

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 022 de 2017
RADICADO	: 05001-60-00-206-2010-46726
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA ABSOLUTORIA
FECHA	:
DECISIÓN	: REVOCA Y CONDENA
DELITOS	: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS

PROVIDENCIA

PROCESO: 05001-60-00-206-2010-46726

DELITO: Actos Sexuales abusivos con menor de 14 años.

CONDENADO: E. C. G.

PROCEDENCIA: Juzgado 2 Penal del Circuito de Medellín

OBJETO: Apelación de sentencia absolutoria

DECISIÓN:

M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, () de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado según Acta No.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo pasado por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual absolvió al ciudadano E. C. G. de los cargos que en su contra se formularon como autor responsable del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

I. ANTECEDENTES:

Los de orden fáctico fueron descritos por el *a quo* como sigue:

La señora M. R. M., en denuncia que presentó ante la Fiscalía, informó que el día 12 de septiembre del año 2010, el señor E. C. G. visitó su casa ubicada en XXXXXXXX de esta ciudad de Medellín, donde habitaban sus hijos, y en vista de que estaba lloviendo, se quedó a dormir en la misma cama con ella y con su hija DCM de 6 años de edad, circunstancia que presuntamente aprovechó para realizar tocamientos en la vagina de la menor, actos que fueron detectados por ella cuando sintió que su hija se movía de manera extraña, lo que la motivó a encender la luz, y en esa forma pudo verla cuando se acomodaba los interiores, siendo las 11 y cincuenta y cinco minutos de la noche.

El 25 de agosto de 2014 la Fiscalía 96 Delegada ante los jueces penales del circuito formuló imputación en contra de E. C. G. como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

El imputado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito de fecha 1 de septiembre de 2014, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 12 de octubre de 2016, en la cual se le llamó a responder como autor del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado de conformidad con lo preceptuado en los artículos 209 del C. Penal, modificado por el Art. 5° de la ley 1236 de 2008 y 211 numeral 4 *ibídem*.

Realizado el juicio oral el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que absolvió al acusado de los cargos imputados.

El delegado Fiscal recurrió en apelación el fallo.

II: DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El *a quo* consideró que con las pruebas arrimadas al juicio no se satisfacía el canon probatorio de que trata el artículo 381 del C. de P.P. Sustentó esa conclusión considerando que en el juicio no se recaudó prueba directa, fehaciente y clara de los hechos imputados a E. C. G., ello, en razón a que la víctima en el juicio dijo no recordar nada sobre el particular.

Agregó que las afirmaciones realizadas por la menor en sentido contrario en entrevista rendida ante investigador de policía judicial es prueba de referencia inadmisibles que además fue ingresada de manera irregular al juicio. En relación con el argumento de la Fiscalía según el cual la prueba de referencia era admisible porque la testigo ha perdido la memoria, el *a quo* estimó que la fiscalía no corroboró ese hecho a través de una prueba pericial. Además, consideró que la Fiscalía debió utilizar la entrevista para que la menor refrescara su memoria, proceder que esta parte omitió.

Añadió que aun si se tuviera la entrevista como prueba de referencia admisible, esta presenta inconsistencias que impiden otorgarle plena credibilidad al punto de satisfacer el canon probatorio del artículo 381. La primera inconsistencia hace relación a que la

menor dijo a su entrevistadora que cuando su padre la tocó estaba dormida, lo que en opinión del juez le impedía darse cuenta de lo que le estaba sucediendo. Tampoco puede ignorarse, según el *a quo*, que la menor en esa entrevista dijo que la agresión se dio un año atrás, cuando según la denuncia lo fue el mes anterior.

De otro lado, destacó el *a quo* la declaración de M. R. M. madre de la menor cuando dijo no haber presenciado nada de lo denunciado y haber procedido con la denuncia por información recibida de la menor quien a su vez dijo no recordar nada.

Así mismo, puso de presente la anamnesis del reconocimiento sexológico realizado a la menor, en la que la madre se pronunció diciendo que la menor le informó que el padre la había tocado en la vagina, lo que constituye prueba de referencia.

Adicional a lo anterior, las partes estipularon que el resultado de la valoración psicológica practicada a la menor, concluyó la ausencia de secuelas indicativas de abuso sexual.

En relación con la inferencia construida por la Fiscalía, soportada en el hecho de que la madre al instante de prender la luz vio a la menor acomodándose su ropa interior, el *a quo* la consideró no concluyente. Además, que ese hecho no puede ligarse a la manifestación de la menor sobre los tocamientos, pues ella ingresó al juicio como prueba de referencia inadmisibles.

En punto de una segunda inferencia construida por la Fiscalía, en el sentido de que el acusado visitó la casa de la menor esa noche con la intención de sostener trato sexual con su madre y al no poder concretar esa intención trató de reemplazarla por cualquier contacto de tipo libidinoso con la menor, consideró el *a quo* que carece de prueba y contundencia.

Con fundamento en lo anterior, la primera instancia dio aplicación al principio de *in dubio pro reo*.

III. DEL RECURSO

Contra dicha decisión el Fiscal del caso interpuso el recurso de alzada que sustentó mediante escrito en el cual empezó por criticar la decisión en punto del calificativo que de prueba de referencia inadmisibile le asignó a la entrevista rendida por la menor. Sobre el particular manifestó que la menor dijo en el juicio que no recordaba lo sucedido y que no pudo recordarlo ni siquiera observando el video de la entrevista, lo que hacía innecesario insistir en usar la entrevista en el juicio para refrescar su memoria; añadió que la menor recordó algunas cosas, como que fue con su mamá a la Fiscalía cuando estaba pequeña y que allí narró lo que le había sucedido, que para ese momento sí recordaba.

El recurrente afirmó que la prueba es de referencia admisible con base en las dos primeras causales de que trata el artículo 438 del C. de P.P. pues la menor no pudo recordar lo sucedido, en razón de la corta edad que tenía cuando los hechos ocurrieron y al tiempo transcurrido desde entonces; con fundamento en el principio de libertad probatoria es inaceptable que el *a quo* exija prueba pericial que demuestre esa pérdida de memoria.

Además, podía ingresar la prueba de referencia como admisible dada la minoría de edad de la víctima, de acuerdo con el literal e de la norma en cita.

En relación con las supuestas inconsistencia observadas por el *a quo* en la entrevista de la menor, dijo que basta revisar dicho documento para advertir sin dificultad que la menor se despertó porque sintió que estaba siendo tocada en la vagina, lo que hace coherente su relato. En esa misma dirección, no desconoce la imprecisión en que incurre la menor en punto de la fecha de ocurrencia de los hechos, pero la explica en su corta edad, 6 años.

Se aparta del criterio del *a quo* cuando descalifica al inferencia lógica que construye sobre la declaración de la madre de la menor, quien si bien es cierto no observó la agresión, si expuso haber sentido que su hija era halada hacia la parte baja de la cama, razón por la cual reaccionó tratando de prender la luz, momento en que fue sujeta

pro el acusado de la cintura sin impedirle cumplir su cometido, momento en que observa a la niña con el interior abajo, luego de lo cual vino su manifestación en el sentido de haber sido tocada. Es decir, un examen pleno de su dicho permite construir satisfactoriamente la inferencia.

Con fundamento en lo anterior deprecia la revocatoria de la decisión.

IV. NO RECURRENTES

El defensor del acusado, en su condición de no recurrente, deprecó la confirmación del fallo con fundamento en lo siguiente:

Consideró que la Fiscalía debió acreditar de manera adecuada la pérdida de la memoria de la menor; reiteró los argumentos de la sentencia sobre inconsistencias en la entrevista y la versión de la madre de la menor en el sentido de no haber visto ningún tocamiento. En fin, con los mismos argumentos, arribó a la misma conclusión del *a quo*, razón por la cual pide se confirme ese proveído.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.
2. El censor postula varios problemas jurídicos que pueden enunciarse así: el primero relacionado con determinar si la entrevista rendida por la menor ante investigadora judicial de la Fiscalía se erige en prueba de referencia admisible como él mismo lo sugiere; y, el segundo, que depende de la respuesta que se dé al primero, tiene que ver con establecer si la prueba legalmente aportada es suficiente para condenar al acusado.

3. Antes de analizar el primer punto de la censura, la Sala recordará algunos conceptos relativos a la prueba de referencia, a fin de confrontarlos con la realidad procesal.

El artículo 402 del C. de P.P. establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir”. Este es un primer aspecto que hace relación con la prueba de referencia, que puede presentarse de acuerdo con varias posibilidades decantadas por la jurisprudencia en los siguientes términos:

De acuerdo con los preceptos legales citados en precedencia, encuentra la Sala que una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

(i) Se rinde por fuera del juicio oral.

(ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a conainterrogar al testigo.

(iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa. Es decir, es posible que la prueba se recaude en el juicio oral, pero en su desarrollo no se garantice a la parte perjudicada el conainterrogatorio del testigo o éste declara aspectos que no conoció en forma personal y directa. En tales casos se tratará de prueba de referencia. Igual situación ocurrirá si en la práctica del testimonio se posibilita la confrontación, pero su recaudo se hace por fuera del juicio oral¹ o el declarante ofrece un relato de oídas. Lo mismo sucederá si la declaración se practica en el juicio oral y se garantiza el conainterrogatorio, pero el declarante ofrece relatos que no le constan de manera personal y directa.

...

Lo anterior porque las exposiciones rendidas por fuera del debate público y que versan sobre aspectos observados de manera directa y personal, no son los únicos eventos constitutivos de prueba de referencia, sino también, como quedó visto, las declaraciones en las cuales no se permite el contradictorio del adversario, así como cuando se ofrecen relatos de oídas.

Es claro que si la prueba no se practica en el juicio oral por parte del director de la causa, la misma se aparta de los principios de publicidad e inmediación. De la misma manera, si en su recaudo no se permite la confrontación por la parte contra la cual se aduce, no se garantiza en ese caso el principio de contradicción. Y finalmente, si el testigo no declara sobre aspectos que le consten directamente, la declaración desatenderá la exigencia del conocimiento personal a que alude el artículo 402. De ahí que en cualquiera de esos casos dejará de tener el carácter de prueba directa para convertirse en prueba de referencia. Se trata, por tanto, de situaciones que en forma

¹ En este evento la prueba podrá adquirir el carácter de anticipada si se cumplen la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004.

*excluyente le hacen perder a la declaración su naturaleza jurídica para degradarle su valor probatorio.*²

El anterior concepto de prueba de referencia y sus varias manifestaciones se ha mantenido vigente hasta hoy³. Queda claro entonces que se está ante prueba de referencia no solo cuando se trae una declaración anterior al juicio, sino cuando se impide a la parte contra quien se esgrime, la posibilidad de contrainterrogar a los testigos o estos se refieren a hechos no percibidos directamente o expresan manifestaciones de oídas.

No está demás mencionar que el tratamiento que se otorga a la prueba de referencia varía de un ordenamiento a otro. Los hay que la proscriben absolutamente, otros que la admiten en todos los casos y, como suele suceder cuando existen dos corrientes diametralmente opuestas en sus concepciones, existen los que las admiten en algunas hipótesis. Nuestro ordenamiento está matriculado en esta tercera corriente, donde se permite diferenciar entre la prueba de referencia admisible y la inadmisibile, pues a la primera se llega una vez superada satisfactoriamente la verificación de alguno de los presupuestos consagrados en el artículo 438 del C. de P.P., hasta tanto ese paso no se alcance, la prueba será inadmisibile.

4. Acto seguido se hace necesario realizar algunas precisiones en punto de la entrevista rendida por la menor ofendida ante la investigadora de la Fiscalía Eliana Hoyos Sánchez y su aptitud probatoria, pues se trata de un aspecto determinante en dirección a definir si ella era o no susceptible de ser valorada por el juez del caso.

En el orden de ideas sugerido, debe la Sala recordar que la ley 1652 de 2013, se ocupó básicamente de la entrevista forense realizada a menores de edad víctimas de ciertas conducta punibles, incluidas por su puesto aquellas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, incorporando modificaciones al C. de P.P. vigente

² C.S. de J. Sala de Casación Penal, sentencia del 20-08-2014, radicado SP 10986-2014 41.390 M.P. Eugenio Fernández Carlier

³ Cfr. Entre otros, auto del 30 de septiembre de 2015, radicado AP5785-2015, 46.153; auto del 28 de octubre de 2015, radicado AP6319-2015, 43.479; Sentencia del 28 de octubre de 2015, radicado SP 14844-2015, 44056, auto del 12 de octubre de 2016, radicado AP7033-2016,47921, entre otras.

particularmente en dos sentidos: uno, asignándole a dicha entrevista la calidad de elemento material probatorio, con lo cual resultaba pasible de ser incorporada al juicio a través del funcionario que la recibió; y dos, asignándole también la calidad de prueba de referencia admisible al adicionar un literal al artículo 438 *ibídem* referido a este tópico. Por supuesto, impuso unas condiciones a su realización, atinentes a la calidad de quien la realiza, en presencia de quiénes debe recibirse y en qué forma debe plasmarse documentalmente.

El fin perseguido por la norma, no era otro que proteger los intereses superiores de los menores víctimas de delitos, autorizando a la Fiscalía a valerse de dicha entrevista como prueba de referencia admisible, a pesar de contar con la disponibilidad del menor para ir a juicio, todo ello con el ánimo y la intención de evitar una nueva victimización.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

Al margen de lo anterior, tampoco es acertado afirmar que la Ley 1652 de julio 12 de 2013 establece que la entrevista forense es una «prueba autónoma», pues en la sistemática de la Ley 906 de 2004 que gobierna la presente actuación, prueba solo es aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes, de conformidad con el principio de inmediación –art. 16 ídem– y según lo reglado en los artículos 377, 378 y 379 de la normativa en cita.

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo –art. 392, literal d) íbidem– o para impugnar su credibilidad –arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem–, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad,

integridad y formación sexuales, del carácter de «elemento material probatorio» y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, «podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado».

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante «Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código».

En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste «como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió»⁴; surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004.⁵

Una intelección adecuada de la reforma legal en comento, tal como lo sugiere la Corporación de cierre en esta materia, tiene que estar relacionada con la comparecencia o no de la menor al juicio oral a declarar, pues su ausencia, cuando la Fiscalía lo considera prudente, a fin de evitarle una nueva victimización, es lo que justifica asignarle a la entrevista la calidad de elemento material probatorio y de paso la de prueba de referencia admisible, pues si se cuenta con la menor declarando en el juicio, aquella entrevista rendida ante policía judicial volverá a su condición inicial de elemento útil a fin de refrescar su memoria o , dado el caso, impugnar su credibilidad. La situación es clara, si en un caso determinado la razón de ser de la ley no se hace presente, esto es, la necesidad de no victimizar una vez más al menor ofendido, pues

⁴ CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764

⁵ CS de J AP5013-2014, 27 de agosto de 2014 Radicación n° 44066

la Fiscalía ha evaluado y considerado ausente o menor ese riesgo, innecesario se hace acudir a la previsión legal.

Expresado de diferente manera, si la menor víctima acude al juicio, como aconteció en el *sub judice*, la única forma en que el juez puede considerar el contenido de la entrevista forense es cuando las partes lo han incorporado a la declaración de la menor por vía de impugnación de su credibilidad o refrescamiento de su memoria, circunstancia que en el presente asunto brilla por su ausencia, de allí que la Sala se vea impedida para valorar en cualquier sentido la entrevista y deba ocuparse solamente del contenido de lo declarado en juicio por D.C.M.

Expresado de diferente manera, se equivoca la Fiscalía cuando afirma que era innecesario optar por alguno de los usos que la ley asigna a la entrevista pues la menor dijo que no recordaba nada, incluso, a pesar de haber visto la entrevista. Si la Fiscalía hubiese actuado en los términos de la ley procesal penal, habría incorporado el contenido de la entrevista a la declaración de la menor con los efectos que ello comporta en punto de su valoración. En su lugar, la defensa, con desconocimiento de la técnica procesal y la inadmisibles aquiescencia del *a quo*, optó por reproducir la entrevista con la investigadora que la recibió, con la inaceptable pretensión de incorporarla al juicio como prueba documental, desconociendo que se trataba de prueba testimonial de referencia inadmisibles en la medida en que la menor acudió al juicio.

En síntesis, la entrevista es prueba de referencia inadmisibles, de allí que no era factible dar aplicación al literal e del artículo 438 del C. de P.P.

5. Además de lo anterior la Fiscalía acudió de manera extemporánea, pues no lo hizo al momento de la práctica de la prueba, sino justo después de que el juez lo hiciera caer en cuenta, a manifestar que esta ostenta la calidad de prueba de referencia admisible al tenor de los literales a y b del artículo 438⁶, bajo el argumento de que la menor dijo haber perdido la memoria.

⁶ **ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.** Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

Tan particular afirmación, que no argumento, pues se limita a anunciar su posición jurídica sin desarrollarla argumentalmente, carece de solidez, pues primero desconoce el tenor de la norma cuando enseña que *Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación.*

La claridad de la norma no admite discusión, en el sentido de que no basta la afirmación del testigo, pues la condición que invoca debe ser corroborada científicamente. En otros términos, para el caso existe una tarifa legal, que en el *sub examine* no fue satisfecha.

En segundo lugar, frente a la causal de admisibilidad de que trata el literal b de la norma en cita, itera la Sala, el fiscal se limitó a manifestar que en el caso se encontraba presente, sin esgrimir argumentación alguna, de allí que la Sala se vea en imposibilidad de responder a un simple enunciado, pues se desconoce su desarrollo argumental.

Es que, además, la Fiscalía contó con todas las herramientas que la ley procesal penal le otorgaba, en caso de que considerara que la menor se estaba retractando o incluso que fungía como testigo hostil, empero no optó por ninguna de ellas y dejó que la declaración culminara sin hacer nada al respecto.

6. Hasta aquí, en sentir de la Sala, la entrevista forense rendida por la menor a la investigadora Eliana Hoyos Sánchez, no es más que eso, una entrevista que no fue utilizada en la forma en que la ley lo autoriza, de allí que de tomarse como prueba sería de referencia inadmisibile, por tratarse de una declaración rendida por fuera del juicio, en una actuación en que el declarante acudió al juicio, circunstancia que obliga al juez

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;...

a someter a su escrutinio única y exclusivamente el contenido de lo depuesto por la víctima en esa sede procesal.

7. Definido el primer problema jurídico sugerido por la Fiscalía recurrente, corresponde a la Sala evaluar si el contenido de la declaración de la menor en juicio, aunado a la rendida por su madre y los hechos estipulados son o no suficientes para demostrar la responsabilidad del acusado en los hechos que se le imputan. La Sala analizará a continuación esas pruebas:

7.1 La menor D.C.M. acudió al juicio y manifestó contar con 12 años, cursar 5º grado y vivir con su mamá y su hermano menor; acerca de la relación con el acusado, quien es su papá, dijo que lo conoció cuando tenía 6 años de edad, pero no lo volvió al ver, no sabe dónde vive ni dónde trabaja; nunca ha vivido con él; agregó que no tiene relación con él porque *“ese año se cambiaron de casa y él no sabe dónde vivimos, estudiamos ni el teléfono de mi mamá”*; luego, al ser interrogada acerca de cómo fue su relación con él, dijo que *“antes nos trataba bien, nos daba cosas, pero desde ese sucedido no nos volvió a tratar ni a darnos cosas”*; dijo que no lo ve hace como 6 años porque su mamá no lo quería volver a ver porque mantenía muy perdido; luego añadió que concurrió al juicio a declarar lo que había ocurrido en el año 2010 pero que ya casi no se acordaba, luego dijo que lo único que recordaba era que había ido a la fiscalía con su madre en el 2011 a denunciar lo sucedido ese día; insistió en que no recordaba nada, a pesar de que le mostraron el video de su entrevista.

A contrainterrogatorio, respondió que le dijeron que en la Fiscalía debía decir la verdad y no podía decir mentiras, nadie le dijo qué decir.

En opinión de la Sala, la menor en su declaración no puede ocultar su deseo de guardar silencio sobre lo ocurrido. Esa actitud se percibe cuando demuestra claridad en todo su relato, refiriéndose a lo sucedido o a que después de eso su papá se alejó, pero luego cuando se le interroga por el hecho concreto dice no recordar nada. No obstante,

después recuerda que fue a la Fiscalía y que allí le dijeron que hablara con la verdad, pero no recuerda los hechos que fue a denunciar. Esas particulares características de su versión parecen indicar que se trata de un olvido fingido o voluntario que pudo y debió ser mejor afrontado por la Fiscalía que tenía los medios a su alcance para indagar adecuadamente acerca de ese aspecto, pues contaba con la entrevista previa.

7.2 M. R. M., madre de la menor, dijo en el juicio que para la época de los hechos vivía con sus dos hijos en un sótano con 2 habitaciones, no obstante ocupaban una sola, pues dormían en una misma cama, dado que a los niños les daba miedo dormir solos; sobre su relación con el acusado dijo que era informal, sin compromisos, que a pesar de ser el padre de sus 2 hijos nunca actuó como tal; añadió que el hombre varias veces la maltrató físicamente, viéndose obligada a sacarle una orden de restricción; que la noche de los hechos estaba comiendo con sus hijos, cuando llegó E. C. G. con la excusa de ayudar a uno de ellos con una tarea, que jugó con ellos y luego le sugirió tener una relación sexual, sugerencia que rechazó; cuando el hombre iba a abandonar la casa empezó a llover y ella le dijo que esperara a que escampara para irse; instantes después se acostó con los niños, apagó la luz mientras él se ubicó en un extremo de la cama; de repente sintió que a la menor la halaron hacia debajo de la cama, ella estiró la mano a tratar de ubicarla y la sintió mucho más abajo, razón por la cual se puso de pie para prender la luz, momento en que E. C. G. se le abalanzó y la tomó de la cintura para evitar que la prendiera, pero ella alcanzó a hacerlo y pudo ver a la niña subiéndose los interiores; acto seguido ella tomó a la niña, la abrazó y la puso sobre sus piernas; le preguntó a E. C. G. porqué había hecho eso y él salió corriendo hacia la calle, ella salió detrás y cerró la puerta con seguro, instante en el cual él, desde el exterior del inmueble, le pedía que le abriera la puerta y que si se quedaba callada él se alejaba de ellos, mientras ella le gritaba que porqué lo había hecho, ante lo cual le respondió que se había confundido que creyó que la tocaba a ella. Finalmente dijo que le preguntó a la niña qué le había hecho E. C. G. y ella le dijo que le había tocado la vagina.

A contrainterrogatorio dijo que hace tiempo no ve al acusado, que fue muy grave lo que pasó; que antes el hombre tuvo varios episodios violentos hacia ella. Fue enfática en ratificar que vio a la niña subiéndose los interiores, pero no vio cuando el hombre la tocó.

El anterior es a grandes rasgos el contenido de la declaración de la madre de la menor, que dicho sea de paso resulta coincidente con lo por esta mujer manifestado a María Elia Brand Arango, médico legista que realizó valoración sexológica a su hija, consonancia que hace más creíble su versión de los hechos⁷.

Así mismo, no es cierto lo que afirma el juez en su decisión, en el sentido de que lo único dicho por la mujer es que no presencié el ataque a su hija. Esa es una interpretación sesgada de la prueba, que cercena buena parte de su contenido. Es que la versión de esta mujer ofrece una serie de manifestaciones sobre elementos que integran el contexto fáctico en que se produjeron los hechos que se juzgan, respecto de los cuales la mujer fue testigo presencial y en sentir de la Sala permiten construir una inferencia lógica que soporta la conclusión deprecada por la Fiscalía. En otros términos, con la declaración de M. R. M., se pueden considerar demostrados unos hechos sobre los cuales se construye una inferencia seria y sólida acerca de la responsabilidad del acusado, ejercicio intelectual que encuentra respaldo en reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

En cuanto se relaciona con el alcance de los indicios en el sistema acusatorio, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas.

...

En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar

⁷ Ver folios 36 y 37.

radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.

De ahí, también el equívoco de quienes piensan, como al parecer el libelista en la presente casación, que no es factible aplicar inferencias indiciarias, por haberse adoptado un método técnico científico en materia probatoria.

No sobra recordar que en el Auto del 24 de noviembre de 2005 (radicación 24323), la Sala de Casación Penal se refirió al tema de la sana crítica en la Ley 906 de 2004:

“El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda”. ”

Como se constata, son atinados los aportes conceptuales que hicieron la Procuradora Segunda Delegada para al Casación Penal y el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, sobre la comprensión del indicio en la Ley 906 de 2004...”. (Corte Suprema de Justicia. 30 de marzo de 2006. Radicado 24468).⁸.

En efecto, la mujer fue testigo directa de varios hechos que son relevantes para la solución del caso. Así, lo fue de la presencia del hombre al interior de su hogar la noche de los hechos, así como del hecho de que se fueron a dormir con los niños y él se ubicó al extremo de la cama; también percibió por sus sentidos que, en ese momento, la niña fue halada hacia el lugar donde estaba el acusado, así como la actitud del hombre cuando ella trató de prender la luz para ver que ocurría con su hija, es decir, el intento del hombre por evitar que prendiera la luz, y, finalmente, de manera simultánea con esta última acción, está su percepción de la niña subiendo sus interiores.

En ese contexto, la conducta desplegada por el hombre, en un intento desesperado por evitar que la mujer prendiera la luz, es indicativa de su actuar criminal. Así lo expone la regla de la experiencia, quien aprovecha la oscuridad para ejecutar una acción

⁸ Cfr. sentencia del 16 de marzo de 2016 radicado SP3459-2016, 37504

indebida, suele evitar o querer hacerlo, que los demás presentes en el recinto o lugar de su ejecución enciendan la luz, pues una tal acción lo pondría en evidencia, justo tal como aconteció en el presente asunto.

Pero es que lo anterior no es todo. La mujer dijo haber interrogado al acusado acerca de los motivos para proceder como lo hizo en contra de su propia hija, ante lo cual el hombre ofreció tan peregrina respuesta de haber confundido la anatomía de una menor de 6 años con la de su madre, una mujer adulta. Esta afirmación no fue desvirtuada por el acusado teniendo la oportunidad de hacerlo, sin que pueda ser calificada como una manifestación de referencia pues se trata de una imputación realizada por la testigo en contra del acusado respecto de quien ningún obstáculo se erige para el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, más allá de su propia decisión de alejarse del proceso.

Expresado de diferente manera, la prueba de referencia, tal como se precisara al inicio de estas consideraciones, se halla estrechamente ligada con los derechos de contradicción y confrontación, este último referido al derecho del acusado a contrainterrogar a los testigos de cargo, derecho que no se ve limitado cuando el testigo se refiere a una manifestación hecha por el propio acusado, a quien le basta acudir al juicio para controvertir esa imputación. Ahora bien, si voluntariamente decide alejarse del juicio, no resulta aceptable que esgrima una violación a sus derechos por no ejercicio de una adecuada defensa material.

Finalmente, y no menos importante está la afirmación de la testigo en el sentido de haber interrogado a su hija sobre lo sucedido, obteniendo como respuesta que su padre, el acusado, había tocado su vagina. Sobre esta afirmación, la Sala considera que no es de referencia, porque la testigo está dando cuenta de lo que a ella le dijo la víctima, es decir, lo que ella percibió a través de sus sentidos de parte de su hija esa noche. Ahora bien, el carácter veraz de esa manifestación no surge de ella misma, sino de todo lo percibido por su madre en el contexto fáctico acabado de precisar.

8. Así las cosas, contrario a lo sostenido por el *a quo* y a pesar de las evidentes falencias en la gestión de la Fiscalía, el Tribunal considera que de la prueba arrimada al juicio

puede concluirse, sin temor a equivocarse, que la conducta punible existió y que su autor responsable es E. C. G., razón suficiente para revocar la decisión que se revisa y en su lugar impartir condena en su contra.

9. Finalmente, en relación con la circunstancia agravante imputada en el *sub examine*, es decir, la contenida en el numeral 5 del artículo 211, derivada del parentesco entre victimario y víctima, debe decirse que se encuentra objetivamente acreditada con el registro civil de nacimiento de la menor ofendida, en el que aparece como su progenitor el acusado⁹.

VI. PUNIBILIDAD

10. La conducta de actos sexuales abusivos con menor de 14 años por la que se condena posee como pena la de prisión que oscila entre 9 y 14 años. No obstante por obrar un agravante específico (artículo 211 numeral 5), dichos extremos se incrementan de una tercera parte a la mitad, lo que arroja como nuevos extremos los que oscilan entre 12 y 21 años. En el presente asunto se impondrá la pena mínima de 12 años de prisión, al considerar que la conducta ejecutada por E. C. G. no comporta una gravedad superior a la consagrada en el tipo.

VII. SUBROGADO PENAL Y PRISIÓN DOMICILIARIA

11. Ninguno de estos institutos resulta procedente atendiendo a la prohibición que trae la Ley 1098 de 2006, en su artículo 199, en el cual consagra el punible por el cual se procede dentro del catálogo de prohibiciones de subrogados, situación en la que se encuentra precisamente el condenado. Se libraré la respectiva orden de captura.

Por lo anterior, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

⁹ Fol. 35

REVOCA PARCIALMENTE la sentencia de fecha, origen y contenido indicados para en su lugar:

PRIMERO: CONDENAR al señor E. C. G., de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, al ser declarado autor material y penalmente responsable del punible de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en los términos en que se discurrió a lo largo de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al sentenciado a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión.

TERCERO. NEGAR al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en esta decisión. En consecuencia, líbrese la respectiva orden de captura.

Esta providencia queda notificada en estrados y en aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

¹⁰ Entre otras las decisiones con radicados 38.005, 45.382, 37.858, 48.012 y 48.442 todas del año anterior.

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO