

M. PONENTE : **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**
ACTA DE APROBACIÓN : **27 / 2017**
RADICADO : **05001-60-00-206-2013-35580**
CLASE DE ACTUACIÓN : **APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA : **SENTENCIA CONDENATORIA**
FECHA : **31 DE MARZO DE 2017**
DECISIÓN : **CONFIRMA CONDENA**
DELITOS : **HOMICIDIO**

PROVIDENCIA

PROCESO: 05001-60-00-206-2013-35580
DELITO: Acceso Carnal Abusivo con menor
CONDENADO: H. A. S. M.
PROCEDENCIA: Juzgado 5° Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado según Acta No. 27

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, en contra de la sentencia proferida el 15 de diciembre del año anterior, por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Medellín, en la cual se condenó al H. A. S. M., por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

I. ANTECEDENTES:

Fueron narrados en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía Delegada, en los siguientes términos:

“Tuvieron ocurrencia en esta ciudad, más concretamente en XXXXXX, residencia de H. A. S. M., en el segundo semestre del año 2012, cuando el menor J.E.H.P., de 8 años de edad para esa fecha, jugaba junto con un amiguito de nombre A y fueron llamados por el imputado H. A. S. M., quien los invitó a entrar a la casa para darles algo de comer, cuando ellos se acercan los entra a la residencia, los lleva a una habitación y comienza a desvestir a J. E., situación que aprovecha A. para darle un puntapié y huir del lugar, dejando solo a J. E. quien es tirado en una cama y accedido carnalmente vía anal, con el miembro viril, por H. A. S. M.. Una vez accede al menor lo deja ir para su residencia, no sin antes advertirle que no le puede contar a nadie lo sucedido porque se tendrá que atener a las consecuencias”.

ACTUACION PROCESAL

El día 18 de febrero de 2016, ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor H. A. S. M. por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cargo al que no se allanó el imputado. Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El imputado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 25 de abril de 2014, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 12 de febrero de 2015, en la cual se le llamó a responder como autor del referido punible.

Realizado el juicio oral el *A quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que condenó al señor H. A. S. M., al hallarlo responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, imponiéndole pena de 144 meses de prisión, decisión que fue apelada por la representante de la defensa, habilitando la competencia para decidir el recurso y a cuyo objetivo se encamina la Sala de Decisión.

II: DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El *a quo* empezó por señalar que se acreditó plenamente en la actuación, a través de las estipulaciones, la plena identidad del señor H. A. S. M. y la edad del niño JEHP, cuya fecha de nacimiento es el 20 de enero de 2004.

Consideró que en este caso, el testimonio de la víctima JEHP y las demás personas a quienes les correspondió tener contacto con lo sucedido, permitieron obtener un conocimiento cierto y seguro sobre la ocurrencia de los hechos que sustentaron la acusación.

Transcribió apartes de la declaración del menor afectado, resaltando que el niño comentó lo sucedido a personas calificadas, quienes atendieron su caso, entre ellas las psicólogas Camila Usuga, Marina de Jesús Hincapié y Ana María Jiménez,

profesionales ante los cuales acusó al señor H. A. S. M. del abuso sexual en su contra, ratificando siempre su versión sobre lo sucedido.

Destacó que las declaraciones de los padres y allegados del acusado no desvirtuaron la acusación, ya que de sus relatos simplemente se evidencia el aprecio que estos tienen hacia al señor H. A. S. M. Miranda, en tanto que lo describen como una persona trabajadora, que ha tenido novia, que se integra a la comunidad y juega con los niños, sin que alguno ellos hubiere advertido conductas desviadas a nivel sexual.

Consideró que no es dable en este asunto exigir de la víctima datos de día, fecha y hora de la comisión del ilícito, como quiera que este tipo de actos generan gran impacto emocional y psicológico que marcan a los menores.

Indicó que valorado el testimonio del menor, se puede llegar a la conclusión de que reviste seriedad, serenidad y congruencia, pese al paso del tiempo transcurrido entre la agresión y el momento en que puso al descubierto los hechos, sosteniéndose siempre en su versión de que el señor H. A. S. M. lo penetró con su pene por el ano.

