

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (8) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000207201400758

Procesado: Martín Horacio Vásquez Álvarez

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.

Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-

Sentencia: No. 03 Aprobada por acta No. 19 de la fecha

Decisión: Confirma

Lectura: Jueves, 17 de marzo de 2022.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 19 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín, Ant., que condenó al señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez** en calidad de autor de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, imponiéndole una pena principal de 144 meses de

prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

La hipótesis factual del presente asunto, la constituye los hechos que ocurrieron durante los primeros días del mes de octubre del año 2014 en la casa ubicada en la carrera 79 No.91^a-71, correspondiente a la residencia del ciudadano **Martín Horacio Vásquez Álvarez**, abuelo de la menor E.S.V. de 5 años de edad, quien aprovechó un momento de soledad que tuvo con la niña en su habitación, le dijo que jugaran a los novios, la desvistió, le dio besos en la boca y le hizo tocamientos en la vagina.

3. DESARROLLO PROCESAL

Ante el Juzgado Noveno Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, el 5 de diciembre de 2015, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, legalizándose la captura del señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez**, a quien se le imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículos 209 y 211 N. 5 del C.P., cargo que decidió no aceptar. Además, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión.

El 7 de febrero de 2019, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de **Vásquez Álvarez** acusándolo del mismo delito imputado. El proceso le fue repartido para su conocimiento al Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín, quien celebró la

respectiva audiencia de acusación el 18 de febrero del mismo año y en tal acto, en el momento oportuno, el defensor anunció que posteriormente haría un descubrimiento probatorio sobre la inimputabilidad penal de su prohijado.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 7 de mayo de 2019 en la que se decretaron las pruebas deprecadas por la Fiscalía y algunas de las pedidas por la defensa.

El juicio oral se inició el 13 de mayo y continuó en 8 sesiones más, adelantadas el 28 del mismo mes, 11 de junio, 17 y 30 de julio, 9 de agosto 10 de diciembre de 2019, fecha en la cual cuando las partes se disponían a alegar de conclusión, el defensor solicitó la nulidad de lo actuado por una presunta vulneración al debido proceso de su defendido, de conformidad con el artículo 456 y 457 de la Ley 906 de 2004, recusando, además, de manera subsidiaria a la funcionaria de conformidad con la causal del numeral 4° del artículo 56 del C.P.P., peticiones que no fueron acogidas por ese despacho en audiencia del 12 de diciembre de 2019, en donde señaló que la nulidad se resolvería en la sentencia, a la vez que se ordenó la remisión de las diligencias a esta Corporación para que se pronunciara sobre la situación impeditiva invocada. En decisión datada del 21 de enero de 2020, la Sala declaró infundada la recusación y ordenó la devolución de la carpeta al juzgado para que continuara con el trámite.

El 27 de febrero de 2020, se clausuró el debate probatorio y las partes e intervinientes alegaron de conclusión; el sentido de fallo se dictó el 12 de mayo de 2020 y la lectura de la sentencia se dio el 19 de ese mismo mes y año.

Contra el fallo condenatorio, la defensa promovió el recurso ordinario de apelación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En un primer momento de su proveído, la falladora de primer nivel denegó la solicitud de nulidad deprecada por el abogado defensor en la audiencia del 10 de diciembre de 2019, señalando, en primer lugar, que el abogado no pudo explicar cómo la presuntas manifestaciones de la funcionaria sobre aspectos procesales en los pasillos de las instalaciones del juzgado, más allá de ser un motivo de recusación, constituían una anomalía procesal o violentaba los derechos fundamentales del procesado, máxime cuando el Tribunal Superior de Medellín ya había declarado infundada la pretensión impeditiva promovida por ese profesional del derecho, sin que este, además, argumentara en debida forma la causal de anulación invocada.

Y en segundo término, se refirió a la causal de falta de defensa técnica, indicando que la misma tampoco se avizoraba en este trámite, ello por cuanto el actuar del abogado de la defensa fue intangible, real y permanente, sin que se presentaran anomalías en su actuar que perjudicaran las garantías de su prohijado.

Una vez resuelto ese aspecto, la funcionaria de primer nivel procedió a analizar de fondo el asunto de marras, indicando que el testimonio de la víctima E.S.V permitió establecer la real

ocurrencia de los hechos presentados por la Fiscalía y que si bien fue necesario impugnarle credibilidad con una entrevista previa rendida e indagársele por la posibilidad de haber mentido en una declaración de enero de 2015, lo cierto es que la niña sostuvo que su abuelo fue la persona que le había tocado sus genitales y que incluso la besó, sin que se notara una mendacidad en la infante y que los olvidos e imprecisiones eran cuestiones normales debido al paso del tiempo.

Indicó que, pese a los esfuerzos de la defensa, el relato de la víctima, al ser contrastado con los parámetros legales y jurisprudenciales, fue verosímil y claro, teniendo un alto valor probatorio dada las características particulares de este tipo de delitos, sin que se observara alguna animadversión o malicia de la afectada en contra de **Martín Horacio Vásquez Álvarez**.

Así mismo, señaló que la prueba de referencia arrojada al proceso, que trató como elementos de corroboraciones periféricas del testimonio de E.S.V. permitieron establecer que esta fue objeto de abuso sexual por parte de su abuelo, pues de la declaración extraprocesal rendida por la abuela de la menor se permitió reafirmar las aseveraciones efectuadas por la niña, sin que se hallara un motivo incriminatorio de esa deponente en contra del que fuera su compañero permanente por más de 24 años; así mismo, los profesionales que atendieron a la víctima y que entrevistaron a la madre de esta, señalaron que la progenitora de ESV se encontraba demasiado angustiada por lo sucedido, al manifestarles que ella también había sido abusada por el procesado, sin que se pudiera establecer algún animo vindicativo por parte de esta.

De igual forma, la profesional del ICBF que atendió a la menor en el año 2017 por otro presunto evento de abuso, indicó que esta le comentó que había sido tocada por su abuelo en el año 2014, situación que también fue referida por la pediatra que atendió a la agraviada, a quien esta última le señaló las partes donde su abuelo la había manoseado.

Señaló que esos testigos de referencia, catalogados por la *a quo* como de corroboración, permitieron confirmar lo dicho por E.S.V atinente al lugar de los abusos, esto es, en la casa donde el señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez** habitaba con ella, y que el hecho aquí investigado sucedió cuando estos se quedaron solos en la vivienda, en la habitación del encartado, y que si bien no hubo una determinación exacta de la fecha de ocurrencia, lo cierto es que el mismo data hacia los primeros días del mes de octubre del año 2014, quedando una serie de secuelas que fueron tratadas por parte de los médicos donde fue llevada la niña para su valoración.

De parte de la prueba de la defensa, indicó que se falló en el cometido de tachar de mentirosa a la menor, y que los elementos arrimados no fueron suficientes para derruir la credibilidad de las aseveraciones de la víctima, por cuanto no resultaba indicativo de no ocurrencia de los sucesos la no atención psicológica ni la negativa a prestar la entrevista.

