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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS / LA VÍCTIMA COMO ÚNICO TESTIGO / PRUEBAS DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA / CONTRADICCIONES EN LAS ENTREVISTAS / SITUACIONES QUE LAS HACEN COMPRENSIBLES Y NO AFECTAN LA PRUEBA.**

Es igualmente verdadero… que la madre no presenció lo sucedido a su descendiente y tan solo hizo referencia a circunstancias posteriores a lo ocurrido -el llanto que presentaba, los nervios posteriores, y que llevaba la camiseta al revés-, e igualmente tanto la Comisaria de Familia como el Psicólogo de dicha institución tampoco les consta si en efecto lo narrado por el niño acaeció en la forma en que lo adujo con la variación finalmente entregada, pero desde luego sus dichos deben ser tenidos en cuenta como “prueba de corroboración periférica”. Punto trascendente respecto del cual se indicó por la Sala de Casación Penal que los testimonios de las personas que observan a la víctima con posterioridad a los hechos, adquiere una significativa importancia valorativa:

“Es cierto que de acuerdo con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia, pero en este caso tales probanzas ratificaron el testimonio directo de la víctima, sin que el censor dedique espacio a postular la irracionalidad del juzgador por otorgarle credibilidad al mismo, falencia que deja sin demostración el cargo postulado…”

Nadie niega que el menor contó su versión de dos maneras distintas, como se desprende de lo dicho al médico forense, a la Comisaria de Familia y finalmente al psicólogo -al cual le precisó realmente cómo sucedieron los hechos-, acerca de lo cual queda claro que ese cambio de narrativa tiene una explicación totalmente comprensible. Pero a ello se debe sumar que las exposiciones de tales profesionales, como también lo ha reiterado la jurisprudencia, deben ser tenidas en cuenta como testimonio directo acerca del objeto de conocimiento que se les puso de presente…

Para la Sala por tanto, como también lo fue para el a quo, la manifestación esgrimida por la víctima es digna de credibilidad al evidenciarse que sus relatos guardan un mismo núcleo central, en cuanto fue objeto de manipulación sexual por parte del denunciado, y sin que los testigos de la defensa, entre ellos el mismo procesado, hubieran logrado desvirtuar los cargos en su contra. (…)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN No 372

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Abril 23 de 2019. 9.33 a.m. |
| Acusado: | JAMV |
| Cédula de ciudadanía: | 1.093.533.961 de Pueblo Rico (Rda.) |
| Delito: | Actos sexuales con menor de 14 años. |
| Víctima: | Menor J.S.V.V. de 12 años de edad para la época de los hechos. |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo del Circuito con función de conocimiento de La Virginia (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta tanto por la Fiscalía como por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha junio 09 de 2016. SE CONFIRMA |

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

1.- hechos Y precedentes

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

1.1.- Del contenido del escrito acusatorio se observa que los hechos objeto de análisis fueron dados a conocer mediante denuncia formulada en mayo 04 de 2012 por la señora DORA ELIZA VÉLEZ OSPINA ante la Policía Judicial del Municipio de Apía (Rda.), donde informa que el día anterior su hijo J.S.V.V. [[1]](#footnote-1), quien colaboraba como acólito en la Iglesia del Municipio de Pueblo Rico, luego de una celebración religiosa llegó a casa aproximadamente a las 8:45 de la noche llorando y le comentó que había sido violado por el muchacho del grupo juvenil de la parroquia de nombre **JAMV,** y que ello había sucedido en el estadio de esa localidad a donde lo tuvo que acompañar bajo amenazas -versión que posteriormente el menor que se dice afectado aclaró para sostener que esos hechos si se presentaron pero lo hizo en forma voluntaria-. A consecuencia de ello trasladó al pequeño al centro médico para la valoración respectiva.

1.2.- Adelantado el programa metodológico de investigación, se llevaron cabo las audiencias preliminares (mayo 11 de 2015) ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Apía (Rda.), por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión del señor JAMV; (ii) se le formuló imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo, conducta reglada en el artículo 209 C.P., los cuales el indiciado NO ACEPTÓ; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, decisión que fue objeto de recurso y posteriormente confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Rda.).

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (julio 06 de 2015) en el que atribuyó idénticos cargos en la persona del imputado, cuyo conocimiento le fue asignado al Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia (Rda.) ante el impedimento manifestado por su homólogo del municipio de Apía (Rda.), estrado en el cual, luego de diversos aplazamientos, se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (noviembre 11 de 2015), preparatoria (febrero 16 de 2016), y juicio oral (abril 06, mayo 03 y junio 09 de 2016), fecha esta última en la que se profirió el sentido de fallo de carácter condenatorio y se emitió la sentencia respectiva, por medio de la cual: (i) se declaró autor responsable al señor JAMV del delito de acto sexual con menor de 14 años; (ii) se le impuso pena de 108 meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término; y (iii) le negó cualquier beneficio liberatorio, subrogado o sustitutivo de la pena, por expresa prohibición legal.

