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.

**Procesado:** MADR

**Delito:** Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

**Radicación** 66088-60-00-062-2011-00171-01

**Procede:** Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

**Asunto:** Apelación Sentencia absolutoria.

**Decisión:** Confirma fallo confutado

**Magistrado Ponente:**  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / TESTIGO ÚNICO / CRITERIOS PARA SU APRECIACIÓN PROBATORIA / INSUFICIENTE PODER SUASORIO / PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / IN DUBIO PRO REO / CONFIRMA / ABSUELVE**

Contrario a lo anterior, en los esquemas procesales en los que rige la persuasión racional y la libertad probatoria, tales circunstancias per se no inciden para descalificar o recelar de buenas a primera de lo dicho por parte de un testigo único, porque lo atestado en tales condiciones por el testigo debe ser apreciado con mayor rigor frente a factores tales como: La verosimilitud de sus dichos; la sanidad de sus sentidos; la gravedad de las contradicciones, inconsistencias e impresiones en las que incurrió en su relato; la personalidad del testigo y su comportamiento al momento de declarar; las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se enteró u obtuvo el conocimiento de lo narrado. Y una vez superado ese rigor, el fallador de instancia puede proferir un fallo de condena, siempre y cuando llegue a la absoluta convicción que al testigo se le debe conceder credibilidad a sus dichos.

(…)

Los anteriores criterios que deben ser tenidos en cuenta para la apreciación de una prueba testimonial única son igualmente aplicables en aquellos eventos en los que el testigo único, además de ser víctima de un delito sexual, detente la condición de menor de edad, porque en esas hipótesis, a pesar de que como consecuencia del principio “Pro Infans” los dichos de los menores de edad ameritan una especial confianza y solvencia probatoria, ello no quiere decir, como erradamente lo propone la apelante, que de manera automática y tendenciosa se les deba creer por sí y ante sí, puesto que lo atestado en tales términos por el menor agraviado debe ser apreciado en consonancia con la realidad probatoria, como bien lo ha hecho saber la Corte.

(…)

Del anterior análisis que la Colegiatura ha efectuado del acervo probatorio, se puede colegir que la credibilidad que nacería del testimonio absuelto por la víctima “D.C.M.” se encuentra seriamente cuestionada y minada ante las falencias e imprecisiones cronológicas en la que incurrió la ofendida en su relato, sumado a ciertas facetas de irracionalidad que dimanan del mismo; a lo que se le debería aunar que sus dichos, salvo las atestaciones de algunos testigos de oídas, no encuentran eco alguno en el resto del caudal probatorio habido en el proceso.

Tales máculas que aquejan al testimonio único rendido por la menor “D.C.M.” nos hace concluir, en igual sentido que el A quo, que los dichos de la víctima carecían de la solvencia y del suficiente poder suasorio que se requiere como para poder derrumbar la presunción de inocencia que ampara al Procesado MADR, quien en consecuencia debía hacerse acreedor de los postulados que orientan el principio del in dubio pro reo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta No 576 del 12 de julio de 2018. H: 3:00 p.m.

Pereira, trece (13) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Hora: 8:06 a.m.

Procesado: MADR

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Radicación # 66088-60-00-062-2011-00171-01

Procede: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la apoderada de las víctimas en contra de sentencia absolutoria.

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de las víctimas en contra de la sentencia proferida en las calendas del dieciséis (16) de febrero del 2015 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en la cual se absolvió al procesado **MADR** de los cargos por los cuales fue convocado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación (FGN), los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido de lo consignado en el escrito de acusación, se dice que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura acaecieron en el municipio de Belén de Umbría, en un inmueble ubicado en inmediaciones del hospital de esa localidad, en horas de la tarde del mes de agosto del año 2010, y están relacionados con un abuso de tipo erótico sexual al cual fue sometida la menor “D.C.M.*”*, de aproximadamente 10 años de edad,por parte del ahora procesado MADR, quien para ese entonces tenía unos 60 años de edad.

Según se aduce en el libelo acusatorio, para la época en la cual ocurrieron los hechos, el Sr. MADR, mototaxista de profesión, residía en el inmueble habitado por la menor agraviada, debido a que su padre, ALBERTO CASTAÑEDA, le había arrendado una habitación ubicada en la parte baja. De igual forma, en el escrito de acusación se menciona que para esas calendas, en las horas de la tarde, el Sr. MADR llegó al inmueble en el cual se encontraba alojado, y al percatarse que la menor “D.C.M.” se encontraba sola, aprovecho esa oportunidad para arrojarla en una cama, en donde después de amarrarle las manos y los pies en ese mueble, procedió a desnudarla para luego besuquearla y manosearla por diferentes partes de su cuerpo, entre ellas la vagina, en la cual le introdujo los dedos.

De igual forma, según aseveraciones de la víctima, pese a que el sátiro la tenían sometida, detuvo su acometida lujuriosa, a partir del momento en el que recibió una llamada en su teléfono móvil, lo que incidió para que se fuera del teatro de los acontecimientos.

Finalmente, se debe tener en cuenta que los hechos fueron denunciados el 9 de marzo del 2011 por la Dra. SANDRA MILENA GUTIÉRREZ, en su calidad de Defensora de Familia, quien se enteró de los mismos por parte de la menor “D.C.M.” cuando Ella se encontraba bajo la custodia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en un hogar sustituto de dicha entidad como consecuencia de unas problemáticas familiares que para ese entonces la aquejaban, relacionadas por el hacer parte de un hogar disfuncional en el que sus padres, quienes para ese entonces estaban separados, le prestaban poca atención al tenerla prácticamente abandonada, desescolarizada y mal nutrida.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 20 de febrero del 2012, ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado MADR, la cual fue producto de una orden librada en su contra, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. En dichas vistas públicas al Procesado de marras se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 7 de marzo del 2012, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, ante el cual el 24 de abril de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a MADR como presunto autor del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 C.P.
3. La audiencia preparatoria, después de múltiples aplazamientos por parte de la Defensa, se llevó a cabo el día 15 de enero del 2013, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró, de manera accidentada, en las siguientes fechas: el 13 de febrero y el 1º de agosto del 2013; el 10 de febrero, el 25 de abril y el 11 de junio del 2014.
4. El sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter absolutorio, se emitió el 24 de julio del 2014, y posteriormente el 16 de febrero del 2015 se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la apoderada de las víctimas.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 16 de febrero del 2015 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en la cual se absolvió al procesado MADR de los cargos relacionados con la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, respecto de los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

El argumento principal en el cual se soportó el fallo absolutorio, se fundamentó en el reconocimiento en favor del procesado MADR del principio del *in dubio pro reo*, ya que de las pruebas surgía un manto de dudas, el que se generaba como consecuencia de la poca credibilidad que emanaba de la única prueba directa habida en contra del acusado, la cual vendría siendo el testimonio de la menor “D.C.M.”, quien en el relato que vertió de lo acontecido, no fue clara ni exacta respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos.

De igual forma, en la sentencia opugnada se adujo que lo acontecido bien pudo haber sido producto de un deseo de la menor agraviada de querer llamar la atención como consecuencia de la problemática familiar que la aquejaba, lo que a su vez suscitó que estuviera bajo la custodia del *ICBF* en varios hogares sustitutos*.*

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en el presente asunto se incurrieron en errores en la apreciación del acervo probatorio, debido a que al proceso se allegaron pruebas que con suficiencia desvirtuaban la presunción de inocencia de inocencia que le asistía al procesado MADR, las cuales no fueron apreciadas en debida forma por parte del Juzgado *A quo.*

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la recurrente adujo lo siguiente:

* Al testimonio rendido por la menor agraviada no se le debió restar credibilidad por el simple y mero hecho de encontrarse en ese entonces bajo la custodia del ICBF, ya que por el hecho de tratarse de una niña que se encontraba separada de su familia por la vulneración de sus derechos generados por hacer parte de un hogar disfuncional, ello en nada le hacía mella a su capacidad para poder fungir como testigo y para así declarar sobre lo acontecido.
* Al momento de la apreciación de las pruebas, no se tuvo en cuenta que no existían motivos por parte de la víctima para querer perjudicar al Procesado, ya que de sus dichos no se evidenciaba rencor ni animadversión hacia el acusado.
* El testimonio de la menor ofendida no se encontraba huérfano en el proceso, debido a que sus dichos encontraban eco en las declaraciones de: a) La Defensora de Familia, quien conoció de 1ª mano lo acontecido como consecuencia de la información suministrada por la víctima, lo que a su vez incidió para que impetrara la denuncia, ya que acorde con su experiencia decidió catalogar como cierto todo lo que le dijo la menor agraviada; b) El testimonio rendido por el psicólogo del instituto de medicina legal y ciencias forenses (INMLCF), quien expuso que el relato dado por la menor debía ser considerado como lógico y coherente.
* En el fallo recurrido, al momento de la apreciación de las pruebas no se tuvo en cuenta que para el momento en el que la menor testificó en el juicio había trascurrido mucho tiempo de lo acontecido, lo que pudo afectar los procesos de rememoración de la testigo. Tal situación incidía para que tuviera una especial relevancia probatoria las declaraciones que la menor le rindió a los profesionales del INMLCF, las cuales se dieron dentro de un mejor ambiente, lo que a su vez facilitó que en su relato fuera más claro y ajustado a la realidad.
* Las declaraciones extraprocesales rendidas por la menor, acorde con los criterios del principio *pro infans* debieron haber sido analizadas bajo la óptica de las disposiciones de la ley 1652 de 2013, la cual regula la figura de la entrevista forense de los menores víctimas de delitos sexuales como pruebas de referencia admisible.

Con base en todo lo anterior, la apelante solicitó la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se absolviera al procesado MADR de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**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 numeral 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 desprenden el siguiente problema jurídico:

¿El testimonio único rendido por la víctima *“A.T.R.M.”* era suficiente como para poder declarar la responsabilidad penal del procesado MADR, acorde con los requisitos exigidos para tal fin por parte del artículo 381 C.P.P.?

**- Solución:**

Para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido propuesto por la recurrente, inicialmente la Sala debe tener en cuenta que la teoría del caso propuesta por la Fiscalía en el devenir del juicio se soportaba prácticamente en el testimonio rendido por la víctima “A.T.R.M.”, el cual debe ser considerado como prueba testimonial única, porque, pese a lo dicho por la apelante, en el proceso no existen pruebas directas que corroboren o abonen los señalamientos y demás sindicaciones que la menor agraviada efectuó en contra del procesado MADR como la persona que abusó sexualmente de ella, cuando, en contra de su voluntad, la amarró de pies y manos en una cama, para así satisfacer su libido al manosearla y besuquearla por todo su cuerpo.

Decimos que se está en presencia de una prueba testimonial única, debido a que de las diferentes pruebas que la Fiscalía allegó al juicio, vg. los testimonios de ALBERTO CASTAÑEDA RENDÓN; AMPARO MONSALVE; HOLMES ARIAS MONTOYA y SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RAMÍREZ, de bulto se observa que a ninguno de esos testigos les constaba nada de lo acontecido a la ofendida, ya que solo se enteraron de esos eventos gracias a lo que la menor agraviada les contó a ellos en diferentes oportunidades, casi más de un año y medio de haber ocurrido los hechos. Por lo que se puede decir que en lo que atañe con dichos testigos, nos encontramos en presencia de unos simples y meros testigos de oídas, quienes a modo de caja de resonancia lo único que hicieron fue replicar un relato cuya fuente principal vendría siendo todo lo que a Ellos les dijo la menor ofendida.

Es de anotar que pese a lo dicho respecto de la condición de testigos de oídas que caracterizaba a las pruebas de la Fiscalía, la Sala no puede ignorar que en lo que atañe con el testimonio rendido por el médico legista HOLMES ARIAS MONTOYA se presentaba una especie de hibridación entre testigo directo y testigo de oídas, lo que implicaba que no se puede desconocer su condición de testigo directo respecto de los hallazgos que fueron objeto del examen sexológico que le practicó a la ofendida[[1]](#footnote-1), los cuales percibió con sus sentidos, y de testigo de oídas en lo que atañe al relato que la agraviada le ofreció sobre lo acontecido con el sátiro a partir del momento en el que pretendió violentarla carnalmente, el cual hizo parte de la anamnesis del informe que rindió como base de su opinión experta.

Por lo tanto, si en el presente asunto nos encontramos en presencia de un testigo único, lo cual, sobra por decir que es algo propio y característico de los delitos sexuales, los que han sido catalogados por la criminología como *delitos de alcoba*, debido a que en muchas ocasiones la única prueba de cargo es el testimonio de la víctima, lo que se debe a que el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, se aprovecha de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos, así como la ausencia de miradas indiscretas, o la vulnerabilidad o la excesiva confianza de las víctimas, para de esa forma saciar su libido con ventaja, sobreseguro y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, el tópico por determinar, acorde con la tesis propuesta por la apelante, sería el de establecer si dicha prueba única cumplía o no con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del procesado MADR.

Como respuesta a ese interrogante, la Sala dirá que la prueba testimonial única, en los esquemas procesales en los que impera el sistema de la libertad probatoria y la persuasión racional, el Juez del Conocimiento, con base en una prueba testimonial de tales condiciones, en ciertos eventos válidamente puede proferir una sentencia de condena; lo cual no acontecía en los sistemas procesales en los que regía la tarifa probatoria, debido a que en ellos se aplicaba el apotegma *tesis unus, tesis nulus*, lo que repercutía para que se desconfiara de una prueba testimonial única porque básicamente se trata de una prueba que carece de corroboración y en consecuencia no puede tener la contundencia que se requiere como necesaria para poder desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado. A lo cual se debe aunar que en algunas hipótesis existían potísimas razones para recelar de la imparcialidad del testigo único, en especial cuando el declarante tenía algún tipo de interés en los resultados del proceso, como acontecería en los eventos en los que el testigo único detentaba la condición de víctima.

Contrario a lo anterior, en los esquemas procesales en los que rige la persuasión racional y la libertad probatoria, tales circunstancias *per se* no inciden para descalificar o recelar de buenas a primera de lo dicho por parte de un testigo único, porque lo atestado en tales condiciones por el testigo debe ser apreciado con mayor rigor frente a factores tales como: La verosimilitud de sus dichos; la sanidad de sus sentidos; la gravedad de las contradicciones, inconsistencias e impresiones en las que incurrió en su relato; la personalidad del testigo y su comportamiento al momento de declarar; las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se enteró u obtuvo el conocimiento de lo narrado. Y una vez superado ese rigor, el fallador de instancia puede proferir un fallo de condena, siempre y cuando llegue a la absoluta convicción que al testigo se le debe conceder credibilidad a sus dichos.

Frente a lo dicho, o sea respecto de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para apreciar una prueba testimonial única, tenemos que la línea jurisprudencial trazada de vieja data por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2), ha sido del siguiente sentido:

“El testimonio único purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. El legislador, y también la doctrina, ha abandonado aquello de tesis unus, tesis nulus. La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo y apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora a la misma y mediante la cual es dable deducir cuándo se miente y cuándo se dice la verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de testimonio de persona interesada o en solitario. Estos son circunstanciales obstáculos, pero superables; son motivo de recelo que obligan a profundizar más en la investigación o en el estudio de declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima y de no alcanzar nunca el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena…”[[3]](#footnote-3).

Los anteriores criterios que deben ser tenidos en cuenta para la apreciación de una prueba testimonial única son igualmente aplicables en aquellos eventos en los que el testigo único, además de ser víctima de un delito sexual, detente la condición de menor de edad, porque en esas hipótesis, a pesar de que como consecuencia del principio *“Pro Infans”* los dichos de los menores de edad ameritan una especial confianza y solvencia probatoria, ello no quiere decir, como erradamente lo propone la apelante, que de manera automática y tendenciosa se les deba creer por sí y ante sí, puesto que lo atestado en tales términos por el menor agraviado debe ser apreciado en consonancia con la realidad probatoria, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“De manera, que esta línea de pensamiento, precisa que si bien el testimonio del niño víctima de abuso ostenta una alta confiabilidad y tiene capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del agente, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica, en conjunto con los restantes medios de demostración allegados a la actuación, y sin desconocer el precedente constitucional que fija la regla según la cual en los casos de abuso de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.

En este sentido, es deber del juzgador valorar cuidadosamente el testimonio del menor agredido sexualmente, y someterlo al modelo de valoración probatoria basado en la persuasión racional o sana crítica, garantizando el pleno respeto de los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos, de acuerdo a la fuerte tendencia proteccionista del marco jurídico que le obliga…”[[4]](#footnote-4).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, vemos que de un análisis del testimonio rendido por la menor ofendida en consonancia con el resto del acervo probatorio, se tiene lo siguiente:

* Se percibe en el testimonio absuelto por parte de la agraviada que existía cierta “*ojeriza”* y repulsión hacia el Procesado, porque Él no le pagaba a su hermanito las veces en la que lo contrataba para que le lavara la motocicleta; sumado a que por voces de su carnal se enteró de las desviadas apetencias y de los gustos de dicho fulano hacia los niños y niñas, a quienes les ofrecía dinero a cambio de que se dejaran manosear.
* La menor ofendida en su relato no se ubica en el tiempo, el cual se torna un tanto gaseoso e impreciso, ya que en momento alguno dice la época en la que ocurrieron los hechos. Es más incurrió en contradicciones respecto de la hora del día en la que ocurrieron los hechos porque inicialmente adujo que estos habían acaecido en horas de la tarde, luego dijo que fue en horas de la mañana a eso de las 11:00 a.m., para después aseverar que los mismos se dieron después que su padre salió a trabajar a eso de las 6:00 a.m.

Es de resaltar que como consecuencia de las confusiones y contradicciones en las que incurrió la menor en su relato, la Fiscalía acudió a la estrategia de refrescarle la memoria con base en una entrevista que había absuelto en el pasado ante la Defensoría de Familia, gracias a la cual pudo recordar que en efecto el Procesado la amarró de pies y manos en la cama, pero en ningún momento pudo superar las imprecisiones de su relato respecto de la fecha y hora en la que ocurrieron los hechos.

* La menor agraviada adujo que cuando el licencioso MADR ingresó a la habitación, procedió a amarrarla de pies y manos en una cama, y que ella además de oponer resistencia a la agresión vanamente gritaba para que la socorrieran hasta cuando el sátiro le tapó la boca. Pero al cotejar sus dichos con las atestaciones de la Sra. LUZ MARINA VILLA[[5]](#footnote-5), vemos que los mismos no obtienen eco, si se tiene en cuenta que la aludida testigo adujo ser vecina del apartamento en donde la agraviada residía, del cual lo separaba una pared de adobe[[6]](#footnote-6), lo que le permitía escuchar lo que pasaba al interior del inmueble vecino, siempre y cuando se hablara duro; a lo cual se le debe aunar que según el decir de la Sra. LUZ MARINA VILLA, ella la gran mayoría del tiempo permanecía en su residencia como consecuencia de su condición de ama de casa.

Por lo tanto, si la ofendida estuvo gritando para que la socorrieran, lo que era de esperarse es que esas voces de auxilio hubiesen sido escuchadas por la Sra. LUZ MARINA VILLA en su calidad de vecina del inmueble en el cual ocurrieron los hechos libidinosos, pero vemos que según el testimonio de la Sra. LUZ MARINA VILLA, ello nunca aconteció.

* La testigo SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RAMÍREZ, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Defensora de Familia, advera que la menor “D.C.M.” cuando Ella se encontraba en un hogar substituto bajo el amparo del ICBF, de manera espontánea le dijo lo que le había sucedido hacia casi más de un año con el lujurioso mototaxista, lo cual para la Sala es contradicho por el testimonio de la propia víctima quien desvirtúa esa supuesta espontaneidad cuando asevera que las razones por las cuales ella le dijo a la Defensora de Familia lo que le pasó con el Sr. MADR, se debieron a que su madre, AMPARO MONSALVE, le había trasladado a esa funcionaria ciertas sospechas o preocupaciones que tenía[[7]](#footnote-7), lo que suscitó para que la Defensora de Familia procediera a interrogarla.

Como se puede colegir, la Dra. SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RAMÍREZ fue un tanto mendaz en su relato cuando pretendió hacer creer que lo que le dijo a Ella la menor ofendida fue producto de su espontaneidad, cuando ello no era así, porque la realidad probatoria enseña que tal espontaneidad en momento alguno ocurrió, y más por el contrario lo que la agraviada le dijo a ella fue producto de la iniciativa desplegada por parte de la Defensora de Familia, de la cual no sabemos de qué técnica o estratagema se valió para conseguir que la menor le dijera lo que le dijo y porque se lo dijo.

* El testimonio de la menor ofendida se torna un tanto irracional e ilógico, porque de ser cierto que el perpetrador la había sometido, al desnudarla y amarrarla con una cabuya de pies y manos a una cama, por lo que prácticamente la tenía a su disposición y merced para hacer con ella lo que se le viniera en gana, no se entiende por qué el agresor desistió de su accionar lujurioso por el simple hecho de que le haya entrado una llamada a su teléfono móvil, si por el contrario lo que era de esperarse de una persona que tenía el libido exasperado no era otra cosa diferente que saciaría de manera *integral* sus apetencias lujuriosas sobre una persona que se encontraba en las condiciones en las que según el decir de la víctima estaba en esos precisos momentos: desnuda y amarrada de pies y manos en una cama.

Del anterior análisis que la Colegiatura ha efectuado del acervo probatorio, se puede colegir que la credibilidad que nacería del testimonio absuelto por la víctima “D.C.M.” se encuentra seriamente cuestionada y minada ante las falencias e imprecisiones cronológicas en la que incurrió la ofendida en su relato, sumado a ciertas facetas de irracionalidad que dimanan del mismo; a lo que se le debería aunar que sus dichos, salvo las atestaciones de algunos testigos de oídas, no encuentran eco alguno en el resto del caudal probatorio habido en el proceso.

Tales máculas que aquejan al testimonio único rendido por la menor “D.C.M.” nos hace concluir, en igual sentido que el *A quo,* que los dichos de la víctima carecían de la solvencia y del suficiente poder suasorio que se requiere como para poder derrumbar la presunción de inocencia que ampara al Procesado MADR, quien en consecuencia debía hacerse acreedor de los postulados que orientan el principio del *in dubio pro reo.*

Por otra parte en lo que atañe con los demás reproches y cuestionamientos formuladas por la apelante en contra del fallo opugnado, la Sala dirá lo siguiente:

* No es cierto que no se le dio una especial relevancia probatoria a las declaraciones rendidas por la menor ofendida por fuera del proceso, debido a que las mismas fueron utilizadas dentro de uno de los escenarios para los cuales estaban legalmente destinadas: como instrumentos para refrescar la memoria de la testigo, como bien aconteció en el juicio a partir del momento en el que la agraviada incurrió en unas imprecisiones en inconsistencias en su relato, ahí fue cuando la Fiscalía se valió de lo que Ella había declarado previamente ante la Defensoría de Familia, para utilizarlo como herramienta para refrescarle la memoria a la testigo.
* Son un tanto falaz los reclamos de preterición probatoria formulados por la apelante cuando aduce que en el proceso no se tuvo en cuenta el testimonio rendido por el perito psicólogo, quien al examinar a la víctima conceptuó que su relato era lógico y coherente. Tal falacia argumentativa se debe a que en momento alguno en el proceso se practicó ese tipo de prueba, por la sencilla razón consistente en que la misma no fue descubierta ni solicitada por parte de la Fiscalía en las audiencias de formulación de acusación y preparatoria.
* No era procedente la aplicación de manera retroactiva de las disposiciones reguladas artículo 13 la ley 1652 de 2013, por tratarse de una ley procesal con efectos sustantivos {debido a que regula una serie condiciones para que fuera factible que en virtud de ciertas hipótesis una entrevista pudiera ser considerada como pruebas de referencia admisible}, las que por regla general solo rigen hacia el futuro, o sea a partir de la fecha de su promulgación o sanción, y de manera excepcional tendrían efectos retroactivos solamente para beneficiar al procesado acorde con los postulados del principio del *favor rei*, consagrado en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta, el artículo 6º, inciso 2º, del C.P. y en el artículo 6º, inciso 2º, del C.P.P.

Sobre lo anterior, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial…”[[8]](#footnote-8).

* En el remoto de los eventos en los que de manera descabellada se diga, como lo asevera la apelante, que por aplicación del principio *“pro infans”* las declaraciones extraprocesales rendidas por la victima si debían ser consideradas como prueba de referencia admisible, acorde con lo reglado por la ley # 1.652 de 2.013, de todos modos en el presente asunto no se cumplirían con las condiciones exigidas por la Ley de marras para que esa entrevista pueda ser catalogada como prueba de referencia admisible por lo siguiente: a) A fin de preservar los derechos del menor de edad y de garantizar tanto la originalidad como la autenticidad de la entrevista, la Ley # 1.652 de 2.013 exige que la misma sea llevada a cabo en *una cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima*, y que tal acto sea *grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito*; lo cual en momento alguno se dio en el presente asunto, ya que la entrevista absuelta por la ofendida no se llevó en una cámara *gesell* o un espacio similar, sino en las instalaciones del *ICBF*; b) La originalidad y la autenticidad de la entrevista se encuentra en tela de juicio porque la misma no se grabó en un medio técnico o audiovisual, que sería lo ideal, sino que se documentó de manera escrita; c) No estaban acreditados los requisitos para que la testigo SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RAMÍREZ, en su calidad de Defensora de Familia pudiera allegar al juicio la entrevista rendida por la víctima, si se parte de la base consistente en que la ley 1652 de 2013 exige que los funcionarios que cumplan funciones de Policía Judicial tengan una capacitación y un entrenamiento especial en el manejo de entrevistas forenses absueltas por menores de edad, de lo cual no sabemos si la testigo cumplía o no con esa clase de habilidades.

Finalmente, en el lejano de los eventos en los cuales le asista la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la apelante, de todos modos sería un imposible jurídico poder proferir un fallo de condena en contra del procesado MADR como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos, lo que a su vez conllevaría a una flagrante vulneración del principio de la congruencia.

Para demostrar la anterior hipótesis, debemos tener en cuenta que de concederle total y absoluta credibilidad al relato de la víctima, del mismo, de bulto se observa que de sus atestaciones se desprende que el perpetrador se valió de la violencia física como medio para poder someterla a sus apetencias libidinosas, ya que la ató con un lazo de pies y manos en una cama, e incluso le tapó la boca para que no gritara.

Lo antes expuesto nos indicaría, de otorgarle plena credibilidad a las atestaciones de la agraviada, que se puede colegir que nos encontramos en presencia de un atentado de tipo erótico sexual en el cual el perpetrador se valió de la fuerza o de la violencia física como herramienta para poder vencer la resistencia de la víctima para así satisfacer con ella la concupiscencia que lo embargaba, lo que se adecuaría típicamente en el delito de acto sexual violento (artículo 206 C.P.) o de tentativa de acceso carnal violento (artículo 205 C.P.). Lo cual diferiría con la calificación jurídica dada a esos hechos por parte del Ente Acusador, quien fue del criterio que los mismos se adecuarían típicamente en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, tipificado en el artículo 209 del C.P. reato este que se caracteriza porque los actos lujuriosos que el sujeto agente efectúa en contra de la integridad sexual del ofendido, se llevan a cabo de manera consensuada, pero que por la edad del agraviado, al ser menor de 14 años, el consentimiento brindado para acceder a tales comportamientos libidinosos se encuentra viciado por carecer de validez, ya que no detenta de la capacidad para auto determinarse en asuntos de tipo erótico-sexual.

Sobre las diferencias habidas entre los 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 cual 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…[[9]](#footnote-9)”.

Siendo así las cosas, de aceptarse como absoluta e integralmente creíble el testimonio absuelto por la menor agraviada, se puede concluir que el encuentro libidinoso que la ofendida sostuvo con el ahora Procesado no fue producto de algo consensuado sino de una agresión alevosa cuyo factor primordial fue la violencia física a la que la menor fue sometida y reducida por el perpetrador, lo que a su vez permitió que su atacante pudiera manosearle y besuquearle sus partes pudendas.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto el Ente Acusador desde un principio incurrió en una errónea calificación jurídica dada a los hechos que fueron objeto de la acusación, lo que generaría una especie de incongruencia entre la acusación y lo que pretendía acreditar probatoriamente en el juicio oral, lo que a su vez conspiraría de manera negativa para que el fallador de instancia pudiera llegar a ese absoluto grado de conocimiento 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.

A modo de corolario de todo lo antes expuesto, la Sala es de la opinión que con el testimonio único rendido por la ofendida no era posible llegar a ese grado de convicción que se requiere frente al escenario de la responsabilidad penal del acusado que es exigido por los artículos 7º y 381 C.P.P. como requisito necesario para poder proferir un fallo de condena, y en consecuencia, como atinadamente lo adujo el *A quo,* el Procesado MADR debía ser beneficiado de los postulados del *in dubio pro reo.*

Siendo así las cosas, la Sala válidamente puede concluir que no le asiste la razón a los reproches denunciados por la apelante, por lo que el fallo opugnado ha de ser confirmado.

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida en las calendas del 16 de febrero del 2015 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en la cual se absolvió al procesado **MADR** de los cargos relacionados con la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, respecto de los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

**SEGUNDO:** 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. En los que no encontró evidencias ni huellas indicativas de abuso sexual. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver entre otras: la sentencia del 12 de julio de 1989. Rad. # 3159; la sentenciadel 15 de diciembre de 2.000. Rad. # 13119; la sentencia del 29 de julio de 2008. Rad. # 25820; la sentencia del 1º de julio de 2009. Rad. # 26869; y la sentencia del 11 de febrero de 2015. Rad. # 43.075. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 12 de julio de 1989. Rad. # 3159. M.P. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 28 de octubre de 2015. AP6291-2015. Radicación # 42783. [↑](#footnote-ref-4)
5. Quien dijo ser la arrendadora del inmueble habitado por la ofendida y su padre. [↑](#footnote-ref-5)
6. Según la versión *on line* del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, (http://dle.rae.es) una de las acepciones de la palabra adobe es la de *«masa de barro mezclado a veces con paja, moldeada en forma de ladrillo y secada al aire, que se emplea en la construcción de paredes o muros»*. [↑](#footnote-ref-6)
7. De cuyos dichos se desprende que le destilaba odio e inquina al padre de la menor, ALBERTO CASTAÑEDA, con quien Ella convivía para la época en la que tuvieron ocurrencia los hechos. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de marzo de 1.988. Rad. # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-9)