Así las cosas, por considerar que se encontraban dados todos los presupuestos para concluir la responsabilidad penal de **Vásquez Álvarez** en los hechos materia de investigación, pero no por el concurso homogéneo planteado por la fiscalía, sino por el acaecimiento de un solo hecho, condenó al mismo a la pena

de 144 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones publicas por el mismo lapso, sin derecho a la concesión de beneficios y subrogados.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa del procesado interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia indicando los argumentos que se señalan a continuación:

1. Indicó que existía una violación al debido proceso de su defendido, por cuanto consideró que la actuación desplegada por la juez de primera instancia estuvo parcializada todo el tiempo, obnubilando su juicio al dejarse impresionar por las declaraciones vertidas por la madre de la menor sobre el supuesto abuso sobre su hija y sobre ella por parte de la misma persona, lo que conllevó a la funcionaria a adoptar una determinación fundada en motivaciones subjetivas.

En ese mismo sentido destacó algunos momentos del decurso procesal en los que consideró que la imparcialidad de la *a quo* se encontraba comprometida, señalando como relevante el evento en el cual el hermano del procesado escuchó a la juez en los pasillos referirse de manera anticipada sobre la decisión que iba a adoptar, proponiendo el abogado de la defensa, en esa oportunidad, una recusación en contra de la juez de instancia.

Estos argumentos lo llevaron a colegir que el actuar inclinado de la juez constituía una afectación al debido proceso de su prohijado.

2. Así mismo señaló que la juez, de manera irregular, permitió el ingreso de un video de una entrevista tomada a la menor, aspecto que, si bien no fue objetado por el defensor en esa oportunidad, sí considera que tal proceder fue ilegal, deprecando de esta instancia la exclusión de dicha evidencia por incorporarse de forma anómala y extemporánea. Indicó que, de concederse la exclusión de la prueba incorporada anómalamente, esto es, la entrevista rendida por la menor ante el CAIVAS, los elementos que quedarían para analizar serían prueba de referencia, lo que no puede ser soporte para una sentencia condenatoria

3. Consideró que la juez de primera instancia incurrió en errores groseros que afectaban la validez y legalidad del fallo proferido, iniciando por señalar el erróneo sentido que de las estipulaciones consignó la funcionaria en la sentencia reprochada, así como el sesgado resumen que hizo de los testigos de cargo y de descargo antes de entrar a la parte motiva de la sentencia, lo que consideró que afectó la valoración que la juzgadora efectuara con relación a los testimonios practicados a instancias de la defensa.

4. Así mismo, cuestionó el valor suasorio que le dio la *a quo* al testimonio rendido por la menor E.S.V., mismo que consideró contradictorio y cargado de mentiras, aspecto que fue reconocido por la misma declarante, lo que aunado

a la incorporación irregular de una prueba documental adjunta al testimonio de la menor y la descalificación que se hizo en la sentencia de una pregunta realizada por la defensa a la víctima y que no fue objetada ni limitada en la práctica probatoria, confirmaban la errónea percepción de la funcionaria respecto de ese testimonio.

Recalcó la poca veracidad de los dichos de la afectada, en punto de las inconsistencias al recordar y relatar los abusos que recibió por parte de su abuelo, contrastándolo con lo narrado por parte de la abuela de la menor, señalando que la funcionaria judicial acomodó la credibilidad de los dichos de la infante bajo el argumento que la niña recordaría muy poco lo sucedido, lo que contraría las reglas de la experiencia que lo que se recuerda es lo vivido, más aun en eventos tan graves como el que nos atañe, concluyendo que la menor mintió en todo momento de su relato, máxime cuando el mismo carecía de detalles relevantes y con poca rememoración de lo acontecido en ese día.

Prosiguió su exposición cuestionando las valoraciones que la *a quo* le dio al testimonio de E.S.V. y el fortalecimiento de los dichos de esta para poder hacer ver como legal y justificada la condena impuesta, desacreditando las deposiciones de los testigos de la defensa, más aun cuando la declaración de la víctima se encontraba plagada de contradicciones, divagaciones, así como direccionamientos y preguntas sugestivas por parte de la profesional de bienestar familiar y la ausencia de una afectación

psicológica, lo que lo lleva a concluir que los hechos no sucedieron.

Fue insistente en señalar las reiteradas faltas a la verdad de la menor en sus entrevistas y en el juicio, lo que se corroboraba con los dichos de otros de los asistentes a la vista pública, siendo precisamente ese patrón de mendacidad de la víctima el que fue aprovechado por su madre y su abuela para implantarle episodios que no ocurrieron, señalando el poco respaldo que otorgaban los testimonios de los demás testigos llevados a juicio por la fiscalía.

5. Se quejó el recurrente de la indeterminación de la fecha de ocurrencia de los hechos, misma que fue delimitada por la juez de primer nivel a los primeros días de octubre de 2014, lo que considera el togado fue producto del afán malintencionado de la funcionaria de condenar a como diera lugar al señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez** pasando por alto la aseveración de los médicos que atendieron a ESV quienes insisten que los hechos datan del 30 de septiembre de 2014.

Todo lo expuesto hasta ahora constituye, en el sentir del abogado, una violación a las reglas de producción y apreciación de las pruebas, errores de hecho y de derecho que de no presentarse no hubiese culminado el proceso con una sentencia condenatoria en contra de su prohijado.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se profiera fallo absolutorio en favor del señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez**.

6. LOS NO RECURRENTES

Los sujetos procesales no recurrentes no efectuaron manifestación respecto a las censuras propuestas por la defensa.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín Antioquia, debido a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón a la censora o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial de primera instancia debe ser confirmada.

7.2. Problema Jurídico

De cara a los planteamientos que hace la defensa en su recurso, corresponde a la Sala analizar tres problemas jurídicos, a saber:

1. ¿El cuestionamiento atinente a la parcialidad de la juez en la actuación procesal, hizo tránsito a cosa juzgada al haberse resuelto por la segunda instancia, una recusación promovida por el abogado y declararse esta infundada?
2. ¿Fue introducido de manera irregular el video de la entrevista extraprocesal rendida por la menor E.S.V. que fue usado por la fiscalía y valorado por la *a quo* para estructurar el fallo de condena?
3. ¿Se pudo demostrar más allá de duda razonable, por parte de la Fiscalía, por medio de la **prueba válida** llevada a juicio, que el señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez** realizó tocamientos libidinosos a la menor E.S.V., los primeros días del mes de octubre del año 2014?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, la Sala abordará el primer problema jurídico en particular, encargándose luego de los 2 restantes, así:

7.2.1. ¿ El cuestionamiento atinente a la parcialidad de la juez en la actuación procesal, hizo tránsito a cosa juzgada al haberse resuelto por la segunda instancia, una recusación promovida por el abogado y declararse esta infundada?

Sea lo primero resaltar que el fenómeno jurídico de la cosa juzgada se da cuando, de manera previa, una autoridad judicial resuelve un asunto y este nuevamente se coloca a consideración de ese mismo funcionario o de otro para una nueva valoración. En otras palabras, existe cosa juzgada cuando se profiere una resolución judicial que pone fin a una controversia y otorga un *status* de seguridad jurídica, siendo inviable que la misma autoridad jurisdiccional u otra distinta vuelva a resolver sobre el mismo problema jurídico en otra oportunidad.

Al respecto, la Corte Constitucional a través de la sentencia C - 100 de 2019, fue categórica al referirse sobre esta figura, señalando:

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

2.4. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

2.5. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

2.6. La fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes plasmaron la litis como parte o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto Inter partes. No obstante, el ordenamiento jurídico excepcionalmente le impone a

ciertas decisiones efecto erga omnes, es decir, el valor de cosa juzgada de una providencia obliga en general a la comunidad, circunstancia que se establece en materia penal y constitucional (Artículo 243 de la Constitución Política).

2.7. Al operar la cosa juzgada, no solamente se predicen los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio.

2.8. En principio, cuando un funcionario judicial se percata de la operancia de una cosa juzgada debe rechazar la demanda, decretar probada la excepción previa o de fondo que se proponga, y en último caso, procede una sentencia inhibitoria.

Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

-Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

-Identidad de causa petendi, esto es, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

-Identidad de partes, lo que implica que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

El caso concreto

Del confuso escrito allegado por el apoderado del señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez** se puede desentrañar que, en un

primer momento de sus argumentaciones, considera que el actuar de la juez de primera instancia estuvo parcializado con ánimos de favorecer en todo momento a la Fiscalía General de la Nación, en desmedro del debido proceso de su prohijado. Para ello trajo a colación apartes del decurso procesal y situaciones acaecidas por fuera de la sala de audiencias donde consideró que la juez se inclinó por su contraparte, efectuando actos que la favorecieron y que tuvieron una incidencia directa en la decisión censurada.

Estos planteamientos del recurrente que van encaminados a que se aprecie la posibilidad de una violación al debido proceso de su defendido por ese presunto sesgo en la juez, indefectiblemente va ligado a una tacita solicitud de declaratoria de nulidad, de conformidad con lo estipulado en los artículos 455 y subsiguientes del código de procedimiento penal.

De manera anticipada, advierte la Magistratura que en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, por ser esa controversia ya abordada por esta misma Sala de Decisión, a través del auto del 21 de enero de 2020, mediante el cual se declaró infundada la recusación propuesta por el togado en su oportunidad, por los mismos eventos consignados en ese aparte de su apelación, esto es, haberse escuchado a la juez emitir conceptos sobre el proceso por fuera de los estrados judiciales. En esa oportunidad, se desestimó la causal impeditiva propuesta, por carecer la misma de un sustento fiable, bajo los siguientes argumentos:

Entonces, aunque no es lo correcto que la juez en otro espacio procesal diferente a la emisión del sentido del fallo, indique o comente la decisión que adoptará, es claro que por el momento procesal en que presuntamente se dio la aseveración de la juez, que se itera no se probó, resulta intrascendente pensar que esta, por ese solo hecho, está prejuizado y tiene afectada su imparcialidad.

Finalmente, si quiere destacar la Sala lo cuestionable que le resultó el orden en que elevó el abogado defensor las peticiones de nulidad y recusación en el presente asunto, pues con ahínco mencionó que lo principal a resolverse era la nulidad y que subsidiariamente, en caso de negarse la misma, recusaba a la juez, lo que deja en entredicho su interés real, porque entonces, según eso, la juez debía resolver primero la nulidad y si accedía a ella no la consideraba impedida para continuar conociendo, pero, si la negaba, debía alejarse del trámite posterior.

En realidad que demasiado opuestas sí resultaron ser las peticiones del abogado, porque una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y si consideraba imparcial a la funcionaria para seguir conociendo del proceso, con mayor razón lo debía ser para resolver una nulidad.

En conclusión, a la Sala le queda en absoluto claro que ningún fundamento fáctico existe para alejar a la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín del conocimiento del proceso penal que se adelanta en contra de Marín Horacio Vásquez Álvarez por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado, porque ningún atisbo de pérdida de objetividad e imparcialidad se ha demostrado en la señora juez y por ende habrá de declararse infundado la recusación propuesta y se dispondrá el envío de la carpeta a dicho juzgado a efectos de que continúe conociendo del mismo, esto es fijando fecha para que se alegue de conclusión y se finiquite la presente causa.

Ahora, al analizar los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en el pronunciamiento aludido en precedencia, observa la Sala que ellos se cumplen a cabalidad: 1) existe una identidad de objeto, pues lo que se discute es el supuesto actuar parcializado de la juez de primer nivel que afectó el debido proceso de su defendido; 2) la *causa petendi* es la misma, al incoarse que se declare que la funcionaria rompió el principio de imparcialidad que le asiste en toda la actuación procesal; 3) las partes en conflicto son las mismas y 4) los

hechos son idénticos a los que ya se pusieron en consideración. Estos elementos nos colocan, entonces, de cara a una situación ya definida que hizo tránsito a cosa juzgada.

Ahora bien, se encuentra que en el escrito de sustentación de la alzada el abogado señaló otros eventos procesales que lo conllevaron a pensar en un actuar sesgado por parte de la juez de primera instancia, mismos que no fueron traídos a colación en la primera oportunidad en que se conoció por la Sala la recusación promovida por el togado; no obstante, si el ánimo del defensor era demostrar que la funcionaria de primer nivel actuó de modo parcializado, ellos también debieron ser expuestos en su oportunidad y no esperar la apelación como estrategia para ponerlos en conocimiento de la segunda instancia.

Lo anterior, no puede ser de recibo por la Magistratura en esta oportunidad y debe despacharse desfavorablemente esa solicitud de la presunta afrenta al debido proceso de su defendido por la presunta falta de imparcialidad de la juez por ser un tema ya resuelto, debiéndonos atener a lo que ya se decidió en el auto del 21 de enero de 2020, proveído en el cual se explicó con suficiencia que no existía un motivo de impedimento en cabeza de la juez para que esta fuera apartada del conocimiento del asunto de marras, ni que se constituyera en ese momento un actuar parcializado y carente de objetividad por parte de la funcionaria.

De todas maneras, al momento de efectuar el análisis de la valoración efectuada por la *a quo* a los elementos arrimados al juicio oral, se determinará si el actuar de la juez para esos efectos, fue sesgado o no.

Solucionado el anterior problema jurídico y para un mejor abordaje de los restantes, la Magistratura comenzará por hacer un breve exordio sobre las posibilidades con las que cuenta la Fiscalía para la incorporación de las versiones de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral y la valoración de estos dichos por parte del juez.

Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctima en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino de los jueces para tratar de encontrar el justo medio en donde los derechos de los unos no avasallen los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso convivan de la manera más armónica posible para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, ha habilitado cuatro posibilidades para

que las versiones rendidas por los menores sean arribadas a la audiencia de juicio oral, todas ellas girando en torno al principio *pro infans* y con el claro propósito de prevenir su revictimización.

La primera -- y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación—consiste en la práctica del testimonio directamente en el juicio oral, eso sí con todas las garantías hacia el menor para evitar una afectación sensible de sus derechos.

Una segunda manera de introducir a juicio la versión del menor es como prueba anticipada con fundamento en el canon 274 procesal. Obviamente en este caso le corresponde a la Fiscalía la carga argumentativa frente al juez de garantías de demostrar con suficiencia que puede existir una alteración en el medio de prueba testimonial, ya sea por evitar una victimización secundaria del menor o por la pérdida de la memoria de este gracias a la superación del daño psicológico causado o por el simple paso del tiempo. En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la defensa el derecho de contradicción y practicar la prueba en presencia de un juez, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada no se dio o desaparece, el juez podrá

ordenar, si no hay otra justificación, la repetición del testimonio del menor en la vista pública.

Dígase que una tercera opción que tiene la Fiscalía es la posibilidad de arribar los dichos del menor rendidos con antelación al juicio como prueba de referencia, aun cuando la víctima esté disponible para comparecer a la vista pública. Estas dos opciones llevan implícita la necesidad de la no victimización secundaria así como la manifestación de que se debe propender porque el menor declare solo una vez.

Es menester señalar que, si bien resulta legalmente admisible que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas de la menor víctima, ello no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia en una práctica excepcionalísima en los sistemas penales con tendencia acusatoria y que va en contra del principio de inmediación, su inclusión en juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se pueda demostrar la indisponibilidad completa del testigo -cuando este no comparece a juicio por las razones expuestas en el 438 procesal- o su indisponibilidad relativa -que estando el testigo presente en el juicio, por cualquier situación se le imposibilite o dificulte declarar de manera adecuada.-

Ante este panorama, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al establecer requisitos de admisibilidad de esta forma de introducción de los dichos de los menores, así:

- (i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal

excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, **con plena garantía del contradictorio**, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación. (negrillas fuera de texto)

Ahora bien, en caso de que el menor acuda a la audiencia de juicio oral y en el decurso de su declaración haya una retracción sustancial de la versión que rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación y como una cuarta forma de introducción de sus dichos, se podrá incorporar en su integralidad tal versión anterior, como testimonio adjunto para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas.¹

Para efectos del testimonio adjunto, la Corte Suprema de Justicia, en el mismo pronunciamiento antes referenciado, fue categórica al dictar las pautas de admisibilidad, destacándose lo siguiente:

En ese entendido, para que una declaración previa pueda incorporarse a la atestación producida en el juicio oral en tal calidad, deben satisfacerse los siguientes requisitos²:

(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, no sólo físicamente, esto es, con su presencia en la diligencia, sino también funcionalmente, es decir, en condiciones de servir o ejercer efectivamente como medio de prueba.

(...)

(ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente

¹ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

² Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950.

diferente de la contenida en aquéllas. De lo contrario – es decir, de persistir el testigo en su narración primigenia – resultaría innecesaria cualquier referencia a lo dicho con anterioridad y la prueba consistiría sencillamente de lo que diga en la diligencia.

(iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad.

Ahora bien, lo fundamental para que las declaraciones previas adquieran la condición de testimonio adjunto, según se esbozó, es que a la parte contra la cual se aducen se le garanticen los derechos de contradicción y confrontación. De ahí que la lectura que habilita su incorporación es la que se hace durante el interrogatorio de la persona que las suministró (en principio, por el mismo testigo o, excepcionalmente, por quien conduce el interrogatorio, si aquél, verbigracia, no sabe leer o está en incapacidad de hacerlo) y no la que eventualmente pueda realizar quien las recabó (investigadores, psicólogos, médicos, etc.) o cualquier otro testigo.

(...)

La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; mal podría el funcionario valorar como testimonio adjunto (esto es, como una verdadera prueba) una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente, pues con ello estaría arrogándose una iniciativa de la que está desprovisto³.

De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible violación del debido proceso probatorio.

En esa comprensión, quien pretende la aducción de una declaración como testimonio adjunto debe solicitarla y, para ello, tiene la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aserciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos.

Sobre tal petición (como sobre cualquier otra de naturaleza probatoria) necesariamente deberá permitirse a la contraparte

³ Al respecto, CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 43651.

intervenir, a efectos de que, si a bien lo tiene, refute el cumplimiento de una o más de las condiciones que habilitan la incorporación del testimonio adjunto, por ejemplo, porque (i) en realidad el testigo no estuvo disponible, (ii) no existió una retractación, o (iii) no se le dio lectura ni se materializó el derecho de confrontación frente a la declaración anterior.

Estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal para aducir en juicio las versiones de las menores víctimas de reatos sexuales, la máxima Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 2020, advirtió:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior

de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)».

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre se ha de tener en cuenta su interés superior, sin que ello pueda constituir un avasallamiento a los derechos del procesado ni al desconocimiento de las formas propias del enjuiciamiento criminal, la anulación de los principios probatorios establecidos en el código de procedimiento penal ni mucho menos, tal como se dijo en precedencia, el desconocimiento de la prohibición de estructurar sentencias de condena solo con prueba de referencia, como manifestación de una errónea y desfazada política represiva en materia de delitos sexuales.

De la valoración del testimonio rendido en juicio por los menores víctima de violencia sexual:

Lo primero que ha de señalarse es 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 y que muchas veces la agresión no deja huellas en el cuerpo de la víctima, el testimonio de esta 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.

No obstante lo anterior, 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.

Respecto a la valoración del testimonio de los menores, inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue un tanto reticente frente a su credibilidad pues se alegaba una cierta inmadurez mental de aquellos, lo que afectaba su percepción real de los hechos.

Posteriormente, la misma Corporación sostuvo que, a partir de investigaciones científicas, era posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiriría una gran credibilidad cuando es víctima de abusos sexuales.

La jurisprudencia actual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ubicado en un punto intermedio, al establecer que lo que corresponde al juez en cada caso es valorar tales dichos bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o, de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie de juntillas sus relatos⁴.

Y es que esto no es nada nuevo, porque de tiempo atrás, en decisión del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568, la alta Corporación indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

También en sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado 35080, advirtió que: «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

⁴ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

En estas condiciones, para el análisis de la veracidad del testigo, el juez debe tener en cuenta la consistencia interna del testimonio, para lo cual se asirá de los aspectos ya señalados del artículo 404 y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión; pero también la valoración debe contener un análisis de consistencia externa que tiene que ver con la armonía y coherencia que guarde el relato con las demás probanzas llevadas a juicio.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración (consistencia interna y externa o periférica), puede sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia, tal como en infinidad de veces 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 906 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.⁵

Ahora bien, en decisión emitida recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales, se reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal o jurisprudencial, **sino como consecuencia de examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:**

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: **la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.**

En este sentido, la Corte ha dicho que: **“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental”** (Cfr. CSJ SP

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

26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

La postura anterior encuentra su justificación en que: “cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, **su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica**”.⁶ – *Negrilla propia*-

Precisamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016⁷, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana:

“Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la

⁶ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁷ SP3332, M.P. Patricia Salazar Cuellar. Posición reiterada en otras decisiones posteriores, entre esas, la más reciente, la sentencia 55957 del 12 de febrero de 2020.

confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”

7.2.2. ¿Fue introducido de manera irregular el video de la entrevista extraprocesal rendida por la menor E.S.V. que fue usado por la Fiscalía y valorado por la *a quo* para estructurar el fallo de condena?

El segundo motivo de disenso del togado obedeció a la presunta manera irregular en que se introdujo al juicio oral un aparte de una declaración previa rendida por la menor E.S.V., contenida en un archivo de video y que fue usada por la fiscalía para la impugnación de credibilidad de su testigo.

Ante este evento, encuentra la Sala que, de forma parcial, le asiste razón al recurrente, por cuanto, pese a que la solicitud de la Fiscalía iba encaminada a una presunta impugnación de credibilidad de la testigo menor de edad, lo que realmente ocurrió es que la pretensión iba dirigida a la introducción de la declaración previa como **testimonio adjunto**, respecto de lo cual no se respetaron las reglas establecidas para su aducción y que fueron explicadas con suficiencia, en líneas anteriores.

Nótese como, pese a estar frente a dos versiones contrastadas de la niña, la judicatura de primer nivel pretermitió la ritualidad establecida para la introducción del video como un testimonio adjunto, consintiendo un procedimiento de aducción inaplicable para estos asuntos, como lo fue el del uso de la declaración anterior como simple elemento de impugnación de credibilidad.

Lo que se esperaba era que, previo a la reproducción del video en la vista pública y ante la diferencia sustancial existente entre la declaración que rindió en juicio la menor E.S.V. y la que reposaba en ese medio audiovisual, la Fiscalía elevara una solicitud de introducción de esa entrevista como testimonio adjunto, de la cual se le debió correr traslado a la defensa e intervinientes para que se pronunciaran respecto de su admisibilidad.

Luego, la juez debió adoptar una decisión motivada respecto de la admisión de dicho medio de conocimiento, en los términos reseñados en la jurisprudencia precitada, sobre la cual procedieran los recursos de ley. Empero, ello no se hizo de esa forma, sino que se procedió de forma irregular permitiendo el uso del video como un supuesto medio de impugnación de credibilidad de la declaración de la menor.

Con base en ese error técnico de aducción, la *a quo* permitió el ingreso al juicio oral de manera irregular, del contenido del video pronunciándose sobre su ingreso solo después de que se finalizara la reproducción de este.

Para efectos de la valoración de ese video, era sustancialmente relevante que se ingresara como testimonio adjunto, dada las versiones sustancialmente diferentes rendidas por la menor en ambas oportunidades, siendo ello indispensable para que el juez pudiera ejercer la debida valoración de los elementos al momento de dictar el fallo de instancia.

Por ello, lo que impera en este asunto es excluir del acervo probatorio el contenido del video contentivo de la declaración rendida por E.S.V. ante la funcionaria del CAIVAS de la Fiscalía que fue reproducido en el juicio oral y que fue introducido de manera ilegal, por cuanto las reglas procesales son de orden público, lo que indica su obligatorio acatamiento.

Si bien en este asunto no existió mayor oposición del defensor para la aducción de esa declaración anterior con fines de impugnar credibilidad, ello no es justificación suficiente para mantener en el caudal probatorio el aducido video, por cuanto se arrimó al juicio bajo el incumplimiento de pautas precisas de admisibilidad, de las cuales no se puede predicar una convalidación dada la censurable anuencia expresada por la defensa.

De cara al reparo de la defensa, atinente a la extemporaneidad de introducción de ese video, considera la Sala que su pretensión ha quedado resuelta con la exclusión del contenido del video ilegalmente introducido, operando sustracción de materia sobre la oportunidad en la cual se debió solicitar.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, si se conservaran dentro de los elementos de juicio a valorar las manifestaciones de refrescamiento que hizo la menor, luego de escuchado el video, siendo menester analizar en el acápite subsiguiente el valor probatorio de cada elemento

7.2.3. ¿Se pudo demostrar por parte de la Fiscalía, a través de la prueba llevada a juicio, que el señor Martín Horacio

Vásquez Álvarez realizó tocamientos libidinosos a la menor E.S.V., los primeros días del mes de octubre del año 2014?

Traídos los conceptos jurisprudenciales precitados al caso en concreto, deberá la Sala examinar la credibilidad que debe otorgarse a los diferentes declarantes que concurrieron a juicio, en grado muy especial a la víctima, teniendo en cuenta su consistencia tanto interna como externa, a fin de establecer si con las pruebas practicadas en el juicio, pudo demostrar la Fiscalía que entre los primeros días del mes de octubre del año 2014, en la casa donde habitaba **Martín Horacio Vásquez Álvarez**, este realizó actos sexuales a su nieta, la menor E.S.V.

Ello, por cuanto el defensor del acusado consideró, en su escrito de apelación, que el juez de primera instancia no sopesó en debida forma el acervo probatorio, dándole un valor que no correspondía a los dichos de la menor, quien se ha reconocido así mismo como mentirosa, lo cual también fue corroborado por los testigos de la defensa.

No hubo discusión sobre la minoría de edad de la víctima para el momento de los hechos ni sobre la identificación del acusado, pese a que el abogado de este se quejase en su recurso que hubo un error en la transcripción o resumen que la primera instancia hizo sobre este tópico.

De igual forma, indicó el togado que en ese resumen inicial de los testigos, la funcionaria de primer nivel cercenó muchos aspectos. Ante esta situación, debe advertir la Sala que lo que debe debatirse por su parte y lo que debe analizarse en esta

instancia no son los resúmenes previos de la actividad probatoria, sino la valoración que de los elementos arrimados al juicio realizó la *a quo*, ejercicio que se materializará en líneas posteriores, para saber si le asiste o no razón al recurrente en lo restante de sus reparos.

Ha de advertirse que para resolver el asunto en cuestión, lo primero que hará esta Colegiatura es realizar una depuración de la prueba legalmente arrimada a la actuación y que puede ser susceptible de valoración, excluyéndose aquella que no cumple con los parámetros establecidos para tales efectos.

7.2.3.1. Exclusión de evidencias.

Una vez decantada la exclusión del video de la declaración previa de la menor del acervo probatorio, por las razones ya conocidas, encuentra la Sala que las declaraciones rendidas por Diana Catalina Montoya Delgado y John Jairo Pérez, trabajadora social y psicólogo del hospital Pablo Tobón Uribe, respectivamente constituyen prueba de referencia de carácter inadmisibile, por cuanto estos profesionales efectuaron una entrevista a la señora Sara Vásquez, progenitora de la menor, pero nunca tuvieron contacto directo con la afectada ni mucho menos efectuaron algún tipo de valoración desde el ámbito de acción de sus profesiones.

Se tiene, entonces, que los dichos de estos declarantes no son más que prueba de referencia de carácter inadmisibile, por dos razones fundamentales: la primera atiene a que estos testigos ostentan la condición de testigos de oídas de segundo grado, toda vez que el conocimiento que tienen de los hechos lo

obtuvieron de la entrevista realizada a la madre de la menor, la cual también obtuvo datos de lo que escuchó de su hija; la segunda razón, radica en que la menor si compareció al juicio y se tuvo la oportunidad de escuchar, de viva voz, su declaración.

Lo anterior, torna las declaraciones de estos profesionales inanes para ser valoradas.

Respecto de la declaración de Victoria Eugenia Eusse Bernal, medica pediatra que atendió a E.S.V., se evidencia que esta testigo tiene dos connotaciones: una como testigo de oídas y otra como testigo directo en lo que respecta a la valoración que realizó y a los hallazgos encontrados en ese ejercicio de su profesión.

En el primero de los aspectos, encuentra la Magistratura que ello obedece a prueba de referencia inadmisibles, por los mismos motivos que se dieron para los profesionales en trabajo social y psicología, siendo solo susceptible de valoración el segundo aspecto de su declaración.

En relación a la declaración previa de la señora Lina María Ardila Vargas, la cual se introdujo a juicio a través del testigo Gelmer Darío Robledo Cartagena, policía judicial, encuentra la Magistratura que parte del contenido de esa versión anterior versa sobre aspectos que la niña le refirió y otros sobre cuestiones que esa testigo indisponible pudo percibir de forma directa, siendo solo susceptible de valoración lo último.

7.2.3.2. Valoración del acervo probatorio legalmente aducido.

Una vez efectuadas las anteriores claridades, conviene analizar lo dicho por E.S.V. en su declaración en juicio para determinar su consistencia y coherencia tanto intrínseca como extrínseca.

La ofendida E.S.V. declaró en juicio oral, a través de cámara *Gesell* y en presencia de la defensora de familia del ICBF el día 18 de mayo del 2019, esto es, casi 5 años después de la ocurrencia de los hechos, afirmando que conocía al acusado y que a la edad de 5 años había vivido con él y otros familiares.

La menor narró que su relación con su abuelo era buena y que la vez que se presentó el presunto abuso, ella le dijo al procesado que si podían jugar, a lo que este asintió y comenzó a besarla en la boca señalándole que jugarían “a los novios” procediendo luego a tocarle con su mano la vagina.

En esa misma declaración rendida en juicio, E.S.V. señaló que el sitio donde estos hechos habían ocurrido era en la habitación donde dormía **Martín Horacio** y que este aprovechó los momentos en que ella veía televisión para tocarle sus genitales, encontrándose ambos solos en esa habitación, pues la madre y la abuela de la niña estaban trabajando y la tía estaba lavando ropa. Realiza la menor una descripción de la habitación donde sucedieron los hechos y que su abuelo estaba al lado suyo en la cama donde esta se encontraba viendo televisión.

Prosiguió la menor con su relato, rememorando la forma en que se ejerció por parte del acusado el tocamiento de sus genitales,

esto es, con su mano y por encima de la ropa interior, indicando que esos hechos solo ocurrieron una vez y que los puso en conocimiento de su madre al momento en que esta llegó de laborar.

Ante el numero de veces que ocurrieron los sucesos, la Fiscalía consideró oportuno impugnar credibilidad de su testigo, por cuanto la misma, en una entrevista que fue rendida ante una psicóloga del CAIVAS, había manifestado que los hechos habían ocurrido unas cinco veces. Esta situación fue aclarada por medio de la pregunta de la delegada sobre la incongruencia en sus relatos atinente a las veces que ocurrieron los tocamientos, la niña dijo: “doctora yo le quiero decir una cosa, pues yo que me acuerde solamente era una vez, y el sí me hizo cinco veces eso, pero un día”.

En sede de contrainterrogatorio, E.S.V. indicó que en la vista publica se encontraba vertiendo un relato veraz de lo sucedido, y que si en otra oportunidad dijo mentiras ello obedeció al temor que le generaba la posibilidad de que su abuelo le hiciera algo.

Ante la pregunta complementaria del Ministerio Público, refirió que su abuelo le había manifestado que no dijera las cosas, lo que la llevó a pensar que iba a ser golpeada por este. Así mismo, aclaró que la confusión de la habitación se había generado porque esa pieza pertenecía a su tío Santiago y que su abuelo la había acogido para dormir porque ya no pernoctaba con su compañera sentimental, yendo la menor a ver televisión a ese cuarto, indicando que nadie le ha dicho que decir en su declaración.

De la versión antes reseñada, advierte la Sala, y muy contrario a lo que asevera la defensa, que la niña es clara, sincera, coherente y espontánea en la narración que hace de los hechos sin que se denote en su declaración en juicio el menor asomo de que esté faltando a la verdad, y que si bien existió una inconsistencia sobre las veces de ocurrencia de los sucesos, esta fue clara en indicar que ocurrieron un solo día y que fueron varias veces, señalando que si en pretérita oportunidad faltó a la verdad, ello obedeció al temor que le generaba ser acreedora de alguna reprimenda por parte de su abuelo.

Se tiene, entonces, cómo E.S.V., fue clara en precisar el lugar donde ocurrió el hecho: casa donde habitaba con su abuelo, abuela, madre y tíos; el sitio y la ocasión donde se presentó el acto atentatorio de su libertad y formación sexuales: la habitación de su abuelo mientras esta veía televisión; el espacio de tiempo en que ocurrieron los hechos: cuando tenía 5 años de edad; la modalidad de los tocamientos y las partes del cuerpo: le daba besos y le tocaba la vagina.

Ahora, la defensa plantea que la menor no dio detalles que debieron quedarse en su memoria por lo traumático de los hechos; no obstante, esa postura no es del todo acertada pues se denota que el proceso de rememoración de la menor es muy acorde a su edad y al tiempo que transcurrió entre la fecha de los abusos y el día en que fue llevada a declarar en juicio – pasaron casi 5 años – tiempo que por demás es algo amplio y pudo incidir en que E.S.V. olvidara detalles como la ropa que tenía puesta, por ejemplo.

Empero, la menor si conservó muy claro y consistente en su recuerdo el tipo de abuso del que fue víctima, y aunque hubiese sido necesario impugnarle credibilidad por parte de la Fiscalía, lo que en el sentir del recurrente debió originar el desecho de los dichos de la víctima, lo cierto es que tal circunstancia donde se contradijo también es producto de ese amplio espacio de tiempo pasado entre la ocurrencia del suceso y la fecha en que se celebró la vista en la cual declaró, así como a su inmadurez en la entrevista inicial para expresarse de forma verbal, lo que conllevó a pensar erróneamente que fueron 5 actos distintos y no, como se aclaró por la deponente en la vista pública, 5 tocamientos en un mismo día, aspecto que es susceptible de valoración por cuanto fue en ejercicio de su declaración en juicio y no producto del contenido del video indebidamente aducido al juicio que fue anteriormente excluido del debate.

Ahora, tampoco se encuentra que los relatos que brindó en juicio oral la afectada obedecieran a una idea implantada por parte de su abuela y su madre como una manifestación del animo vindicativo que supuestamente les asistía para perjudicar al señor **Vásquez Álvarez**, toda vez que lo contado por parte de la menor fue espontáneo y no se pudo desdibujar ese aspecto del testimonio por parte de la defensa, sin que se visualice tampoco un patrón de mendacidad en el desarrollo de las declaraciones de la afectada como también lo planteó el recurrente en su escrito y que fuera hábilmente aprovechado por su abuela y su progenitora para desdibujar la realidad de los hechos.

De esta manera, el testimonio de E.S.V. si bien tuvo ciertas inconsistencias sobre detalles puntuales, como las veces que

pasaron los hechos, lo cierto es que es claro, coherente y preciso en señalar que el abuso en su contra sí ocurrió, el sitio en que fue perpetrado, el sujeto que lo realizó y la fecha aproximada en que fue llevado a cabo, indicando que si faltó a la verdad en algún momento de la investigación, ello obedeció no a un patrón de mendacidad sino al enojo que le generó ser víctima de estos vejámenes y la amenaza de su abuelo sobre los castigos que le podían acarrear el revelar los acontecimientos de los que fue víctima, tal como se verá más adelante.

Son estos aspectos descritos, los que permiten a la Sala otorgarle una buena consistencia interna al testimonio de la menor, el cual es digno de toda credibilidad y constituye, como lo considero la *a quo*, un sustrato relevante para determinar la real ocurrencia de los lamentables sucesos en los que resultó afectada.

Ahora, la Magistratura entrará a verificar esa consistencia externa del testimonio de E.S.V. con base en la demás prueba recogida en el juicio.

Se tiene, entonces, que acudió a la vista pública la médico Victoria Eugenia Eusse Bernal, pediatra que atendió a E.S.V., la primera semana del mes de octubre del año 2014, quien dio cuenta de los hallazgos físicos al momento de su evaluación, resultando relevante una laceración en el introito vaginal que ya estaba en proceso de cicatrización y de la cual la menor refería dolor, así como miedo a la realización del respectivo examen sexológico, señalando esa dolencia en el mismo sitio donde ocurrió la laceración, lo que venía acompañado de un flujo

vaginal que contenía eritrocitos, lo que daban cuenta de que la menor había sangrado por esa herida.

Y es este examen uno de los aspectos corroborativos más fuertes del dicho de la niña, por cuanto la práctica de la evaluación médica fue cercana a la fecha de ocurrencia de los tocamientos y al referirse por la menor que los actos lúbricos que **Vásquez Álvarez** le realizó en su vagina fue por encima de la ropa, ello encuentra una explicación lógica a la laceración hallada por la médico al momento de su examen, la cual se infiere que tuvo su producción en el refregamiento de las telas con la zona íntima de la menor, generándose así la lesión en comento.

Respecto a la declaración previa de Lina María Ardila Vargas rendida el 16 de febrero de 2015 y que se llevó a juicio con el testimonio de Gélmer Darío Robledo Cartagena; si bien esta declaración se introdujo como prueba de referencia por indisponibilidad del testigo, tal probanza trae aspectos que brindan una corroboración tanto a los dichos de la menor, en punto de la rabia que está sentía por lo ocurrido, como a los hallazgos de la pediatra, en punto al dolor que sentía la menor y la presencia de un flujo vaginal que antes no tenía.

Analizada esta prueba periférica, encuentra la Sala que guarda coherencia y relación con lo manifestado inicialmente por la víctima en su presencia en el interrogatorio, dando cuenta de la ocurrencia de hechos que refirió la afectada y que tienen sustento fiable en los hallazgos de una médico y en los dichos de una persona que tenía cercanía y contacto directo con E.S.V..

Dicho de otra forma, estos testimonios periféricos permiten corroborar los dichos de E.S.V. y dotarlos de una consistencia externa que le dan un alto valor suasorio a los relatos de su testimonio en juicio oral, y que son dignos de credibilidad en el entendido de que en este tipo de delitos a puerta cerrada la única testigo presencial del hecho es la propia víctima, sin que pueda predicarse en este asunto un ánimo vindicativo o un marcado patrón de mendacidad, como lo quiso hacer notar sin mayores argumentos el censor en varias de sus intervenciones a lo largo del decurso procesal.

De cara a la práctica probatoria de la defensa, se tiene que arribó a la vista publica testigos que no conocían muy bien la dinámica familiar ni la relación entre la víctima y el acusado, tales como lo fueron los hermanos del procesado y la cuñada de este. Estos deponentes nada aportaron a su teoría del caso, pues en su intento de querer recalcar que la niña no sentía miedo al victimario y que la relación entre estos era amorosa y cordial, también se dejó en evidencia que las mismas no tenían ningún conocimiento de causa respecto de los hechos materia de investigación ni tampoco tenían una relación demasiado cercana con la familia a la que pertenecían el encartado y la afectada, ni conocían la dinámica de esta.

Compareció a instancias de la defensa la psicóloga de bienestar familiar Piedad Elena Hurtado Gómez, quien estuvo presente en un proceso de restablecimiento de derechos de la niña por otro presunto evento de abuso sexual en el año 2017, quien indicó que la menor le contó sobre el episodio que involucraba a su abuelito y que en esa oportunidad no asistió a recibir ayuda

psicológica. Esta testigo, antes de favorecer la tesis de no ocurrencia de los hechos usada por la defensa, sirvió para corroborar una vez mas que E.S.V. si refiere haber sido abusada por el encartado, señalando que para el momento de su evaluación la niña se encontraba en estado de vulnerabilidad.

Introdujo la defensa a juicio al perito médico Luis Gustavo Ríos Noreña, quien compareció como perito a sustentar un informe basado en el análisis de las historias clínicas de la atención en salud de E.S.V., el cual fue insuficiente para desvirtuar que las laceraciones que tenía la menor pudieron ser ocasionadas por el tocamiento libidinoso enrostrado al encartado.

Con el relato de Luisa Manuela Vásquez Ardila, hija del procesado, se tuvo conocimiento del estado de abandono en el que estuvo E.S.V. por parte de su progenitora debido a los problemas de drogadicción de esta última. Luisa Manuela, también fue precisa respecto de las características de la vivienda donde convivían la víctima y el acusado, las cuales son similares a las entregadas por E.S.V. en su testimonio; también señaló las constantes faltas a la verdad de E.S.V, llegándola a catalogar como una niña mentirosa y que siempre estaba pendiente de sentarse en las piernas de los hombres. De igual manera, indicó que el procesado era asiduo consumidor de licor.

Estos mismos aspectos también fueron informados por Elizabeth Vásquez Ardila, otra hija del encartado, y que revalida las afirmaciones de su hermana sobre la característica de mentirosa que le endilgan a E.S.V., de igual forma trae situaciones acaecidas entre esta última y su esposo por otro

proceso donde presuntamente este abusó de la víctima de este caso.

Como se puede observar estos testimonios ponen de presente la difícil situación de E.S.V. por cuenta de los problemas de drogadicción de su mamá conllevándola al abandono por parte de esta, teniendo que ser dejada al cuidado de sus abuelos y de sus tías, en un hogar donde su abuelo también tenía problemas con el alcohol.

Y es que la Sala no puede perder de vista el contexto en que se ha desarrollado la corta existencia de la menor, quien fue dejada en casa de sus abuelos precisamente por los problemas de consumo de estupefacientes y desorganización de vida de su madre, lo que de facto también pone a la niña en un estado de vulnerabilidad que debe ser revisado con sumo cuidado.

De igual forma, no se avizora que se tenga por parte de la menor ese patrón de mendacidad que se le endilga, insistentemente por la defensa, pues no hay en los relatos de estos testigos una ilación de eventos claros y concretos que permitan colegir que la niña tiene situaciones fantasiosas que la conlleven generalmente a desdibujar la realidad y comentar situaciones falaces con miras a ser favorecida. La única vez que se demostró que la menor faltó a la verdad tuvo como fundamento el temor de ser castigada por parte de su abuelo por contar los abusos que este le realizaba.

Por el contrario, la prueba de la defensa sirvió para corroborar que la víctima vivía bajo el mismo techo del acusado para la fecha de los hechos, que este ejercía cuidado de la menor

cuando la abuela iba a trabajar y que la relación entre ambos era buena.

Ese último aspecto atinente a la buena relación entre **Vásquez Álvarez** y E.S.V., desdibuja la tesis defensiva de la existencia de un patrón de mendacidad y un ánimo dañoso de la menor para con el procesado.

Analizada toda esta prueba de la defensa, se tiene que ella no pudo derruir ese valor suasorio del testimonio rendido por la víctima, mismo que fue corroborado por los medios de prueba antes reseñados y que otorgan una consistencia interna demasiado solida al testimonio de la menor víctima y, al verificarse su consistencia externa, encuentra la Sala que no se puede convalidar la postura de la recurrente de que la menor falta a la verdad por una presunta implantación de una idea y de manipulaciones efectuadas por la abuela y la madre de la niña.

La anterior conclusión deviene diáfana si observamos el contenido de la misma prueba de la defensa, la cual nunca dio indicios de una relación problemática entre el acusado, la menor, su madre y abuela; por el contrario, siempre se habló de una dinámica familiar normal y que no se logró acreditar con suficiencia el planteamiento de un ánimo de venganza o rencillas entre estos sujetos, que conllevara a la realización de imputaciones tan gravosas como las que aquí nos ocupan.

Contrario a lo aseverado por el profesional del Derecho, no se avizora en este asunto una apreciación parcializada de los elementos de juicio por parte de la juez hacia la menor afectada

por considerarse que su relato la cargó de emociones y obnubiló su cordura para ejercer la valoración de las pruebas; por el contrario, el análisis probatorio realizado por parte de la juez fue ponderado y en derecho, sin que no se observe ninguna mella a su objetividad e imparcialidad en este asunto, como insistentemente lo ha querido hacer notar el togado, recurriendo incluso a falacias argumentativas *ad hominem* para descalificar la decisión de primer nivel y quererla parecer como una determinación sacada de un ámbito subjetivo y emocional de la funcionaria de primer nivel.

Ante todo este panorama, la Sala considera que la niña sí fue clara en indicar cómo, cuándo y donde ocurrió el abuso del que fue víctima, cómo lo contó, porqué lo hizo e, incluso, porqué se había contradicho en la entrevista forense y en el juicio oral, sin que sea de recibo la existencia por ese solo hecho de un patrón de mendacidad que pueda descalificar los relatos de la menor.

Ahora, razón le asiste a la judicatura de primera instancia en 2 aspectos relevantes:

El primero tiene que ver con la fecha de ocurrencia de los hechos, remontándose estos efectivamente a los inicios del mes de octubre de 2014, siendo válida tal apreciación de la *a quo* en el entendido que nunca se tuvo una fecha exacta, pero de las pruebas practicadas en el juicio si se puede inferir este interregno como el espacio temporal en el que se sucedió el abuso, mismo que quedó ampliamente demostrado con la prueba de cargo de la Fiscalía que dio cuenta de la convivencia de víctima y acusado bajo el mismo techo para ese espacio

temporal y que también el examen sexológico que se le realizó a E.S.V. data para esa misma fecha.

El segundo aspecto, atiene a la demostración de ocurrencia de solo un hecho y no de un concurso homogéneo sucesivo como lo enrostró la Fiscalía en sus distintos actos de parte, pues si bien la prueba fue suficiente para su teoría del caso atinente a la ocurrencia de los tocamientos libidinosos en contra de E.S.V. perpetrados por **Martín Horacio Vásquez Álvarez** solo quedó establecido el acaecimiento de un solo suceso, y no varios como lo trajo la delegada del ente persecutor a esta actuación.

Con ocasión al agravante imputado al acusado, es menester señalar que se tuvo conocimiento en la práctica probatoria que **Vásquez Álvarez** era el abuelo de E.S.V. situación más que suficiente para dar la configuración de la circunstancia específica de mayor punibilidad del numeral 5 del artículo 211 del código penal, al recaer el abuso sexual en contra de un pariente ubicado dentro del límite del cuarto grado de consanguinidad.

Todo lo expuesto, permite colegir a la Sala que no hay asomo de duda en el presente caso en lo que atiene al abuso en contra de E.S.V., pues de la prueba practicada en la vista pública, se encuentra acreditada la materialidad de la conducta y la responsabilidad en cabeza del enjuiciado.

Vistas así las cosas, para esta Colegiatura, luego de hacer un análisis íntegro y en conjunto de las probanzas legalmente aducida a juicio, concluye que hay elementos suficientes, tanto en calidad como en cantidad, para considerar que el señor

Vásquez Álvarez es autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravados, en contra de su nieta E.S.V., conducta que obviamente lesionó de manera gravísima su integridad, libertad y dignidad sexual y cuyo acaecimiento no estuvo precedido de circunstancias que le impidieran actuar al procesado dentro de los límites de la legalidad, por lo que no se acoge la solicitud de absolución planteada por la defensa, debiéndose confirmar íntegramente la sentencia de condena proferida por la primera instancia.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

8.1. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia del 19 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, que condenó al señor **Martín Horacio Vásquez Álvarez** en calidad de autor del delito actos sexuales con menor de catorce años agravados, imponiéndole una pena principal de 144 meses de prisión e inhabilidad, por las razones que se expusieron en las consideraciones de la presente decisión.

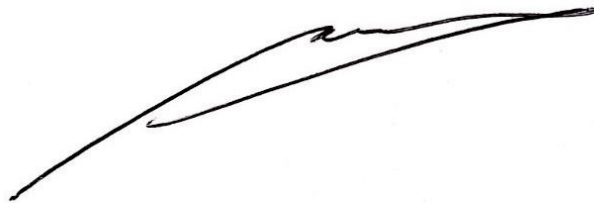
SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

TERCERO: Una vez en firme la decisión, remítanse las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

-Salvamento parcial de voto-