Señaló igualmente que en ningún momento se demostró que el menor fuera influenciado por sus familiares para que dijera algo contrario a lo sucedido con el acusado.

III. DEL RECURSO

En la audiencia de lectura de fallo, se interpuso recurso de apelación, inconformidad que luego sustentó la defensa con argumentos que se resumen como sigue:

La primera crítica que hizo la defensa tiene que ver con el hecho de que, según el relato de los hechos vertido por el menor afectado, había otro niño en la escena de los acontecimientos, el cual al ver las intenciones del agresor le pegó una patada y huyó

del lugar, doliéndose la recurrente de que dicho infante no hubiera sido citado al juicio para corroborar lo dicho por la presunta víctima.

Considera que una historia repetida varias veces llega a convertirse en una verdad, y en este caso fueron mínimo seis veces las que el menor refirió los hechos ante distintas personas, pero para que esta historia sea considerada real los detalles no debían variar, como aquí se dio.

Argumentó que existieron discrepancias entre los declarantes sobre la fecha real de los hechos, pues mientras el menor dijo que para ese entonces contaba con siete años de edad, o sea en el 2011, su madre manifestó que los hechos habían ocurrido “*como en el 2009*”. Destacó igualmente, que los profesionales que atendieron a la víctima no fueron coincidentes en cuanto a la época de ocurrencia de la agresión.

La señora defensora dedica gran parte de su memorial a transcribir nuevamente apartes de lo dicho por los testigos, para luego asegurar que el menor no es coincidente en sus relatos con lo dicho por los otros declarantes, especialmente en lo que tiene que ver con la manera como llegó al sitio de la agresión y sobre la forma en que se dio el presunto acceso carnal.

Concluye que cada una de las personas traídas por la Fiscalía cuentan su versión y lo hacen de manera diferente, agregando o quitando elementos que no corresponden a lo narrado por la presunta víctima en el juicio oral, considerando que se trata de una historia que el menor relató muchas veces y llegó el momento en que se la creyó.

En cuanto a los testigos de descargo, destaca que en su mayoría fueron llevados a juicio menores de edad, quienes manifestaron como era el comportamiento del acusado con ellos y qué era lo que hacían, definiéndolo como un hombre sencillo, que jugaba con ellos, dibujaba, hacía cometas y demás. Señala que si H. A. S. M. fuera un pedófilo, lo más seguro es que estos menores también hubieran sido sus víctimas, pero ello no fue así.

Realizó un análisis conceptual sobre los alcances y forma de valoración del dictamen pericial sexológico, para concluir que si el menor JEHP en realidad hubiere sido accedido carnalmente en contra de su voluntad, cuando aquel contaba con siete años de edad, ello le hubiera dejado un trauma físico, pues en su sentir, es lógico que un miembro viril erecto en el ano de un niño tiene que causar lesión en una cavidad tan pequeña que está en crecimiento.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia condenatoria impugnada y en su lugar se absuelva a su prohijado del cargo por el cual fue acusado.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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.

El problema jurídico central es de índole probatorio y radica en determinar si la versión del menor JEHP, presuntamente ofendido, es lo suficientemente concreta para soportar sobre sí la decisión de condena impartida por el *a quo*, teniendo en cuenta que en criterio de la primera instancia el acusado H. A. S. M. sí realizó sobre aquel el acceso carnal abusivo por el cual fue acusado.

El argumento principal esgrimido por la recurrente, versó en las supuestas contradicciones que tuvo el menor afectado cuando relató los hechos frente a los diferentes profesionales que atendieron su caso, destacando que no se estableció con precisión la fecha de los hechos y otras circunstancias que rodearon los eventos. Aunado a lo anterior, señaló la defensora que un evento tan traumático como el que se investiga necesariamente debió haber dejado huellas en el cuerpo del infante.

Pues bien, se debe decir inicialmente que a pesar de las discusiones doctrinarias que haya al respecto¹, se considera actualmente, y sobre todo para el caso colombiano, que el *in dubio pro reo*, a pesar de no tener asiento constitucional, es una arista esencial de la presunción de inocencia, al punto que el legislador lo elevó a canon de principio rector del proceso penal, fundiendo estos dos principios en una sola norma, para indicar y reforzar ese vínculo inescindible.

Respecto de la prueba testimonial, la ley 906 de 2004 impone una seria limitante en el sentido de que las personas solo pueden declarar sobre los aspectos que en forma personal y directa hayan percibido (con lo cual el testigo de oídas o de referencia queda circunscrito a situaciones excepcionales y con valor suasorio disminuido²), y respecto de su valoración individual el juez deberá tener en cuenta la naturaleza verosímil o no de la declaración, la capacidad del testigo para percibir y recordar, la existencia de prejuicios, interés u otro motivo que le quite objetividad, las manifestaciones anteriores que guarden coherencia con la versión actual o que por el contrario la contradigan, el patrón de conducta del declarante y las contradicciones en el contenido de la declaración misma³.

Debe señalarse igualmente, que como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas, por lo que el testimonio de la víctima adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, como quiera que es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

¹ Al respecto consultar Guerrero Peralta, Óscar Julián. Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2009

² Art. 402 idem.

³ Art. 403 idem.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos filtros de valoración puede, sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia condenatoria, tal como la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 9906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.⁴

⁴ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

No obstante lo anterior, y tal como arriba se planteó, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

En el caso *sub examine*, la versión de los hechos que rindió JEHP en el juicio oral fue la siguiente:

“Fiscalía: ¿Tú conoces las partes de tu cuerpo? JEHP: Si señora. Fiscalía: ¿Sabes que existen algunas partes de tu cuerpo que no deben ser tocadas por los demás? JEHP: Si señora. Fiscalía: ¿Nos quieres decir cuáles son esas partes que no deben ser tocadas por los demás? JEHP: Si señora. El pene, el ano, y hasta ahí sé. Fiscalía ¿Alguna vez alguien te ha tocado esas partes que acabaste de mencionar? JEHP: Si señora. Fiscalía ¿Quién? JEHP: El señor H. A. S. M., ese señor. Fiscalía: ¿Sabes el apellido? JEHP: No. Fiscalía: El señor H. A. S. M. que parte del cuerpo te tocó. JEHP: En el ano. Fiscalía: Cuéntanos un relato sobre como hizo para tocarte el ano, como empezó todo. JEHP: Sí, yo estaba jugando bolas por la casa con un amiguito, el amiguito se llamaba A., entonces fuimos a comprar dos bolis, entonces dimos la plata y nos entregaron los bolis, entonces dizque vamos yo los acompaño les doy un confite, dizque venga acompañenme yo les doy un confite, bueno entonces nosotros lo acompañamos y después él llegó y nos entró a la casa de él, cerró la puerta y después nos metió a la pieza de él, y después mi amiguito ya sabía lo que iba a pasar porque él era mayor que yo, entonces mi amiguito le pegó una patada en los testículos, se le pasó por debajo de las piernas y salió corriendo, abrió la puerta de la calle y se fue, hasta ahí yo supe de él, y después me dijo dizque “ha bueno como su amiguito ya se fue ya seguimos con usted”, entonces yo me quedé callado y yo comencé a llorar, entonces después él comenzó, me quitó los pantalones, me tiró a la cama, comenzó a tocarme, después comenzó a penetrarme y después cuando todo terminó él me limpió y me echó una crema, entonces después él me vistió y me dijo dizque “si le dice a la mamá ya sabe lo que le pasa”, entonces yo ya me fui para la casa y ya...”

Como se puede observar a simple vista, el relato del menor es contundente en señalar al señor “H. A. S. M.” como la persona que en aquel día lo ultrajó sexualmente; pero, además, el mismo resulta plenamente creíble para esta Sala como quiera que las palabras de JEHP se muestran espontáneas y coherentes en el sentido de que su versión se percibe como un relato lógico y detallado de una vivencia.

Cabe destacar que el testimonio del infante fue sometido a conainterrogatorio por parte de la defensa, fase en la cual el niño se reafirmó en cuanto a la manera en que fueron llevados él y su amiguito A. por el acusado hasta el sitio de los hechos, confirmando una vez más como su acompañante escapó de la casa y señalando que no pidió auxilio pues estaba completamente solo en el inmueble con el agresor.

Una de las primeras críticas que hizo la defensa frente al testimonio de la víctima, tiene que ver con el hecho de que su relato en juicio no coincidió en algunos puntos con lo manifestado por otros testigos a los que también el menor les contó lo sucedido, circunstancia que, considera la Sala, no alcanza a desvirtuar la veracidad de lo dicho por el niño, teniendo en cuenta que el recurrente fijó su atención en pequeñas incongruencias que no derrumban el punto central del debate, que no es otro que la ocurrencia de maniobras eróticas en el cuerpo del pequeño por parte del procesado.

Así, uno de los puntos que mencionó insistentemente la defensa tiene que ver con la posible fecha de los hechos. Al respecto, manifestó JEHP en su testimonio en juicio:

“Fiscalía: ¿Tu recuerdas cuando se dieron estos hechos que nos estas contando?

JEHP: **Mi papá se cambió de trabajo para otro.** Fiscalía: Cuando fue eso, en que año, que más recuerdas? JEHP: **Yo en ese año, yo en ese tiempo tenía siete años...**”

De lo anterior se puede apreciar que el menor, aunque no tuvo clara la fecha exacta de ocurrencia de los hechos, si señaló cuál era su edad para el momento de los mismos, esto es, siete años, es decir, aproximadamente en el año 2011, teniendo en cuenta que

el niño nació el 20 de enero de 2004, introduciendo a su vez un detalle importante, al informar que para la época de la agresión su padre se estaba cambiando de trabajo.

Sobre este tema también fue interrogada la señora D. I. P. A., madre del menor, quien dijo lo siguiente:

“Fiscalía: ¿El niño le dijo a usted cuando le había pasado eso? DIPA: ... él me dijo que fue cuando el papá se estaba cambiando de trabajo... Fiscalía: ¿Usted nos quiere contar cuando el papá se cambió de trabajo...? DIPA: Yo hice cuentas y eso fue como en el 2009, **yo fechas exactas no...** Fiscalía **¿Para la época en que el niño le cuenta, 2013, el día de su cumpleaños, cuando el niño le cuenta, hacía cuanto aproximadamente su esposo se había cambiado de trabajo?** DIPA: **haber, hacía por ahí dos años...**”

Nótese que aunque la señora Pérez Avendaño inicialmente manifestó que el cambio de trabajo de su esposo fue en el año 2009, posteriormente, ante la precisa pregunta de la representante de la Fiscalía, la declarante cavila su respuesta con más detenimiento, para señalar que ese cambio de labores de su compañero se dio dos años antes de la revelación que le hiciera su hijo en el año 2013, es decir, en el 2011, lo cual concuerda con lo manifestado por JEHP en su testimonio en juicio.

El señor O. G. H., progenitor de JEHP, también acudió al juicio, y de su testimonio se puede extraer que aunque tuvo mucha dificultad al recordar fechas y lugares, situación que fue aprovechada por la defensa para desacreditar su relato, dicho testigo sí fue claro al señalar que para mediados del año 2011 tuvo un cambio de trabajo, ya que laboraba para un establecimiento de nombre “*Pollera Colorada*” y pasó a prestar sus servicios en un laboratorio de medicamentos, concordando así con lo dicho por su compañera y su hijo.

De todo lo anterior se puede colegir que el ataque sexual en contra del menor JEHP se dio en el año 2011, pues así lo señaló el niño cuando con toda seguridad dijo que dicho evento le ocurrió a la edad de 7 años, haciendo alusión el menor a que para ese entonces su padre se estaba cambiando de trabajo, situación que concuerda claramente con lo

manifestado por sus progenitores, quienes, aunque con fallas en su memoria, pudieron recordar el año en que el señor Hernando mutó de empresa.