1.4.- Para adoptar tal determinación, el a quo consideró que quedó debidamente probada tanto la materialidad de la ilicitud como el compromiso en cabeza del señor JAMV, todo lo cual fue acreditado con los dichos del menor J.A.V.V. quien dio cuenta de los tocamientos de los que fue víctima cuando contaba con 12 años de edad, más concretamente el día de los “mil jesuses”, los que empezaron en la Iglesia y de ahí se fueron para los baños del estadio.

En relación con la declaración de los menores víctimas de abuso sexual, señala que la Corte ha impuesto a los operadores jurídicos que se realice un trabajo analítico con los demás elementos de prueba, y en este caso se contó con lo percibido y escuchado por la madre de J.S.V.V. el día de los hechos, lo expuesto por el psicólogo que lo valoró y le brindó ayuda acerca de su orientación sexual, profesional que además concluyó que no presenta daño emocional; de igual modo, lo referido por la Comisaria de Familia de Pueblo Rico y el patrullero ÁNGEL MAYORGA, quienes dan cuenta de las entrevistas recibidas al menor quien relató que los tocamientos se dieron en sus genitales, e igualmente que entre víctima y victimario se hicieron sexo oral. Agrega que aunque en efecto existen dos versiones en las entrevistas, el pequeño aclaró las razones por las cuales lo había hecho, nada diferente al sentir temor que su madre se enterara de su orientación sexual. El despacho da por lo tanto crédito a lo mencionado por la víctima porque lo considerable creíble.

No encuentra atendibles los argumentos defensivos al indicar que el procesado no tuvo contacto con el niño por encontrarse en la ceremonia religiosa hasta las 11:00 de la noche y salir en compañía de DULFAY, en tanto la madre del pequeño estuvo con él en la Iglesia hacia las 6:30 p.m. y este llegó a su casa llorando a las 8:00 de la noche, instante en el cual contó lo sucedido; luego entonces, el procesado después del encuentro sexual entre las 7:00 y 8:00 de la noche regresó a la Iglesia a continuar con sus labores, según se logró acreditar con el testimonio del menor y las restantes pruebas que así lo reafirman.

Finalmente, el a quo dejó en claro que condenaría por una sola conducta y no por un concurso de hechos punible, en cuanto a su entender no se logró probar cuáles fueron esos otros tocamientos que supuestamente tuvieron ocurrencia con antelación a mayo 03 de 2012.

1.5.- Inconformes con la sentencia, tanto la Fiscalía como el defensor expresaron que apelarían la misma, y que la sustentarían en forma escrita.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscal *-*recurrente*-*

Pide se modifique el fallo y se condene al procesado por el concurso homogéneo de conductas punibles con fundamento en lo siguiente:

Se probó en juicio que los actos sexuales se realizaron en dos oportunidades en los baños del estadio de Pueblo Rico (Rda.) como lo manifestó el afectado, la primera ocasión el día de la última cena de Semana Santa, y la segunda el día de los “mil jesuses”. Agrega que la versión del menor fue creíble, no se notó ánimo dañino por cuanto sabía que **JAMV** lo escucharía y no quería que este pensara que lo acusaba de algo que no había ocurrido, como lo aclaró en relación con las presuntas amenazas que en un principio adujo, las que en realidad no acontecieron y lo dijo fue por temor a su mamá.

El concurso de conductas se corroboró con el testimonio del psicólogo GIOVANNI MARMOLEJO a quien el menor le narró lo sucedido, donde expresó que los tocamientos se dieron en dos oportunidades como se consignó en el informe psicosocial, y por ende lo dicho por el profesional no puede ser tenido como prueba de referencia. Estima que en este asunto se cumplieron los requisitos a los que alude el precedente con radicado 18455 de 2005, a saber: (i) que no existe rencor o enemistad que ponga en entredicho la actitud probatoria del dicho del ofendido; (ii) que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon los hechos; y (iii) que haya persistencia en la incriminación, sin contradicciones ni ambigüedades.

Pide en consecuencia se dé aplicación a lo reglado en el canon 31 C.P. y se aplique el incremento al que hubiere lugar.

**2.2.-** Defensor *-recurrente-*

Solicita se revoque el fallo de condena y se profiera uno absolutorio a favor de su prohijado, con fundamento en lo siguiente:

El a quo limitó el problema jurídico a los meros actos que acaecieron en la fecha indicada, sin hacer alusión a: (i) la forma en que se recibió el testimonio al pequeño, que lo fue sin el lleno de los requisitos legales; (ii) las inconsistencias en que incurrió, que generaban una duda insalvable; (iii) al incendio ocurrido en Apía (Rda.) cuyas llamas al parecer consumieron el primer expediente, lo que obligaba a la debida reconstrucción; y (iv) si la denuncia que originó la actuación fue la remitida por el Hospital de Pueblo Rico o la que de manera irregular hizo la Fiscalía.

Analiza lo referido por cada uno de los testigos, y concluye: (i) el menor J.S.V.V. dio dos versiones diferentes sin establecerse la veracidad de estas, y aunque mintió no aclaró sobre qué lo hizo; (ii) en su declaración no narró los hechos que originaron esta investigación, no se adujeron pruebas al respecto, ni se corroboraron las entrevistas realizadas, con lo cual solo se discutieron aspectos generales acerca de lo sucedido; (iii) dicho testimonio carece de legalidad al no haber sido recibido en presencia de un Defensor de Familia, el representante del adolescente o un profesional especializado, ya que en juicio no se determinó la calidad del Dr. MARMOLEJO quien lo acompañó en su exposición, máxime que adujo no estar entrenado para esa clase de entrevistas, a consecuencia de lo cual no debió tenerse en cuenta para la sustentación del fallo; (iv) la Comisaria de Familia resaltó las contradicciones en los dichos del niño, lo que no tuvo en cuenta el juez; (v) la Trabajadora Social indicó que anteriormente existió otra investigación desarrollada por su homóloga, pero no supo dar razón de su paradero; (vi) de la anamnesis de la valoración sexológica no se puede determinar la comisión de la conducta endilgada a su cliente; (vii) el patrullero ÁNGEL MAYORGA fundamentó su declaración en apreciaciones subjetivas al no introducir ninguna entrevista, ni haber tenido contacto con el menor, solo se refiere a unas entrevistas tomadas y saca sus propias conclusiones; (viii) a su turno el patrullero DARWIN ZAMBRANO expresó que hubo un incendio en las instalaciones judiciales de Apía (Rda.), y que aparentemente allí se incineró la investigación que se había comenzado inicialmente, y sin lineamiento legal para la reconstrucción comenzaron una nueva; por último (ix) el informe del planimetrista se hizo en horas del día, cuando los hechos ocurrieron en la noche. Así que todos esos testimonios deben ser estudiados en conjunto.

Existen múltiples dudas acerca de las versiones de los hechos y los procedimientos adelantados para el recaudo probatorio, sin haberse podido desvirtuar la presunción de inocencia de su representado, máxime cuando las pruebas indiciarias a las que alude el a quo son de referencia y se basan en versiones diferentes. En síntesis, al no probarse en grado de certeza la comisión del ilícito enrostrado, no se daban los requisitos para condenar.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía y la Defensa-.

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

Corresponde al Tribunal determinar si la decisión de condena proferida en contra del señor **JAMV** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo se dictará sentencia absolutoria, como lo solicita el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se percibe, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se aprecia de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

De lo arrimado al juicio se desprende que en mayo 03 de 2012, cuando J.S.V.V. se hallaba en la Iglesia del municipio de Pueblo Rico (Rda.) donde colaboraba como monaguillo, y luego de concluir la ceremonia de los “mil jesuses”, procedió a cambiarse en un lugar donde también se encontraba el aquí acusado **JAMV**, y de común acuerdo decidieron salir con destino al estadio municipal de esa localidad para ingresar a uno de los baños del lugar, donde se realizaron tocamientos mutuos, pero una vez el adulto intentó voltearlo con la intención de penetrarlo, el menor se asustó, se vistió rápidamente, y se fue para su casa.

Valga decir *ab initio*, como es de usanza hacerlo en el análisis judicial de los delitos que atentan contra la libertad y formación sexuales, que estos se caracterizan por la escasez probatoria al ser comprensible que se lleven a cabo en sitios solitarios o en la mayoría de los casos se aprovecha la intimidad del domicilio de la víctima o del victimario. Y en este evento se tiene que tal situación anómala tuvo ocurrencia en horas de la noche y en los baños del estadio del municipio de Pueblo Rico (Rda.)

En desarrollo de la audiencia del juicio oral se escucharon los testimonios de la víctima J.S.V.V., de su madre DORA ELISA VÉLEZ OSPINA, de varios funcionarios de la Comisaría de Familia de Pueblo Rico (Rda.), a saber: JESÚS GIOVANNY MARMOLEJO LÓPEZ -psicólogo-, SILVIA LORENA RAMOS MONTOYA -Comisaria-, MANUELA GARCÍA OSORIO -trabajadora social-. Del psicólogo JAIRO ROBLEDO TORRES -adscrito a Medicina Legal-, del Dr. CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALEANO -médico forense-, de los policiales ÁNGEL DE JESÚS MAYORGA CÁRDENAS, DARWIN ORTIZ ZAMBRANO y HUMBERTO ARENAS DOMÍNGUEZ -adscritos a la Sijín-. Todos ellos como pruebas de cargo de la Fiscalía, quienes hicieron alusión al conocimiento de los hechos denunciados, a las actividades desarrolladas a raíz de los mismos y/o al comportamiento del acusado. En tanto por la defensa se escucharon en declaración: JULIETH DULFARIS MUÑOZ ALMONACID, JUAN MIGUEL RUIZ VELÁSQUEZ y el procesado **JAMV**.

Del análisis conjunto de la prueba testimonial arrimada al juicio, como corresponde, se hace evidente que la mayoría de ellos ningún conocimiento directo tuvo acerca de la comisión de la conducta, en tanto los hechos de los que se asegura fue víctima el menor J.S.V.V. tuvieron ocurrencia -se repite- en los baños del estadio municipal, sin que ninguna persona distinta a los allí involucrados se percatara de lo sucedido. No obstante esa circunstancia, para el Tribunal al igual que lo fue que para el juez a quo, obran suficientes elementos de convicción que llevan a concluir la real ejecución de la infracción denunciada y la responsabilidad en cabeza del acusado. Obsérvese:

De la información que fue suministrada en juicio por J.S.V. se desprende que el día 03 de mayo de 2012, luego de realizarse una celebración religiosa, fue víctima de tocamientos por parte de **JAMV**, de lo cual enteró a su señora madre quien lo observó al llegar a la casa a eso de las 8:30 de la noche, llorando y con la camiseta al revés, ante lo cual le contó que fue amenazado y obligado a acudir a los baños del estadio, lugar en donde fue “violado”.

Surge diáfano que fue la señora DORA ELIZA VÉLEZ OSPINA la primera en percatarse de la situación ocurrida a su hijo, no solo por cuanto presenció de manera directa el desespero en que se hallaba el menor, sino que además este le narró las circunstancias vividas minutos antes, lo que en efecto se compadecía no solo con su condición anímica, sino con la forma en que llevaba su camiseta para ese instante.

Tal hecho igualmente fue narrado de manera similar al día siguiente ante el médico forense que lo examinó, y si bien tal profesional no encontró en el menor huellas de violencia sexual, ello se compadece con lo referido por este, dado que lo ocurrido fueron únicamente tocamientos de índole sexual, como quiera que al presentir que iba a ser penetrado por el adulto, se asustó y decidió marcharse del lugar.

Es totalmente verídico, como así lo indica el togado de la defensa, que J.S.V. entregó versiones distintas, una la que dio a su progenitora y al médico forense, la que también sostuvo ante la Comisaria de Pueblo Rico, dos años después cuando fue entrevistado por esta funcionaria -donde indicaba que fue amenazado por el individuo por lo cual debió acompañarlo hasta el estadio-, y otra la que le contó al psicólogo GIOVANNY MARMOLEJO y que finalmente fue la que expuso en juicio oral. Versión final en la cual fue enfático en señalar que no hubo ninguna clase de violencia y que los hechos sucedidos en mayo 03 de 2012 tuvieron ocurrencia porque de común acuerdo decidieron ir a los baños del estadio donde se dieron esos tocamientos de parte de **JAMV** -no obstante que ante el psicólogo refirió que ambos se hicieron sexo oral, lo que pudo implicar una penetración del miembro viril del adulto en la boca del pequeño, aunque de ello nada se acreditó-.

En criterio de la defensa el menor mintió sin indicar con claridad en qué sentido; no obstante, para la Sala es totalmente claro que lo fue única y exclusivamente en punto de la presunta “violencia” ejercida por el adulto para que lo acompañara al lugar donde sostuvieron los tocamientos, ya que para ejecutar esos actos existió un consenso entre ambos, sin que mediara por tanto ninguna clase de intimidación. Y si bien es cierto J.S. cambió la inicial versión, ello era totalmente comprensible por cuanto, como así lo expresó en juicio: “tenía temor de lo que pensara mi familia de mi orientación sexual”, en especial su madre y tíos, quien en sus palabras: “son muy machistas”, pero cuando se percató que se hallaba frente a una situación seria decidió contarle todo a su progenitora y ello lo llevó a rendir la entrevista pertinente.

Es igualmente verdadero, como ya se anunció, que la madre no presenció lo sucedido a su descendiente y tan solo hizo referencia a circunstancias posteriores a lo ocurrido -el llanto que presentaba, los nervios posteriores, y que llevaba la camiseta al revés-, e igualmente tanto la Comisaria de Familia como el Psicólogo de dicha institución tampoco les consta si en efecto lo narrado por el niño acaeció en la forma en que lo adujo con la variación finalmente entregada, pero desde luego sus dichos deben ser tenidos en cuenta como “prueba de corroboración periférica”. Punto trascendente respecto del cual se indicó por la Sala de Casación Penal que los testimonios de las personas que observan a la víctima con posterioridad a los hechos, adquiere una significativa importancia valorativa:

“Es cierto que de acuerdo con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia, pero en este caso tales probanzas ratificaron el testimonio directo de la víctima, sin que el censor dedique espacio a postular la irracionalidad del juzgador por otorgarle credibilidad al mismo, falencia que deja sin demostración el cargo postulado.

De la misma manera, el defensor olvida que si se trata de demostrar errores probatorios del juzgador, acorde con el desarrollo completo del cargo es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia, porque basta que se mantenga uno sólo de ellos con suficiente contundencia para que el sentido de la decisión conserve su doble presunción de acierto y legalidad, y en este evento hace caso omiso de los dichos de los padres del menor […] quienes refieren que luego del suceso notaron a su hijo muy asustado y observaron que su miembro viril presentaba alteraciones tales como enrojecimiento e inflamación variaciones percibidas compatibles con manipulación a ese nivel”.**[[2]](#footnote-2)**

Nadie niega que el menor contó su versión de dos maneras distintas, como se desprende de lo dicho al médico forense, a la Comisaria de Familia y finalmente al psicólogo -al cual le precisó realmente cómo sucedieron los hechos-, acerca de lo cual queda claro que ese cambio de narrativa tiene una explicación totalmente comprensible. Pero a ello se debe sumar que las exposiciones de tales profesionales, como también lo ha reiterado la jurisprudencia, deben ser tenidas en cuenta como testimonio directo acerca del objeto de conocimiento que se les puso de presente[[3]](#footnote-3), ya que no obstante no presenciar los hechos, tuvieron ocasión de valorar al menor víctima, y pudieron ofrecer sus conclusiones las cuales se sometieron a un examen riguroso en juicio oral, y en ese sentido aportaron un conocimiento personal que adquiere considerable relevancia valorativa en orden a desentrañar los puntos confiables del relato que incrimina.

Se tiene por tanto que los dichos del menor no son insulares en el plenario y encuentran respaldo periférico con otras pruebas que se arrimaron válidamente al juicio.

Muy a pesar de esa realidad procesal, la defensa recalca la existencia de sendas dudas acerca de la responsabilidad de su cliente, mismas que surgen de la afirmación según la cual el menor J.S.V.V mintió. Pero ocurre que si bien el afectado en efecto mintió en un primer momento, como así lo reconoció, ello lo hizo, se repite, en el apartado atinente a la “violencia” que tuvo que inventarla para evitar la censura de sus familiares, pero no en lo demás.

No se advierte y hay que descartar de plano, cualquier intención malsana de parte del infante de afectar al señor **JAMV**, pues en momento alguno se refiere a él en malos términos; muy por el contrario, el niño fue enfático en señalar que los hechos acaecidos en mayo 03 de 2012, en verdad se presentaron de común acuerdo aunque al final desistiera de continuar más allá de los tocamientos mutuos que sostuvieron.

Sobra decir que aunque el menor asintió esos actos de contenido libidinoso, ello no releva del compromiso penal al adulto, en tanto la voluntad del pequeño en este tipo de comportamientos se entiende viciada por inmadurez sicológica -de pleno derecho, juris et de juris, y por lo mismo sin lugar a admitir prueba en contrario-, a consecuencia de lo cual no sirve para excluir la responsabilidad del justiciable.

Para la Sala por tanto, como también lo fue para el a quo, la manifestación esgrimida por la víctima es digna de credibilidad al evidenciarse que sus relatos guardan un mismo núcleo central, en cuanto fue objeto de manipulación sexual por parte del denunciado, y sin que los testigos de la defensa, entre ellos el mismo procesado, hubieran logrado desvirtuar los cargos en su contra. Acerca de lo cual se dirá:

Los testigos traídos por la defensa son enfáticos en aducir que el señor **JAMV** en ningún instante salió de la Iglesia con el menor, y permaneció en dicho sitio hasta las once de la noche aproximadamente, ya que le colaboraba a su amigo JUAN MIGUEL RUIZ a dejar la Iglesia lista para el día siguiente, luego de concluida la celebración de los “mil jesúses”; lo que igualmente señaló la señora JULIETH DULFARIS MUÑOZ.

Para la Corporación, tales testigos se tornan sospechosos y lo único que pretenden es ayudar a toda costa a su amigo y compañero del grupo juvenil mariano, al expresar que la ceremonia fue de larga duración y que **JAMV** permaneció incluso varias horas más en la misma. Todo ello para contradecir la información que entregó el menor y su progenitora frente a la hora en la que este llegó a la casa, respecto de lo cual no hay completa claridad -la madre en la denuncia indicó que llegó a la vivienda a las 8:55 p.m., pero en juicio refirió que a las 8:00 p.m.

Cambio de horario que es abiertamente intrascendente y no demerita la prueba en contra del acusado, máxime, cuando de parte de los mismos testigos de la defensa, quienes para la fecha de los hechos colaboraran en las actividades de la Iglesia, tampoco hay claridad acerca de la duración de la ceremonia llevada a cabo. Véase que JULIETH DULFARIS aseguró que esta empezó a las 6:30 p.m. y tuvo una duración de dos horas y media, con la misa pertinente; en tanto JUAN MIGUEL RUIZ adujo que entre una hora y una hora y cuarenta y cinco minutos. Sea como fuere, la ceremonia concluyó pasadas las 8:00 de la noche, y ocurre que los hechos, como los narró el pequeño, se registraron luego de concluida dicha ceremonia, y por tanto coincide con las horas referidas por la madre.

No hay lugar a negar que luego de acaecido el hecho en los baños del estadio, el señor **JAMV** haya podido regresar a la Iglesia a colaborarle a su amigo, tal cual así lo estimo el a quo, lo cual refuta el recurrente en tanto de ello nada se dijo. Pero de todas formas lo cierto es que el acá procesado sí tuvo que salir de la parroquia con el pequeño, según lo denunciado, aspecto respecto del cual no quisieron declarar sus amigos con la finalidad de favorecerlo, pero sin ningún poder suasorio como ha quedado dicho.

Así las cosas, en consonancia con lo planteado por el funcionario de primer grado, existe en la actuación prueba que permite acreditar, más allá de toda duda razonable, no solo la materialidad de la ilicitud ocurrida en mayo 03 de 2012, sino igualmente el compromiso que en el mismo le asiste al procesado **JAMV**, por lo cual se hacía merecedor al reproche penal.

Ahora, en cuanto al disenso de la delegada del órgano persecutor, por cuanto el a quo consideró que no hubo concurso de actos sexuales, pese a que J.S.V.V. señaló que estos acaecieron en dos oportunidades, la primera de ellas un jueves santo donde el aquí comprometido lo incitó, el accedió y se realizaron tocamientos en los mismos baños del estadio municipal de Pueblo Rico (Rda.), que está ubicado a unas cuatro cuadras de la Iglesia. Al respecto, se aprecia que en efecto el pequeño indicó tal circunstancia y ello también lo informó al psicólogo de la Comisaría de Familia de esa municipalidad, tal cual así lo manifestó en su declaración, pero frente a ese primer suceso, en realidad no hay claridad acerca del instante en que se presentó, salvo indicar que fue un día de Semana Santa, pero no refirió ningún dato adicional sobre tal particular -año, día, hora de ocurrencia-, máxime que de tal episodio no se dio cuenta a la progenitora o alguno de sus familiares, ni mucho menos fueron alertadas las autoridades judiciales, como sí ocurrió con respecto a la segunda escena posterior que es materia de juzgamiento. Y precisamente ante esa falta de concreción en relación con la comisión de esa inicial conducta, no podía pretender la Fiscalía que se le atribuyera al acusado con igual contundencia el ilícito de actos sexuales en concurso homogéneo. Siendo así, la Colegiatura solo tendrá por debidamente acreditado probatoriamente lo acaecido en mayo 03 de 2012, y en tal sentido no se accederá a modificar la pena para acrecentarla.

Otros puntos de interés en el debate:

* *No se corroboró con el menor las entrevistas realizadas, y su declaración en juicio fue sumamente genérica.*

Ello es cierto, al menor no se le puso de presente la entrevista rendida ante la Comisaria de Familia, sus dichos, aunque genéricos, como lo aduce el recurrente, dejan entrever sin lugar a dudas que en efecto rindió no solo esa exposición a la citada funcionaria sino además otra frente el psicólogo de esa dependencia en la cual contó lo sucedido tal y como en verdad ocurrió, sin aditamento alguno. Así que si la intención del profesional del derecho era impugnar la credibilidad de J.S.V.V. con fundamento en las declaraciones anteriores, debió obrar en tal sentido, pero no lo hizo.

Igualmente es cierto que por la técnica en que se practicó el testimonio de J.S.V.V. -por medio de preguntas escritas que elaboraron tanto la delegada fiscal como el defensor, y que le eran trasladas por el psicólogo en forma oral al pequeño-, se limitó potencialmente la posibilidad de la defensa para contrainterrogar. Pero ello en sí mismo considerado no encarna irregularidad alguna, toda vez que aunque en efecto los cuestionamientos realizados por la Fiscalía al menor fueron genéricos y en estos no se incursionó en los detalles minuciosos de lo acontecido, como lo sería por ejemplo: si los tocamientos fueron recíprocos o no[[4]](#footnote-4), de todas formas la defensa sí tuvo la posibilidad de controvertir lo referido por la víctima, aunque al final sus censuras no resultaron suficientes para quebrar el poder suasorio de lo narrado por la víctima, y de esa manera se sobrevino, como tenía que suceder, un fallo adverso a sus pretensiones procesales.

* *Falta de acreditación del perito que acompañó al infante en la declaración, y falta de conocimientos en toma de entrevistas a menores.*

Argumenta el letrado que no se acreditó la calidad del señor JESÚS GIOVANNI MARMOLEJO LÓPEZ para acompañar a J.S.V.V. en la declaración rendida, pero esa aseveración no es de recibo para la Sala, como quiera que el antes mencionado tiene la calidad de Psicólogo y había laborado al servicio de la Comisaría de Familia hasta marzo 30 de 2016, esto es, seis días antes de iniciarse el juicio, y con fundamento en tal calidad hubo de acompañar al menor al momento de dar testimonio en juicio, precisamente como garante de los derechos que le asistía, y su labor se concretó en trasladarle las preguntas que previamente y por escrito le hicieron tanto la Fiscalía como la defensa, sin ir más allá de tal actividad.

El mismo profesional rindió posteriormente declaración en juicio y lo hizo según el ente acusador en calidad de perito. Pero llámese perito o simple testigo, es lo cierto que al decir de la doctrina y la jurisprudencia, a un perito se le debe tratar como a un testigo, esa es su naturaleza intrínseca, y además no como un testigo de referencia, sino como un testigo directo, conforme se dijo con antelación.

En este caso concreto el psicólogo MARMOLEJO LÓPEZ declaró acerca de la valoración realizada a J.S.V., así como de la orientación que le brindó respecto a su sexualidad, y frente a la lógica y coherencia de su relato indicó que de acuerdo con el discurso del pequeño, se desprende que vivió la situación narrada, pero que no tiene afectación psíquica o emocional. Tal declarante hizo por tanto una exposición respecto a un hecho de contenido relevante para la investigación, lo cual tuvo ocasión de observar por medio de sus sentidos y transmitir en juicio con la consabida confrontación.

Ahora bien, frente al hecho de que la Comisaria de Familia o el psicólogo de Pueblo Rico no siguieran los lineamientos de la Ley 1652/13[[5]](#footnote-5), norma que se adicionó al Código de Procedimiento Penal con el artículo 206 A, en donde se concretan las pautas para la entrevista forense, debe decirse que en este asunto específico se tiene la existencia únicamente de una entrevista que se le tomó al menor por parte de la Comisaria de Familia de Pueblo Rico (Rda.) en noviembre 07 de 2014, y en esta lo acompañó su representante legal, y aunque la misma no fue desarrollada por miembros del CTI o la Sijín, entrenados para el efecto, como lo refiere la norma, sí fue adelantada por la Defensora de Familia quien tiene funciones de Policía Judicial –recuérdese que esa facultad se hizo extensiva a psicólogos, trabajadores sociales y médicos que integran las Comisarías de Familia en todo el territorio nacional, dentro de su respectiva jurisdicción-, cuando se trata de casos en donde se encuentran involucrados los niños, niñas y adolescentes. Condición esta que incluso les fue conferida transitoriamente por la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución 918 de junio 15 de 2012, y prorrogada por cinco años más mediante Resolución 2230 de junio 05 de 2017, a consecuencia de lo cual no se observa irregularidad alguna en este trámite.

Ahora, aquella a la que se hace alusión que le tomó el psicólogo MARMOLEJO LÓPEZ a J.S., fue la versión que le narró el pequeño y que era requerida precisamente para llevar a cabo la valoración que sirvió como base de su opinión pericial, y en lo atinente a que no se sujetó a los parámetros del protocolo de evaluación básica en psiquiatría y psicología forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, la defensa ninguna manifestación efectuó a ese respecto, en tanto el contrainterrogatorio lo encaminó, en su gran mayoría, a establecer el por qué acompañó al menor en la declaración en juicio, a controvertir la idoneidad de dicho profesional por desconocer la Ley 1652/13, y a la existencia o no de entrevistas previas a las del año 2014.

* *De la destrucción por incendio de la investigación inicial, y la irregularidad en cuanto a su reconstrucción.*

De la información suministrada en juicio, se advierte que con posterioridad a los hechos acaecidos en mayo 03 de 2012, al parecer al menor J.S.V.V. se le había recibido entrevista por la anterior Comisaria de Familia y realizado estudio socio familiar, sin que de ellas se allegara información alguna; e igualmente, aunque los hechos -según la progenitora- los dio a conocer en el Hospital de Pueblo Rico, nada de ello se allegó y por el contrario se aprecia que fue ella misma quien rindió denuncia en mayo 04 de 2012 ante la Policía Nacional, según documento allegado al juicio.

Al respecto debe indicarse que es un hecho de público conocimiento que en noviembre 07 de 2013 ocurrió un incendio en el municipio de Apía (Rda.), concretamente en las instalaciones donde funcionaban los juzgados y la Unidad Básica de la Policía Judicial, y ello muy seguramente generó la destrucción de la carpeta contentiva de los actos de investigación desarrollados con posterioridad a los hechos denunciados, a consecuencia de lo cual ninguna entrevista o actividad coetánea al año 2012 se logró encontrar.

No obstante, y contrario a lo argumentado por la parte inconforme, no se observa irregularidad alguna por el hecho de que la Fiscalía ora la Policía Judicial a *motu proprio* hubiera decidido reanudar el trámite investigativo, en tanto nos hallamos frente a un delito investigable de oficio y en el que se encontraba afectado un menor de edad, sin que para ello se requiriera denuncia alguna, aunque en este caso, sí se advierte la existencia de la denuncia que rindió en mayo 04 de 2012 la madre de J.S.V., sin que pueda predicarse que haya sido obtenida de manera irregular como la tilda el recurrente, en tanto la misma bien pudo haberse salvado de las llamas porque al parecer se encontraba a disposición de la Fiscalía 23 Seccional de Apía, y no en las instalaciones de la Sijín.

* *Inspección ocular al sitio de los acontecimientos e informe de planimetría.*

Es cierto, los hechos de los cuales fue víctima el menor J.S.V.V. ocurrieron en horas de la noche de mayo 03 de 2012, y la inspección que realizaron funcionarios de policía judicial en el año 2015 se hizo en horas de la tarde cuando la luminosidad era totalmente diferente a la del momento del episodio, no obstante que en el referido informe se dejó plasmado que ello se desarrolló “en similares condiciones a la del día de los hechos”, lo cual en realidad no es correcto. Aun así, de tal documento, en especial de los registros fotográficos, se puede extractar el recorrido que efectuaron los acá involucrados desde la Iglesia a los baños del estadio, y la ubicación exacta en que se encontraban, evidenciándose además que una vez en su interior y justo en el sitio donde sucedieron los hechos, difícilmente podían ser vistos por persona alguna, salvo que se encontrara en la misma cancha y en el sector norte de esta, como lo clarificó el policial que adelantó tal actividad.

Así las cosas, muy a pesar que las tomas se plasmaron en horas del día, y no en la noche como era lo adecuado, de haberse procedido en tal horario lo único que corroboraría sería precisamente la soledad y oscuridad del sitio donde se cometió la ilicitud, la carencia de visibilidad a dicho lugar desde la calle y vivienda más cercaba, así como la dificultad para que cualquier otra persona se haya percatado de lo ocurrido, y precisamente por esas características fue el lugar escogido por el adulto y el menor para realizar los tocamientos de índole sexual que fueron objeto de la presente investigación.

Así las cosas, en criterio de la Corporación como lo fue para el juzgador de primer grado, el órgano encargado de la persecución penal sí demostró, más allá de toda duda razonable, no solo la materialización de la conducta endilgada**,** sino la autoría en cabeza del justiciable, a consecuencia de lo cual se debe asegurar que el funcionario no se equivocó en sus apreciaciones y existe mérito suficiente para confirmar la determinación proferida.

ANOTACIÓN FINAL

No puede dejar pasar por alto la Sala la falta de técnica del a quo al instante de proceder a escuchar la declaración del procesado **JAMV**, en tanto una vez fue llamado por su defensor a rendir testimonio, el juez se limitó a tomarle el juramento de rigor, sin darle a conocer con antelación, como era su deber, las previsiones legales que le asistían por tener la condición de procesado, a la luz de lo reglado en la Sentencia C-782/05, esto es, que su manifestación quedaría desprovista de las consecuencias jurídico penales adversas que podrían derivarse en contra suya a raíz de lo que iba a referir, que tenía total libertad al respecto y por ende era legítima su negativa a responder total o parcialmente las preguntas directas de la defensa, las del contrainterrogatorio de la Fiscalía o incluso las complementarias que podía realizar el mismo juez, aunque en este caso solamente se agotaron los interrogantes de la defensa.

Omitió igualmente el a quo otorgar la palabra al defensor al momento en que el ente acusador solicitó en juicio la introducción como prueba de la mayoría de elementos probatorios; pero no obstante, el letrado guardó absoluto silencio sobre el particular, con lo cual se entendía que estuvo conforme con tal incorporación.

Por último, se aprecia que el juez y la delegada fiscal, desconocieron las limitaciones que impone el C.I.A. respecto a la identidad de los menores víctimas, en tanto desde un primer momento lo llamaron por su nombre, cuando lo correcto era utilizar sus iniciales, lo que hicieron en muy pocas ocasiones.

En ese sentido, se llama la atención de los funcionarios judiciales para que a futuro se tengan en cuenta estas circunstancias cuando se trata de recibir declaración a quienes tengan la condición de acusados, en lo relativo a la incorporación de documentos a juicio, y muy especialmente, la reserva del nombre cuando se trate de víctimas menores de edad, para que eviten incurrir de nuevo en tales anomalías.

Por lo antes expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de condena emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia (Rda.) en contra del señor **JAMV**.

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

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

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. En virtud de lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, se omite consignar el nombre del menor víctima, quien para la fecha de los hechos contaba con 12 años de edad, porque según el RCN 28458673 que se introdujo al juicio nació en septiembre 19 de 1999. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP, 27 jun. 2007, Rad. 27478. [↑](#footnote-ref-2)
3. Véase entre otras las sentencias: CSJ SP, 03 feb. 2010, Rad. 30612; CSJ SP, 29 feb. 2008, rad. 28257 y CSJ SP, 17 nov. 2008, rad. 29609. [↑](#footnote-ref-3)
4. Es claro que tocamientos de índole sexual sí hubo, no solo porque así lo refirió el menor en juicio cuando dijo que el aquí procesado si le había tocado sus partes íntimas, sino que esos tocamientos en sus genitales los refirió ante el médico forense, ante la Comisaria de Familia, y ante el Psicólogo de esta misma entidad. [↑](#footnote-ref-4)
5. Por medio de la cual: “se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales [↑](#footnote-ref-5)