimiento que se requiere como necesario para dar por demostrado plenamente el presunto compromiso penal endilgado en contra del acusado.

Siendo así las cosas, la Colegiatura revocara el fallo opugnado y en su lugar absolverá al Procesado RUFINO ARDILA TOVAR de los cargos por los cuales en el presente asunto fue llamado a juicio por el Ente Acusador, y teniendo en cuenta que en la actualidad el Procesado de marras se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario, como consecuencia de lo resuelto y decidido en el presente asunto, se ordenará que sea puesto en inmediata libertad, salvo que no se encuentre privado de la misma por orden emanada de otra autoridad.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, 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,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida en las calendas del trece (13) de enero del 2.017 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, para en su lugar absolver al Procesado ARDILA TOVAR de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordenará la inmediata libertad del Procesado RUFINO ARDILA TOVAR, quien en la actualidad encuentra recluido en un establecimiento penitenciario como consecuencia de lo resuelto y decidido en el fallo confutado, salvo que no se encuentre privado de la misma por orden emanada de otra autoridad jurisdiccional.

**TERCERO.** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Página # 2 del Escrito de acusación. [↑](#footnote-ref-1)
2. Razón por la cual lo consignado en dicho memorial no será tenido en cuenta por la Colegiatura en la parte considerativa del presente fallo de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre este tópico, relacionado con la especial solvencia probatoria que dimana de los testimonios rendidos por los menores de edad que han sido víctimas de la comisión de un delito sexual, pueden ser consultadas, entre otras, las siguientes providencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 7 de diciembre de 2.011. Rad. # 37044; Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Rad. # 40.455; Providencia del 28 de octubre de 2015. Rad. # 42783. [↑](#footnote-ref-3)
4. Articulo 380 C.P.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. PARRA QUIJANO, JAIRO: Manual de Derecho Probatorio. Página # 6. 17ª Edición. 2.009. Librería Ediciones del Profesional. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 1º de junio de 2.016. SP7326-2016. Rad. # 45585. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-6)
7. Respecto de lo cual bien vale la pena anotar que la testigo no especifica ni la fecha ni la hora en la que ocurrieron los hechos. Pero si coteja sus dichos con el resto del acervo probatorio, en especial el contenido de la historia clínica del hospital “Santa Mónica”, es factible colegir que los hechos tuvieron ocurrencia en horas de la tarde del 30 de diciembre de 2.010. [↑](#footnote-ref-7)
8. A base de malta, comercialmente conocido como *“Pony Malta”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Registro # 20:39 al # 22:46. [↑](#footnote-ref-9)
10. El que acorde con los resultados de un dictamen pericial de genética forense, cuyas conclusiones fueron estipuladas por las partes, resultó ser compatible con el perfil genético de la agraviada. [↑](#footnote-ref-10)
11. Registros # 40:00 al # 46:05. [↑](#footnote-ref-11)
12. Es de resaltar que en la historia clínica se dice que la paciente presentaba una estatura de 1.27 metros. [↑](#footnote-ref-12)
13. Registros # 01:48:50 al # 01:52:00. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sobre la solución dada por la Colegiatura con lo acontecido con el testimonio de la Dra. MARÍA HELENA MONTOYA, se puede consultar la sentencia del 27 de junio de 2.018. SP2430-2018. Rad. # 45909, en la cual la Corte indicó los derroteros y pautas a seguir en aquellos eventos en lo que los registros de las audiencias presenten falencias o deficiencias en su reproducción. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre este tópico, se puede consultar, entre otras, la sentencia del 10 junio de 2015. SP7248-2015. Rad. # 40478 y la sentencia del 22 de marzo de 2017. Rad. # 44441. SP3989-2017, emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se estableció que para que una prueba de referencia pueda ser allegada a la actuación, a las partes interesadas le asiste el deber de acreditar previamente su admisibilidad. [↑](#footnote-ref-15)
16. Al respecto, se puede consultar la Providencia del 22 de abril de 2015. AP2020-2015. Rad. # 45711, proferida por la Sala de Casación Pena de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 22 de abril de 2015. AP2020-2015. Rad. # 45711. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-17)
18. Registros # 08:45 al # 09:05 de la audiencia preparatoria acaecida el 28 de febrero del 2.014. [↑](#footnote-ref-18)
19. Refrescar memoria e impugnación de credibilidad. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 23 de noviembre de 2.011. Rad. # 35657. [↑](#footnote-ref-20)
21. Para mayor información sobre este indicio se puede consultar al artículo del profesor argentino MARCELO A SANCINETTI: De la insuficiencia del testimonio único, con especial referencia al abuso sexual. Página # 219. En Revista de Derecho Penal Contemporáneo # 41, Octubre-Diciembre 2.012. Legis Editores. [↑](#footnote-ref-21)
22. En tal sentido se puede consultar, lo que en términos similares, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 del 2008. Rad. # 20413 y en la Sentencia del 10 de agosto de 2.016. AP5148-2016. Rad. # 35714. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de marzo de 1.988. Proceso # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-23)
24. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. # 28649. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de octubre de 2.013. Rad. # 32983. [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de agosto de 2.018. SP3580-2018. Rad. # 46227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-26)