Así, aunque el infante y sus padres pudieron haber narrado a los profesionales con los que tuvieron contacto posibles fechas disímiles de ocurrencia de los hechos, lo cierto es que ya en juicio oral el niño fue completamente claro en cuanto a la edad que tenía para el momento de la agresión y las circunstancias que rodeaban el entorno de su hogar para ese entonces, como lo es el cambio de empresa que tuvo su padre, circunstancia de la cual se denota su total sinceridad sobre los eventos denunciados, pues si ello no fuera así, el afectado limitaría su relato a un discurso mecánico sin mayores elementos periféricos, situación que no se dio en este caso.

Debe decir la Sala que aunque es evidente que el niño no especificó la fecha o el mes en que se produjo el acceso carnal, dada la corta edad que presentaba para ese momento, lo cierto es que sí definió claramente en que consistió la agresión, relatando que aproximadamente a las tres de la tarde de aquel día, el señor H. A. S. M. lo ingresó hasta una residencia bajo el pretexto de regalarle dulces, luego de lo cual lo hizo entrar a una habitación y posteriormente lo desnudó para accederlo carnalmente por vía anal.

Estima la Sala que no estamos ante la narración de una situación abstracta y memorizada, como lo ha querido inferir la señora defensora, ya que, en efecto, la historia de la víctima está llena de detalles específicos: señaló el sitio donde se encontraba cuando fue abordado por el acusado, asegurando que estaba en “*unas escalitas jugando bolas*”; detalló cómo llegó hasta la residencia donde fue abusado, lo cual describe como “*subiendo una lomita, llega a un callejón, después voltea y se llega a la casa de él, era como un rastrojo, con unas cosas azules, las paredes azules*”; manifestó cuales eran sus prendas de vestir para ese instante, afirmando que lucía un conjunto azul deportivo.

Relató igualmente JEHP que cuando su agresor terminó de cometer el ataque sexual, lo dejó salir de la casa, no sin antes sentenciar tan terrible acto con las siguientes palabras: *“ya sabe papi que no le puede decir a nadie”*.

La defensora dedicó gran parte de su memorial a auscultar hasta las más mínimas diferencias entre lo que espontáneamente narró el menor en su testimonio en juicio, con lo narrado por las personas a las cuales el niño les comentó lo sucedido por fuera del juicio oral, discrepancias que la Sala considera inocuas e intrascendentes frente al punto central del debate, pues aunque cada testigo pudo haber narrado a su modo lo que recordaba que el infante le había manifestado, lo cierto es que todas esas mínimas discrepancias quedaron subsanadas ante la contundente declaración vertida por JEHP, quien fue claro y preciso en sus respuestas, y a quien, no sobra decir, la defensora nunca impugnó su credibilidad.

No es comprensible que la defensora exija del relato del niño JEHP una congruencia casi calcada entre las versiones ofrecidas ante las diferentes personas a las cuales les comentó su historia, cuando es precisamente esa espontaneidad y sinceridad del infante al narrar lo sucedido a sus padres y los profesionales que atendieron el caso lo que pudo provocar que ciertos detalles minúsculos puedan no coincidir de manera exacta, como al parecer lo exige la recurrente.

Así, se tiene que los aspectos básicos del relato aportado por el menor se han mantenido incólumes durante toda la investigación, sin que hayan variado nunca en su esencia, esto es, la forma en que fue abordado por el atacante, con quien se encontraba para ese momento, el lugar donde fue llevado y las circunstancias precisas de la agresión sexual, aunado al señalamiento directo hacia el señor H. A. S. M. como el ejecutor del acto.

En este punto resulta relevante lo manifestado por la víctima al indicar que para el momento de los hechos estaba acompañado de un amiguito suyo de nombre “A.”, quien pudo escapar del agresor golpeándolo en los testículos, circunstancia que le da aún más

veracidad al relato, pues si se tratara de una historia imaginaria como lo quiere hacer creer la defensa, bien pudo JEHP omitir de su testimonio la presencia de otro testigo que más adelante podría contradecir sus dichos.

En cuanto a la no presencia del niño “A.” en el juicio, situación de la cual se dolió la defensa en su memorial, debe decirse que se trata de una circunstancia ajena a las partes, pues tal y como lo advirtió la señora D. I. P. A. en su testimonio, luego de la revelación que le hiciera su hijo ella misma se dio a la tarea de encontrar a dicho menor sin que le fuera posible ubicarlo, tal vez porque ya habían transcurrido dos años desde lo sucedido, pero no obstante ello, es evidente que la ausencia del testimonio de “A.” en manera alguna afecta la veracidad de lo relatado por el agredido, quien por sí solo pudo dar cuenta de lo ocurrido aquella tarde.

Debe decir la Sala que con lo anterior, sobran las extensas disquisiciones propuestas por la recurrente al hacer referencia a otro hecho de violencia del que al parecer fue testigo el menor JEHP, pues lo cierto es que esa situación resulta totalmente irrelevante en cuanto a lo que interesa al presente proceso, donde el afectado, libre de todo apremio, narró de manera sincera los eventos por él padecidos.

Es cierto que muchas veces en los detalles está la diferencia de la verdad con la mentira, pero tal tipo de análisis debe ser conjugado con otros más como los de credibilidad, verosimilitud, procesos de memorización, interés o prejuicio del testigo, coherencia del relato, aspectos estos que en el caso de marras indican que esas supuestas situaciones externas no pueden afectar el peso suasorio de la declaración de la víctima, si se tiene en cuenta que determinados hechos, dada su envergadura y gravedad, en ocasiones obviamente afectan el proceso de recordación y ello permite inferir que es razonable que no tenga una total exactitud sobre la escena sino sobre lo esencial, no obstante, el relato del infante es lógico y en absoluto verosímil.

Análisis aparte merece el aspecto del interés del niño agredido en perjudicar al procesado con acusaciones falaces, pues se debe tener en cuenta que el señor H. A. S. M., para el momento de los hechos, era un simple vecino del barrio con el cual la familia del menor no tenía ningún tipo de relación, y no encuentra la Sala motivos para que la víctima o sus progenitores hicieran señalamientos tan graves en contra de un inocente ciudadano. Tal animadversión hacia el procesado no encuentra bases probatorias en la actuación, ni puede ser deducida a partir de la manera en que se presentaron los acontecimientos.

Por último, en lo que tiene que ver con los testigos traídos por la defensa, en especial los menores que manifestaron el buen trato que siempre les prodigó el acusado, estima la Sala que se trata de simples declaraciones de conducta que no demeritan la acusación realizada por el niño JEHP, ya que las acciones humanas ante ciertos eventos son imprevisibles, sin que exista una regla de conducta exacta para cada persona, siendo posible que un individuo varíe radicalmente su forma de comportamiento para determinados sujetos con los cuales se relaciona, sin que ello, de por sí, vaya en contravía de la lógica o las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta que ambas conductas, violentas en unos casos y amistosas en otras, necesariamente no tienen que excluirse una con el otra.

En cuanto al dictamen medico legal.

La señora defensora señaló en su memorial, que en el presente caso, si el menor JEHP efectivamente hubiera sido accedido carnalmente por vía anal, cuando contaba con la edad de 7 años, ello le hubiera dejado “*un trauma*”, pues, estima, por *lógica* se puede concluir que un miembro viril erecto en el ano de un niño tiene que causar lesión en una cavidad tan pequeña.

Así, estima la Sala que aunque el dictamen pericial no mostró ningún tipo de hallazgo, era de esperarse este resultado, pues fue realizado aproximadamente dos años después

de ocurridos los hechos, de ahí que debemos valorar los variados relatos vertidos por el menor, tanto en juicio como ante todos los profesionales que conocieron su caso, donde siempre manifestó que el señor H. A. S. M. lo había penetrado con su pene por vía anal, describiendo detalles precisos de las circunstancias en que se presentó el ataque, como el hecho de que le hubiera aplicado una crema en su región genital para cometer el ataque sexual.

Por otro lado, no es verdad, como lo infiere la defensora, que el dictamen pericial sea la única prueba que pueda otorgar veracidad al testimonio de la menor en apoyo a su versión, en lo referente a la demostración de un acceso carnal, pues con ello se desconoce la libertad probatoria que rige en nuestro sistema penal

Precisamente frente a este tema, se pronunció la Corte Suprema de Justicia⁵ de la siguiente manera:

“Para la Corte es claro, e incluso no ha sido objeto de debate o controversia, que respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, **la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal**, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos.

Desde luego, en ocasiones es factible advertir que posee una mayor virtualidad suasoria determinado elemento de juicio, en razón a sus características y posibilidades demostrativas.

Pero ello no implica que ese más preciso medio repudie otros que lo suplan o, incluso, obligue aplicar una especie de capitis diminutio a los demás, al extremo de privilegiarse frente a ellos.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Radicado 35080 del 11 de mayo de 2011.

Respecto de los delitos de connotación sexual y su forma de demostración, es necesario precisar que incluso la exigencia de prueba única o privilegiada, remitida al dictamen pericial fruto de la observación clínica y consecuentes exámenes de laboratorio, choca con el hecho evidente que en muchos casos las arremetidas salaces no dejan huella perceptible, o el paso del tiempo, cuando la denuncia tarda, las borra.

Entonces, apenas para citar unos cuantos ejemplos, si el acceso carnal consistió no en la introducción del miembro viril, o cualquier otro cuerpo duro, en las vías anal o vaginal, sino en un acto de felación, es claro que posiblemente no se presenten cicatrices o lesiones apreciables, tornando inane el examen pericial; igual sucede cuando el medio utilizado para sojuzgar a la víctima no es la violencia física -o esta es menor de edad y lo acepta- y la relación opera por vía vaginal o anal, sin eyaculación interna, conocido suficientemente, en lo que al ano respecta, que este puede acoplarse a la penetración y volver a tomar su forma casi de inmediato.

En fin, que, para lo ahora verificado, si el menor denunció el hecho varios días después de ocurrido, muy posiblemente las huellas pasibles de presentarse por la penetración anal, ya se han desvanecido y, entonces, ningún valor importante comporta el dictamen pericial.

No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.

Vale decir que las conclusiones a las cuales llegó la defensa al señalar que “*las reglas de la experiencia*” indican que un menor de siete años que es accedido con miembro viril por un adulto deja huellas “*imborrables*” en su cuerpo, es un argumento que emitió el recurrente sin ninguna justificación probatoria más que su propia interpretación “*científica*” de un hecho, ya que, como bien lo explicó el galeno José Tránsito Pichot Padilla, este tipo de acceso por vía anal, puede dejar huellas en algunos casos y en otros no, dadas a las características propias de esta región anatómica, aclarando que

“se trata de un anillo que se puede dilatar, y si a un menor le untan crema, no necesariamente se presenta lesión anal o perianal”

A lo anterior se suma que el niño afectado solo comentó lo acontecido a sus padres hasta dos años después de perpetrado el ataque sexual, y tal y como lo explicó en juicio el legista, las lesiones recientes se pueden manifestar en escoriaciones y el proceso de cicatrización puede tardar entre 12 a 24 horas, por lo que a los tres días puede haber ya cicatrización.

Así, lo cierto es que el médico legista, experto en el tema de reconocimientos a víctimas de abuso sexual a menores, dio cuenta exacta de su observación y ello no admite dubitación alguna, siendo su conclusión al describir un ano sin lesiones, un hallazgo que no se contrapone con la versión de la víctima, quien precisamente dijo haber sido accedido con el pene por vía anal, acto que aunque pudo haber dejado vestigios, para el momento de la evaluación ya no eran perceptibles para el galeno, dada la referida condición física de esta región del cuerpo y el tiempo transcurrido entre la penetración y el examen.

En suma, se evidencia que la conducta denunciada fue plenamente demostrada en el debate oral, encasillándose la misma en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, motivo por el cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO