

TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – VALORACIÓN: Estudio de factores objetivos que permiten verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir su credibilidad.

NATURALEZA JURÍDICA Y VALOR DE LOS TESTIMONIOS RENDIDOS POR PERITOS, EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES - El testimonio rendido por el perito médico o del experto en psiquiatría o psicología, no constituye prueba de referencia sino directa.

EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ERROR DE TIPO – ERROR INVENCIBLE CON RELACIÓN A LA EDAD DE LA VÍCTIMA: No se configura.

IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO: El grado de certeza lo excluye de plano.

Hay lugar a proferir sentencia condenatoria, en tanto que de la apreciación conjunta de los elementos de conocimiento allegados al debate oral, conforme las reglas de la sana crítica y las que orientan la correcta valoración de los testimonios rendidos por menores que han sido víctimas de delitos sexuales, se llega al convencimiento más allá de la duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado, teniendo en cuenta la contundencia de la prueba de cargo, al haberse otorgado plena credibilidad a la versión dada por la menor víctima, cuyas aseveraciones se encuentran respaldadas por testimonios, un proceso de corroboración periférica y manifestaciones de peritos forenses, los cuales al manifestar directamente sobre sus percepciones y conclusiones periciales dentro del área particular en las que científicamente se desempeñan profesionalmente, se constituyen en testigos directos y no de referencia; descartando la ausencia de responsabilidad del procesado por error de tipo, basado en una mala concepción o percepción de la edad de la víctima, asumiendo que era mayor de 14 años por el desarrollo físico-anatómico, dado que esto no se demostró, determinándose que la prueba arimada no tuvo la capacidad de hacer tambalear la fortaleza de la acusación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISIÓN PENAL

| | |
|--------------------|--|
| Radicación: | 520016000485-2016-03247-02 NI: 22676 |
| Condenado: | OFYI |
| Delito: | ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. |

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, julio veintitrés (23) de del dos mil veinte (2020)

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado defensor del señor OFYI, contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2019 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto con Funciones de Conocimiento, por medio de la cual emitió sentencia condenatoria dentro del proceso que contra él se adelanta por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Del escrito de acusación se extraen los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

*“El señor OFYI, realizó actos sexuales abusivos en la menor de siglas PSMH, quien para la época de los hechos contaba con 13 años de edad, actos consistentes en tocarle las piernas, la vagina, en besarle los senos, la boca. Hechos sucedidos el día **12 de junio del año 2016**, en el sector del barrio Bachué de esta ciudad, en horas de la noche, aproximadamente entre las 7:30 a 8:30 de la noche.*

Cuenta la menor que el día 12 de junio del año 2016, se encontraba con el señor OFY, con quien fue hasta el municipio de El Tambo a realizar una presentación recreativa, cuando llegaron a Pasto, aproximadamente a las 7 de la noche, fueron hasta la casa del señor Y, donde la menor cenó. De allí el señor Y se ofreció a llevarla hasta su casa ubicada en el barrio Caicedo Alto, tras dejar a otra compañera, O le dice a la menor que se pase al asiento del copiloto, ya en ese lugar, cuando transitaban por el semáforo del éxito de la panamericana, O le toca a la menor PSMH, las piernas, los senos y la vagina por encima de la ropa; continuaron el trayecto, y cuando se encontraban por el sector del barrio Bachué, O estaciona el vehículo, en un lugar solitario, lo apaga, le dice a la menor que se desabroche el pantalón, dice la menor que lo hizo porque sintió temor de la reacción de O, y O comenzó a besar los senos de la joven por debajo de la blusa y del brasier, a besarla en la boca y a tocarle con los dedos la vagina por debajo de la ropa. Luego OF lleva a la menor hasta su casa, y la pequeña les comenta lo sucedido a sus padres, quienes acuden ante la policía, logrando los uniformados aprehender al señor YELA, sin embargo debido a que no se presentó el fenómeno de la

flagrancia por ausencia del requisito de la inmediatez, Y fue dejado en libertad.

Con base en estos facticos se inició la correspondiente indagación, y es así como el día 28 de julio del año 2017, se acude ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto y se formula imputación al señor OFYI por la presunta comisión del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS previsto en el artículo 209 del Código Penal, a título de autor y en modalidad dolosa, cargos que el procesado no aceptó¹.

El día 12 de octubre de 2017 se radicó escrito de acusación en contra de YI², convocándolo a juicio criminal como probable autor material del delito de *“actos sexuales abusivos con menor de catorce años”*, establecido en el artículo 209 del Código Penal. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), actuando en Funciones de Conocimiento, realizó la audiencia pública de formulación de acusación el 30 de mayo de 2018³, en donde se le atribuyeron los mismos cargos que aparecen previamente referidos.

Luego, el día 16 de enero de 2019, después de un aplazamiento, se llevó a cabo la audiencia preparatoria; en el curso de la misma la defensa realizó el descubrimiento de pruebas y posteriormente a la enunciación de los elementos probatorios que se llevarían a juicio, las partes efectuaron las solicitudes probatorias, mismas que fueron decretadas por el Juez de conocimiento en el transcurso de la diligencia, excepto el testimonio del psicólogo HUGO ALBERTO CAMPAÑA MURIEL, testigo de la defensa que el Juzgador se abstuvo

¹ Ver Fol. 4 del expediente.

² Ver Fols. 5 a 9 del expediente.

³ Ver Fols. 12 del expediente.

de decretar lo que motivó que el togado defensor impugnara dicha determinación por vía de reposición y en subsidio de apelación; el Juez de Conocimiento resolvió que a su decisión solo le cabía uno de los dos recursos mencionados, en consecuencia el recurrente interpuso y sustentó el de alzada. Mediante auto fechado el 14 de febrero de 2019, esta Corporación decidió abstenerse de resolver el recurso vertical dado que el trámite y decisión del recurso de reposición se encontraba sin resolver por el Juez de Primer Nivel⁴; luego, en diligencia del 6 de marzo de 2019 el Juzgado de Conocimiento llevó a cabo diligencia en la que desató el recurso de reposición decidiendo reponer la decisión objeto de impugnación⁵.

El trámite siguió su curso ordinario y finalmente los días 16 y 17 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia pública de Juicio Oral, siendo la última de las antes referidas la fecha en que se leyó la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, a través de la cual se condenó a OFYI como autor responsable a título de dolo del punible de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS (art. 209 del C.P.), imponiéndole una consustancial pena de NUEVE (9) años de prisión, además de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso; seguidamente le negó la concesión de sustitutos y subrogados penales⁶.

Frente a la anterior providencia el apoderado del señor YI interpuso y sustentó en la misma audiencia el recurso de alzada, lo cual ha dado

⁴ Ver Fols. 26 a 30. Auto interlocutorio No 8 del 14 de febrero de 2019, resuelve abstenerse de decidir la apelación porque consideró que la interposición concurrente de los recursos de reposición y apelación era factible sin necesidad de sustentar la impugnación por cada uno de ellos, debiendo decidir el A quo el recurso de reposición promovido por el abogado defensor.

⁵ Ver Fol. 36 del expediente.

⁶ Ver Fols. 40 a 48 del expediente.

lugar a que el presente asunto arribe por segunda ocasión a ésta Corporación Tribunalicia.

LA SENTENCIA APELADA

Adujo el doctor GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ, titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño, que el fallo sería en sentido condenatorio por las siguientes razones:

Con base en las previsiones del artículo 381 Procesal Penal refirió que en el presente caso se tenía conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad del procesado. Esgrimió en ese sentido que, de cuenta del registro civil de nacimiento de la menor PSMH aportado en juicio por la Fiscalía y las declaraciones de su madre, se hallaba demostrado que la presunta víctima contaba con trece (13) años de edad para la fecha de ocurrencia de los hechos, pues habría nacido el 02 de octubre de 2002.

Estableció también que los supuestos facticos referidos por la Fiscalía sobre los actos libidinosos atribuidos al procesado, se adecuaban a lo tipificado en el artículo 209 del Catálogo Punitivo, es decir actos sexuales diversos al acceso carnal.

En punto de la materialidad del punible antes mencionado, manifestó que la declaración rendida en juicio por la menor PSMH era la “*pieza principal*” para encontrar acreditada su ocurrencia, pues en ella se habría dado luces sobre los detalles del abuso sexual que aseguró haber vivido a manos del procesado, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como acaeció el infortunado evento.

Argumentó seguidamente que la anterior declaración, a pesar de no contar con otro respaldo evidencial directo, develaba detalles importantes tales como que la voluntad de la menor había sido doblegada por una estratagema psicológica del acusado para iniciarla en prácticas sexuales hasta ese momento desconocidas por ella, el temor de la misma sobre la reacción que podía asumir YI si se negaba a sus pretensiones, su condición de inferioridad física respecto de su agresor, y su reacción desesperada de entrar a su casa en pánico y llorar, circunstancias las cuales aseguró demostraban con solvencia la efectiva ocurrencia de los actos libidinosos objeto de juicio.

A fin de robustecer las anteriores fundamentaciones, describió tres situaciones que en su criterio son demostrativas de que el hecho ilícito realmente ocurrió, como que la menor PSMH llegó a su casa llorando y exaltada manifestando que *“F la había violado”* desconociendo –debido a su falta de experiencia en el tema- que en realidad había sido víctima de actos diversos al acceso carnal, luego, que sus padres ante la verosímil historia de su hija buscaran e increparan al procesado, y que finalmente éste haya palabreado ante la menor cuando se bajaba del automóvil que *“le agradecía por haberlo hecho sentir como un adolescente”*.

Acto seguido dedicó algunas líneas para afianzar la credibilidad de la declaración de la menor PSMH, señalando que la deponente había rememorado los hechos sin dificultad alguna y de manera coherente, y que además los planteamientos de la defensa tendientes a desacreditar su testimonio no habían logrado su cometido, porque sus dichos se hallaban en correspondencia con los hechos juzgados; puesto que los mismos guardaban relación con lo afirmado por la madre de la menor,

y la señora SMVA, e incluso con lo dicho por el mismo YI quienes habrían manifestado que los padres de la menor arribaron a su casa acusándolo de “violador”.

Adujo frente a la tesis de error de tipo planteada por la defensa, referente a que la menor PSMH aparentaba ser mayor de 14 años, que la misma no era de buen recibo porque el procesado conocía de tiempo atrás a la menor debido a que su abuela vivía en el barrio Obrero donde su familia residía, y que la misma acudía en variadas ocasiones a jugar con su hija pequeña, derruyendo –en su criterio- los argumentos esbozados por YI y su esposa VA.

Más adelante hizo alusión a algunas pruebas periciales practicadas en juicio referentes a las condiciones de luminosidad, estado de la vía y transitabilidad del lugar donde presuntamente habían ocurrido los hechos, señalando al respecto que ello refulgía en contra del procesado porque el teatro de los hechos, en ilícitos como el que se encuentra bajo examen, esto es delitos sexuales, tienden a desarrollarse en espacios de privacidad en los que se busca el secreto. Indicó además que la condición de profesional en psicología que ostentaba el procesado había facilitado la manipulación de la voluntad de la menor para facilitar la realización de los actos libidinosos que se estudian.

En los apartes finales de la sentencia de primer grado se remitió al debate que se había suscitado con ocasión a los dictámenes periciales presentados en juicio por el psiquiatra FERNANDO JURADO, testigo de cargo de la Fiscalía quien habría asegurado encontrar en la menor PSMH un “estado depresivo moderado”, y el del testigo HUGO ALBERTO CAMPAÑA arrimado por la defensa quien en su calidad de profesional de la psicología habría manifestado que la conclusión

aducida por el Dr. JURADO era tan solo “*una conjetura*”; El Juzgador de primer nivel sostuvo que siendo la psicología una ciencia conductual no podía resquebrajar lo afirmado por un profesional de la psiquiatría, cuyas aserciones se fundaban en una ciencia de carácter científico, otorgándole valor probatorio al primero de los mencionados..

Concluyó refiriéndose a la antijuridicidad de la conducta realizada por el procesado, recordando la inmadurez psicológica de la víctima para consentir cualquier tipo de prácticas sexuales; así como en lo atinente a la culpabilidad o elemento subjetivo del delito, frente a lo cual esgrimió que el procesado era una persona relativamente cercana a la víctima, y que por ende podía discernir sobre la edad de la misma así como la ilicitud de su conducta, y que a pesar de ello dirigió su voluntad de manera consiente para consumir el delito y satisfacer su libido sexual, resaltando finalmente que el acriminado le había manifestado a la menor “*que lo hizo sentir como un adolescente*” luego de realizar los actos de índole sexual que se juzgan.

Lo anterior, consideró suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que sobre el procesado descansaba, y consustancialmente imponerle una pena de prisión de nueve (9) años, además de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, y negar la concesión de sustitutos y subrogados penales bajo la consideración de que tales beneficios se encontraban legalmente proscritos por el artículo 199 del Estatuto de la Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006).

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACION

El doctor LUÍS FERNANDO SANTANDER RIVERA, en calidad de apoderado defensor del señor OFYI, interpuso y sustentó en el transcurso de la audiencia de lectura de fallo el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida en esa misma diligencia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, con fundamento en los siguientes argumentos:

Destacó que el relato vertido en juicio por la menor de iniciales PSMH no fue valorado correctamente por el Juzgador de Instancia, toda vez que en su criterio ésta había incurrido en múltiples contradicciones frente a las versiones que había entregado con anterioridad al juicio, entre las que relacionó que la menor *“no dijo que la había besado por debajo del brasier”*, al igual que tampoco había comentado que *“se desabrochó el pantalón”* o que el procesado *“trato de consolarla”*, por lo que consideró que el *A quo* otorgó mayor *“merito probatorio”* que el que dicha declaración realmente merecía.

Rebatió que al testimonio y dictamen del técnico de transporte y seguridad vial CARLOS ANDRÉS IGIDIO PABÓN se les restó *“merito probatorio”* y no se tuvo en cuenta los dichos que éste había depuesto afirmando que no era posible que un vehículo se estacionara por un minuto o más en el lugar donde se decía habían ocurrido los hechos, reiteró que el juzgador de primer nivel dio un significado distinto al que contenía el testimonio del perito en mención, resaltando que lo que en verdad había manifestado el declarante era que el lugar donde presuntamente habían tenido ocurrencia los hechos, se ubicaba en un sitio de mucho tránsito tanto vehicular como peatonal.

Cuestionó más adelante que en la sentencia de primer nivel se otorgara excesivo valor probatorio al testimonio pericial del psiquiatra

FERNANDO JURADO, siendo que en su sentir éste realizó la valoración de la víctima sin mediar el consentimiento informado requerido para tal fin; que además la base de opinión del mentado testigo se fundamentaba en información falaz que le entregaron los padres de la víctima; que el informe pericial fue elaborado sin tener en cuenta la historia clínica de la víctima, y que el prenombrado nunca señaló con exactitud el cuadro depresivo que adujo padecía la menor PSMH.

Finalmente, afirmó que el Juez de Primera Instancia pasó por alto el testimonio pericial del psicólogo HUGO ALBERTO CAMPAÑA; así como las declaraciones de procesado OFY y su esposa SVA quienes se habrían referido a que la menor PSMH para la fecha de los hechos aparentaba tener más de 14 años de edad, lo cual en su opinión podía dar lugar a que se configurase la causal de exoneración de responsabilidad prevista en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal.

En virtud de lo anterior el impugnante deprecó fuera revocada la sentencia condenatoria proferida el 17 de mayo de 2019 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto contra OFYI, para que en su lugar se emitiese una de carácter absolutorio.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

LA FISCALÍA. La doctora DIANA CAROLINA TAPIA HUERTAS, en su calidad de titular de la Fiscalía 60 Seccional CAIVAS, solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia pues aseguró que el *A quo* acertó en otorgar importante valor probatorio a los dichos de la menor víctima PSMH, en tanto según ella la menor en cuestión depuso sin hesitación o titubeo los hechos de abuso sexual que vivió,

describiendo y rememorando como el 12 de junio de 2016 el procesado realizó sobre ella tocamientos o “*manoseos*”, y las consecuencias que a nivel psicológico se desprendieron de ello. Esgrimió que, contrario a lo referido por el impugnante, sus asertos no recalaron a manifestaciones falsas o infundadas sino que solo se remitió a lo realmente sucedido; luego, arguyó que los razonamientos del recurrente eran errados por cuanto solo se refirió a los apartes de la sentencia que emergían en su contra, y que lo señalado por el psiquiatra FERNANDO JURADO -contrario a lo dicho por el apelante,- solo fue consecuencia de las valoraciones que él mismo efectuó sobre la víctima. En suma, estimó que la valoración realizada por el Juez de Primer Nivel sobre el acervo de pruebas fue ajustada a derecho, y que por tanto debía confirmarse la decisión por él proferida el 17 de mayo de 2019.

LA REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS. La doctora EDITH CAROLINA PUERTAS, actuando por conducto de la Defensoría del Pueblo y en representación de las víctimas, solicitó fuera confirmada la decisión de primera instancia porque en su criterio las pruebas fueron practicadas y valoradas con sujeción a los parámetros legales, concluyendo en la demostración de la responsabilidad penal del procesado, resaltó que además las argumentaciones del impugnante fueron probatoria y legalmente infundadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1.- Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

2.- Problemas jurídicos a resolver.

¿Se ha recopilado la prueba necesaria para condenar al señor OFYI por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años que se le atribuye?

¿Está el acusado, OFYI cobijado por la causal de ausencia de responsabilidad denominada error de tipo, consagrada en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal?

3.- Aspectos preliminares.

La revisión atenta de las carpetas que integran el proceso seguido al señor OFYI, contentivas de los registros de las diferentes audiencias preliminares y del juicio oral, llevadas a cabo en su contra por la probable autoría material de delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de catorce (14) años, del cual supuestamente fuera víctima la niña PSMH ,de (13) años de edad al momento de los hechos, que se dicen ocurridos el 12 de junio de 2016, de cara a los cuestionamientos esbozados por el apoderado defensor del procesado dentro de las argumentaciones de sustentación del recurso de apelación interpuestos en contra de la sentencia condenatoria proferida el 17 de mayo de 2019, nos advierte que el aspecto jurídico a considerar no es diferente a establecer si el acervo probatorio recopilado legalmente establece,

con la suficiencia exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal vigente (más allá de toda duda), la configuración del delito sexual por el cual se procede y la plena responsabilidad penal que le pudiera caber al acusado.

Como quiera que el recurrente reclama la revocatoria de la sentencia por la razón principal de que - en su sentir – los elementos de prueba allegados al proceso no fueron valorados de manera correcta, y que consecuentemente no existe el volumen probatorio exigido por la ley procesal penal para emitir condena, nos corresponde revisar profunda y desapasionadamente el asunto, en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones. Con ese propósito, a la Sala, en esta ocasión, se le ofrece la oportunidad de precisar las dificultades que presenta la investigación de delitos sexuales, por el marco de intimidad en las que éstas prácticas se desarrollan; analizará lo relacionado con el valor del testimonio de menores víctimas de abusos sexuales y de la importancia de encontrar evidencias objetivas de corroboración periférica para aumentar su verosimilitud; tratará el tema de cuándo y por qué los testimonios de los peritos psicólogos o psiquiatras no constituyen prueba de referencia sino prueba directa y, una vez finalizado este examen, analizará el caso concreto, con el fin de establecer si se configura la causal de exoneración de responsabilidad alegada por la defensa, y si la valoración que el Juez de primer grado hizo de la prueba se ajusta a la legalidad, o si, como lo afirma el apelante, desconoce la realidad probatoria y la normatividad que la regula. Para tal efecto se debe considerar:

3.1- La complejidad en la investigación de delitos sexuales: La práctica jurisdiccional nos ha permitido conocer que la demostración de un acontecimiento sexual tiene importantes dificultades judiciales, por

aquello que presenta la característica fundamental de constituir “actos de intimidación”, motivo fundamental por lo que generalmente se observan encontradas las versiones incriminantes y de defensa, en la medida que la víctima tiende a afirmar la existencia del acto carnal en una modalidad concreta y el imputado a negarlos rotundamente o, en algunos casos, a afirmar que existió el acto sexual pero con consentimiento o voluntariedad de la víctima; esto último en los eventos que “el consentimiento” constituye causal de ausencia de responsabilidad al destruir la tipicidad de la conducta que se le atribuye, por ejemplo cuando se procesa por “violación” frente a personas mayores de edad; o bien para ubicarse en una tipología penal más benigna, esto es para degradar la imputación de “acceso carnal violento” a la de “acceso carnal abusivo”, cuando el sujeto pasivo de la acción es un menor de 14 años de edad.

Precisamente por la característica de *intimidación* que comporta el acto sexual, en cualquiera de sus manifestaciones, generalmente no se encuentran pruebas directas que establezcan los pormenores de la relación carnal o de los actos lascivos que se investigan, ni los antecedentes o circunstancias concomitantes al caso en particular, diferentes a las versiones de los sujetos que como perpetradores o víctimas han interactuado en los hechos objeto de investigación, según hemos indicado.

Recordemos que las versiones orales de la víctima y del sindicado jurídicamente se encuentran en igualdad de condiciones, porque absolutamente nadie puede gozar del privilegio procesal que se le crea lo que dice por el simple hecho de la posición que ocupe dentro del proceso. En estas condiciones la credibilidad de cada uno de ellos depende del examen que se haga conforme a los parámetros de la sana

crítica, criterio según el cual “*Los testigos no se cuentan sino que se pesan*”, siendo suficiente uno para probar los hechos base de incriminación y la responsabilidad del sindicado, siempre que se haga un juicioso estudio o valoración del contenido de las exposiciones, porque desde hace mucho tiempo abandonamos los añejos criterios de la tarifa legal.

En estas condiciones, las controversias o tensiones que se presentan entre acusación y defensa solo pueden resolverse analizando las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que rodean el hecho; también debe explorarse la espontaneidad de las declaraciones iniciales, los motivos determinantes que pudiera haber tenido la víctima para acudir a la justicia y, en lo posible, establecer otras pruebas diferentes a las manifestaciones de los sujetos activo y pasivo, para verificar cuál de las tendencias testimoniales se acerca a la verdad.

3.2.- Sobre la corroboración periférica. En estos eventos se ha recomendado ancestralmente por la judicatura nacional y extranjera la verificación y acopio de elementos objetivos de corroboración periférica, que permitan hacer más o menos probable la versión insular de la víctima, dado que resulta posible en nuestro sistema de justicia penal que se dicte un fallo condenatorio con base en testimonio único, siempre y cuando con éste se lleve al fallador un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado.

Para este tipo de casos, la crítica o valoración de dicho testimonio debe ser juiciosa, profunda, dado que las consecuencias punitivas son graves y la historia judicial advierte casos de víctimas simuladoras,

otras mitómanas, algunas que se acercan a denunciar inocentes por motivos espurios, razones de vindicta por maltrato intrafamiliar, rechazo de una imagen familiar específica, etcétera. Para purgar el testimonio de estas posibles falencias -se repite-, sobre todo en los casos de delitos de intimidad (violencia y/o abuso sexuales, violencia intrafamiliar, acoso sexual., violencia de género, acoso laboral, por ejemplo) resulta aconsejable el estudio de factores objetivos que permitan verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir la credibilidad del testigo único. Así lo ha dicho la doctrina:

*“Así, la verosimilitud del testimonio debe estar basada en la lógica de su declaración y el apoyo suplementario de datos objetivos, lo cual supone varias cosas. Primero, que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo cual exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. Segundo, que la declaración de la víctima debe estar rodeada de **corroboraciones periféricas de carácter objetivo**⁷ obrantes en el proceso, lo cual significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima”⁸.*

En el caso sometido a examen se tiene que los hechos lujuriosos imputados a OFYI, supuestamente ocurrieron dentro del vehículo del imputado, cuando luego de realizar una presentación recreativa típica del objeto social de la empresa “JM Recreaciones” de propiedad del procesado, en el municipio de El Tambo (N), éste se dirigiera rumbo al barrio “Caicedo Alto”, trayecto en medio del cual se dice que el procesado instó a la menor para que le mostrara su ropa interior mientras la persuadía de que se trataba de una situación “normal”; que seguidamente encontrándose en el barrio Bachué frente a una fábrica

⁷ GÒMEZ COLOMER, Juan Luís.: “VIOLENCIA DE GENERO Y PROCESO”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España. 2007. 2002. “Podrá ser objeto de prueba en juicio la existencia de razones o motivos que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima, como la venganza o el deseo de obtener una ventaja procesal en el procedimiento de separación o divorcio”.

⁸RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. “LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO”. En “REVISTA IBEROAMERICANA DE ESTUDIOS UTILITARISTAS” – Universidad de Santiago de Compostela – España. 2011, XVIII/1-2: (página 242). ISSN 1132-0877.

de papas de nombre “Papas Jenny”, YI realizara sobre la menor tocamientos a nivel de los senos y la vagina por encima y debajo de la ropa, así como besarla en los senos y en la boca, para finalmente manifestarle que “*le agradecía por haberlo hecho sentir como un adolescente*” y dejarla en su casa de habitación.

Se aduce que precisamente en aprovechamiento del breve estado de reserva y privacidad en el que se hallaron, fue que se dieron lugar los actos libidinosos, los cuales, la menor daría a conocer a sus padres en cuanto arribó a su casa, señalando que “*F la había violado*”. Fue así como se develó la información de los hechos, y lo que siguió de manera inmediata fue una fuerte recriminación de parte de la familia de la menor en contra del procesado en su sitio de residencia.

Es por esto que el fundamento probatorio para incriminar al señor OFYI deviene de la declaración de su misma víctima, de quien se ha conocido por medio de las declaraciones vertidas por ella y por su madre NRHL, así como la prueba documental obrante a folio 39 de la carpeta⁹ que al momento de ocurrencia de los hechos contaba con trece (13) años de edad, merced a que el registro civil de la referencia la reporta nacida el 02 de octubre de 2002 en la ciudad de Pasto.

Por ser ella la testigo principal de cargos, resulta necesario someter su versión al tamiz de la crítica de valoración probatoria, proceso por cierto complejo frente a quien puede interpretar y relatar de forma más o menos adecuada los actos sexuales en los que se vio comprometida, así como los antecedentes y circunstancias que los rodearon.

⁹ Registro Civil de Nacimiento de la menor PAMELA SILVANA MARTINEZ HORMAZA inscrito en la Notaria Primera del Circulo de Pasto, con NUIP 11w 0250966 e indicativo serial No 35208844, **nacida el 02 de octubre de 2002**, hija de NANCY ROSA HORMAZA LÓPEZ y LUIS DELGADO MARTINEZ.

3.3.- Valor probatorio del testimonio de menores víctimas de delitos sexuales. Los procesalistas antiguos establecían como causal de inidoneidad la escasa edad del testigo, por aquello que dadas sus condiciones intelectuales o sensoriales podía estar fatalmente impedido para percibir cabalmente los hechos y para narrarlos con claridad en los estrados judiciales; pero aquella odiosa presunción fue cediendo terreno por aquello que “...sería perjudicial para la justicia privarse, por razones de edad, de un testigo que tal vez es el único utilizable, y que probablemente sería apto para suministrar certeza”¹⁰, motivo por el cual en la actualidad existe la plena admisión del medio probatorio, pero se recomienda un riguroso proceso de valoración después del cual se debe concluir si su dicho inspira o no confiabilidad. Sobre éste aspecto el Alto Tribunal de Justicia ha señalado:

“Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan del pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Corresponde al Juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”¹¹.

Últimamente los precedentes judiciales apuntan a que el testimonio del menor merece especial confiabilidad cuando es víctima de un delito

¹⁰ DEI MALATESTA, Nicola Framarino. “LÓGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL”. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1997. Página 49.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de marzo 19 de 1992. Radicación 7199. MP. Jorge Carreño Luengas.

sexual¹², porque los relatos de los niños frente a acontecimientos que tienen importancia para sus vidas, por haberlos presenciado o experimentado, suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Son las investigaciones científicas las que han permitido establecer la confiabilidad de sus testimonios, cuando son víctimas de agresiones sexuales; los estudios sobre el tema reportan que *“los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de pregunta sugestivas o tendenciosas, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido”*¹³. (subrayas de la Sala).

El relato vertido por la menor PSMH durante la sesión de audiencia pública de juicio oral, celebrada ante el Juez de conocimiento el 16 de mayo de 2019, es en lo sustancial del siguiente tenor:

“fuimos a una presentación al Tambo (N), ya cuando llegamos a Pasto fuimos a dejar a David, y después nos dirigimos a la casa de F con Silvia, y la esposa de F nos dio la cena, F nos fue a dejar a la casa, primero fuimos a dejar a Silvia al barrio Obrero, nosotros estábamos en el puesto de atrás; cuando se bajó Silvia, F me dijo que me pase al asiento de adelante y yo pues bajé del carro y me pasé al asiento de adelante, ya cuando estábamos en el semáforo del éxito de la Pana (sic), estaba en rojo y F me dijo que... que, es que antes, en la mañana, él nos había grabado quitándonos la camisa porque según él teníamos que perder el pudor porque dijo que va a haber eventos en los que nos toca cambiarnos todos juntos en una alcoba, entonces nosotros nos cambiamos y todo eso, entonces ya estando en el semáforo vino F y me dijo que en la mañana que yo que usaba si brasier o top, yo le dije que brasier, entonces vino y me dijo que “a ver, déjame ver” yo le dije no para qué, entonces vino y me dijo “no tranquila P no te va a pasar nada malo, solo quiero ver algo” entonces me alzó así la camisa (gesticulando) y miró mi brasier, cuando después el semáforo se puso en verde y siguió y en el trayecto vino y me tocó la pierna, diciéndome que que bonito me quedaba ese pantalón, que bonitas piernas, que me quedaba muy bonito, entonces yo le dije muchas gracias les dije.

Después, ya estando por el barrio Bachué más debajo de “Papas Jenny” paró el carro, lo apagó y vino y se desabrochó el cinturón y me lo

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicado 33010. MP. María del Rosario González de Lemos.

¹³ VIAR y LAMBERTI. Texto compilado “VIOLENCIA SEXUAL Y ABUSO SEXUAL”, en el capítulo “abuso sexual infantil”. Editorial del museo social de Argentina. 1998.

desabrochó a mí, entonces vino y me dijo “álzate la blusa”, le dije no para que le dije, entonces dijo “tranquila hermosa no te va a pasar nada solo quiero asegurarme de algo” NO le dije “tranquila P no quiero hacerte nada malo”, entonces al ver que esa calle estaba muy oscura me dio mucho miedo reaccionar de otra forma y pues me alcé la blusa, después él ya comenzó a tocarme los senos a manosear, mientras me manoseaba el un seno el otro me besaba, después vino y me dijo que me desabroché el pantalón, entonces le dije no no, no puedo hacer esto le dije, dijo “tranquila P no te va a pasar nada, confía en mí” yo, no no, para qué, entonces vino él y ya miró que se me fueron las lágrimas y dijo “tranquila P desabróchate el pantalón” entonces ya me dio mucho miedo si reaccionaba yo mal con quererme bajar del carro, que él me lleve a otra parte o me golpeé... no sé, me desabrochó el pantalón, y me acariciaba las piernas así por encima y me comenzó a manosear mi vagina pero por fuera del pantalón hasta que él metió su mano debajo de mi interior y me comenzó a manosear mi vagina y con estos dos dedos (señala los dedos índice y corazón) ya me comenzó a como meter más y más, después se quedó así un buen rato tocándome la vagina y me besaba los senos, me los manoseaba, hasta que me llegó a besar la boca, primero no me metió su lengua, después ya comenzó a meterme la lengua, entonces vino ya me pasó eso y me dijo que me abroche y yo ya me abroché y por la calle que teníamos que cruzar, no sé yo quedé en shock y vine y casi nos pasamos de calle y vine y le dije F es por esta que tienes que cruzar dijo “ay que bolas que me haces hacer” entonces ya se fue por ahí por la calle y me dijo “gracias P me hiciste sentir como un adolescente de nuevo, seguro tu novio también te hace lo mismo” le dije no yo no tengo novio, entonces vino y dijo “ay tan mentirosa dijo, bueno el hecho es que me hiciste sentir como un adolescente de nuevo, gracias por hacerme tocar”, entonces yo ya no le respondí nada, y ya él parqueó el carro frente de mi casa y dijo que por donde se devolvía y le dije que por el mismo camino, ya iba a salir del carro y él dijo “no te vas a despedir” y le dije hasta luego, dijo “ven dame un beso en la mejilla” y yo me salí del carro.

P: ¿Qué tipo de relación tenías con el señor F?

R: era vecino del conjunto donde vive mi abuela.

P: ¿Tenías otro tipo de relación con él?

R: No, éramos como más vecinos y después comenzamos con la recreación y de ahí ya me lo fui haciendo más amigo

P: ¿Qué tipo de presentación era?

R: Era una fiesta infantil, teníamos que hacer de payasos con dos amigos más. Mi función era ser payaso. F nos rotaba, a veces me tocaba a mí, otras veces a otros, esa vez me tocó a mí, a Silvia y David.

P: ¿Cuál era la función de F en esas actividades?

R: Recreacionar la fiesta, payaso, mago, así.

P: ¿Cuántos años tenías?

R: Tenía 13 años.

P: ¿Cuándo sucedieron estas situaciones F te decía o manifestaba algo?

R: No me amenazó, pero me decía que lo había hecho sentir como adolescente y así.

P: ¿Te ofreció regalos o algo material por la situación?

R: *En cada evento nos daba 20 mil, en la situación no.*

P: *¿Alguien pudo observar lo que te estaba sucediendo?*

R: *no, no estaba nadie.*

P: *¿Tú le comentaste a alguien?*

R: *Ya llegué a mi casa y le conté a mi mamá. Ya me bajé del carro y estaba en mi mente que no le iba a contar a mis papás, de los nervios comencé a timbrar varias veces, mi hermana menor salió a abrirme, se me fueron como dos lágrimas y V me dijo que qué me pasaba, no no me pasa nada. Ya subí al apartamento, estaba mi mamá con dos amigas y entonces vino y no pude contenerme y se me fueron las lágrimas y le comencé a a decir F F F, pero que, qué te pasó los robaron o qué, contésteme, yo no podía hablar estaba desesperada hasta que mi mamá me dijo que me calme que qué pasaba y me regañó hasta que le dije que F me había violado y así, ella llamó a mis tíos y a mi papá, entonces yo ya estaba muy mal en esos momentos.*

P: *¿A parte de los comportamientos que dices, hubo más?*

R: *No, él me manoseó los senos y la vagina y me besó la boca. Solo fue esa vez que hizo eso conmigo.*

P: *¿Cómo te sentías, que pensabas?*

R: *Mucho miedo que me golpeé, que me lleve a otro lado, entonces decidí hacerle caso porque era muy inocente y pensaba muchas cosas, entonces tuve que acceder.*

P: *¿Sientes que afectó algo en tu vida, en tu diario vivir?*

R: *Demasiado, inicialmente no podía salir a la calle sola, mis primos me iban a recoger al colegio, hasta ahora he tenido miedo sobre todo de los carros grises por ejemplo mi hermano es como que mira ahí está el carro de ese señor, yo comienzo a temblar, he tenido pensamientos suicidas, me llegué a cortar, me daba depresión. Me llevaron al psicólogo.*

P: *¿Porque un carro gris?*

R: *F tenía un carro gris, yo cada vez que miraba un carro gris era a ver la placa, me daba miedo. Él tiene un carro gris.*

P: *¿Qué pasó después?*

R: *Yo no tuve contacto con él, yo no iba donde mi abuela, un día fui y estaba jugando con mis primos y llegó en ese carro y yo de una me fui a mi casa y mi tío me miró que estaba asustada y se asomó y miró que era F, dijo hija no salga, yo no tenía contacto con él. Sentía miedo porque él vivía en frente de donde mi abuela, tenía miedo que me diga algo, o llegue a agredirme o cosas así.*

P: *¿En qué año sucedió lo que nos acabas de contar?*

R: *2016.*

P: *¿Recuerdas las placas del señor Yela?*

R: *Los números no recuerdo, las letras eran como B50.*

P: *¿Dónde vive tu abuelita?*

R: *Barrio Obrero.*

P: *¿Cuánto tiempo estuvo haciéndole los tocamientos?*

R: Aproximadamente 5 minutos.

P: ¿Antes de los hechos del 12 de junio de 2016 como era su rendimiento en el colegio?

R: Normal, no era la mejor de la clase pero buena estudiante.

P: ¿En qué momento se pasó al asiento de adelante?

R: En el barrio Obrero, se bajó Silvia y me dijo que me pase, nadie más miró.

P: ¿Estos hechos usted los narró en otras oportunidades?

R: Pues a mis papás y le comenté a Silvia.

P: ¿Usted manifestó en las anteriores entrevistas que el señor Y le desabrochó el pantalón?

R: Yo estaba en shock cuando él empezó a tocarme y al ver la calle oscura y que él era un hombre más grande respecto a mí, no me negué a nada, al principio le decía que pare, que para qué desabrocharme y él decía “tranquila solo quiero ver algo” entonces al ver esa situación me dio miedo y me tocó.

P: ¿Les manifestó a las autoridades si le dijo al señor Y que se detuviera y que no continuara?

R: No, no les dije nada de eso.

P: ¿Igualmente, usted les comentó que estaba llorando?

R: Sí, yo les comenté eso.

P: ¿Cuánto le faltaba para cumplir los 14?

R: Cinco meses

P: ¿Dónde ocurrieron los hechos?

R: Barrio Bachué, por papas Jenny en ese sector más abajo.

P: ¿Cuánto tiempo llevaba en la prestación de esos servicios?

R: cinco meses más o menos.

Esta versión de la menor PSMH resulta fundamental en el presente caso, porque a partir de ella se puede discernir de manera amplia y precisa tanto sobre la materialidad de la infracción, como sobre el aspecto subjetivo necesario para fundamentar los cargos, porque lo que se ha venido investigando son unos “ACTOS ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS”, del cual no han quedado evidencias físicas o materiales en el cuerpo de la víctima que permitan corroborar por sí solos sus asertos; con todo, se cuenta con un importante informe científico emitido por el psiquiatra legista adscrito al Instituto Nacional

de medicina legal y Ciencias Forenses, doctor FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien valoró personalmente a la menor el día 3 de marzo de 2017 e indicó que, observado atentamente su relato de manera individual y en conjunto con las piezas procesales que le fueron remitidas, advirtió que la versión dada por la menor en la entrevista semiestructurada que le fue practicada, correspondía y guardaba coincidencia con la declaración que la menor había referido previamente ante las oficinas de la Fiscalía General de la Nación; que además el examen mental que le fue efectuado revelaba en la niña ideas de minusvalía, afecto triste, juicio de realidad normal, sin alucinaciones, y prospección e introspección positivas, además de un juicio de realidad normal, logrando –según él- discernir la magnitud de los hechos lascivos que sufrió y sin presentar resistencia a la rememoración y verbalización de los mismos.

Lo anterior aunado a un “*cambio notorio en su comportamiento*” consistente en *desconfianza, llanto, tristeza, temores y deterioro en su vida escolar y social*, llevó al profesional de la psiquiatría a concluir la presencia de un cuadro depresivo que catalogó como “*moderado*”, pues según sus dichos había recibido manejo psiquiátrico y psicológico que ayudaron a su recuperación superando una posible “*depresión grave*” que adujo pudo estar presente en la menor en los momentos subsiguientes a los hechos de abuso sexual vivenciados por ella. En suma, deslindó que el estado depresivo padecido por la víctima era consecuencia de los hechos constitutivos de actos sexuales abusivos que ahora son objeto de juzgamiento.

Ahora, la Sala encuentra que las tesis de incriminación y exculpación esbozadas por el ente de persecución penal y la bancada de la defensa respectivamente, guardan estrecha similitud o coincidencia en cuanto a

algunos supuestos que integraron el escenario factual en el que se dice ocurrieron los hechos bajo juzgamiento, pues ambos pusieron de presente que el día 16 de junio de 2016, luego de realizar una presentación con ocasión al objeto de la empresa “JM RECREACIÓN” en el municipio de El Tambo (N), arribaron a esta ciudad específicamente a la residencia del procesado aproximadamente a las 7 de la noche, que luego éste -mientras su esposa SMVA ofreció de cenar a las jovencitas- fue hasta donde su tía y cambió de vehículo, ya en él – Chevrolet gris modelo 2006 de placas VCU750, regresó a su casa y se dispuso, tal como lo había prometido en reiteradas ocasiones, llevar a las menores hasta sus respectivas casas; así, estando ubicado en el barrio Tamasagra, se dirigió hacia el barrio Obrero donde dejó a la menor de iniciales SC, y posteriormente se enrutó hacia el barrio Caicedo Alto donde vivía la menor víctima; es en este punto donde se presenta una dualidad de versiones en cuanto a lo que acaeció con posterioridad, y donde como se advirtió en su momento se polarizan o contraponen los dichos del acriminado y de la víctima, es pues éste el punto álgido del presente asunto donde debe justipreciarse cada una y en conjunto las probanzas arrimadas a la actuación, a efecto de establecer cuál de las dos teorías es la que se subsume realmente en la verdad relativa o procesal que aflora de las pruebas.

En ese orden, evoquemos que según la menor PSMH, luego de que dejaran a su compañerita, el señor YI le pidió que se pasara al asiento de adelante, a lo que ella accedió, y estando allí, el procesado comenzó a conducir hasta ubicarse en el semáforo de la vía Panamericana, cerca del establecimiento Almacenes Éxito, lugar donde habría comenzado a persuadirle de que le mostrase su ropa interior; que seguidamente continuaron el trayecto en medio del cual le acortejaba exaltando sus atributos físicos, señaló que llegados al barrio Bachué más debajo de

“*Papas Jenny*” el procesado le solicitó que se alzara la blusa para luego proceder a tocarla o “*manosearle*” uno de sus senos, mientras le besaba el otro, y que luego le desabrochó el pantalón y acarició sus piernas y vagina por encima y debajo del pantalón; adujo que con sus dedos continuó ultrajándole la vagina y por último la besó en la boca e introdujo en ella su lengua; refirió que acto seguido el filiado continuó su camino hasta su casa y estando allí le manifestó “*gracias por hacerme sentir como un adolescente de nuevo, gracias por hacerme tocarle*”, finalmente narró la menor que bajó del carro y entre nervios timbró en su casa varias veces hasta que su hermana menor abrió la puerta dirigiéndose seguidamente hasta su apartamento y sin lograr darse a entender completamente contó a su madre mientras lloraba “*que F la había violado*”.

Por su parte, el encartado arguyó que efectivamente, el 12 de junio de 2016 se dirigió en el automotor de su tía hacia el municipio de El Tambo (N) en compañía de las menores de iniciales PSMH, SC, y otro joven, a efectos de recrear o animar una fiesta infantil, dado que ese era el fin social de su empresa de nombre “JM RECREACIÓN”; que tal evento se desarrolló con normalidad como muchas otras veces; a voces suyas arribaron a esta ciudad –a su casa puntualmente- aproximadamente a las 7 de la noche. Aduce que dejó a los jóvenes allí y fue hasta donde su tía a dejar aquel vehículo y recoger el suyo, que luego volvió a su casa en el automotor antes referenciado¹⁴ y que mientras los adolescentes cenaban se aprestó a llevar a las menores a sus respectivas casas, aseguró que empezó por la menor SC que vive en el barrio Obrero, así que llegó a su casa y “*una vez entró al conjunto*” emprendió su rumbo con destino al barrio Caicedo Alto donde vivía la

¹⁴ RECORD: 1:32:43.

menor PSMH; que entre tanto la mentada adolescente por su propia iniciativa le solicita sentarse en el puesto delantero del vehículo, a lo que él accedió, en el transcurso del breve periplo sostuvo que la menor hacía alusión a la “*belleza*” de su compañera y que él respondía con cordialidad a sus comentarios, que el trayecto continuó sin novedad salvo un traspie con la dirección en el barrio Bachué cuando “*se pasó*” de calle, dice que finalmente la menor se despidió de beso en la mejilla, y que luego de constatar que entrara a su casa, volvió a su residencia; que ello le tomó aproximadamente 30 a 35 minutos¹⁵, siendo luego sorprendido en su residencia por los familiares de la menor quienes muy alterados le recriminaban haber violado a PSMH, lo cual refirió motivó que fuera “*capturado*” por los policiales del CAI de Tamasagra que acompañaban a dichas personas.

Pues bien, llegados a este punto habrá que decirse que el testimonio de la menor PSMH se vislumbra coherente, consistente, responsivo, desprevenido, vivencial en cuanto a su lenguaje, y sobre todo espontaneo, si en cuenta se tiene que tanto el relato vertido lacónicamente por ella, como las respuestas entregadas durante el interrogatorio cruzado, tienen la característica de haber sido entregados sin titubeo o vacilación alguna, haciendo traslucir una versión de los hechos marcadamente verosímil y plausible, que no se torna insólita, y que por tanto es creíble, pues contrario a lo planteado por la defensa, no se encuentra distorsionamiento alguno respecto de los ejes centrales o elementos nucleares de la relación abusiva sexual a la cual dice y repite fue sometida por el señor OFYI, persona que como ha quedado demostrado era vecino de la abuela de la menor

¹⁵ RECORD: 1:28:29.

PSMH, además de allegado y conocido de tiempo atrás por sus familiares.

En efecto, a pesar de que en cada oportunidad procesal el defensor se ha referido a contradicciones e inconsistencias en los testimonios de la menor víctima, se advierte que tales supuestas incongruencias, además de no hallarse evidenciadas en la prueba que obra en el plenario, no atañen a los elementos basilares de la estructuración del punible de marras, pues si la menor PSMH se desabrochó el pantalón ella misma ante el pedimento sagaz del procesado o lo hizo éste de manera arbitraria, si fue besada o no en la boca, o si el acriminado trató o no de consolarla, constituyen aspectos meramente circunstanciales que no concluyen a determinar que el hecho criminal no tuvo ocurrencia. De suerte que, para la Sala, en la declaración rendida por la menor no se avizoran exageraciones o perplejidades que pudieran enervar su capacidad suasoria o demostrativa frente a los hechos lascivos que le hicieron vivir como víctima.

La menor afirma que no opuso resistencia inmediata, dentro del carro en que se transportaban, por temor a una posible reacción agresiva o negativa de OFYI, situación apenas entendible por su edad y su condición de género, pero lo cierto es que la jovencita tenía plena conciencia de la ilicitud del acto del cual la victimizaban, al punto que al ser arrimada a su residencia y sentirse en la seguridad propia de su hogar y con el acompañamiento de sus progenitores decidió contarles sobre la afrenta que se había cometido sobre su cuerpo, sobre su falta de voluntad en lo ocurrido, y en la identificación del actor YI, lo que dio lugar al trámite penal que es objeto de juzgamiento.

En esa medida, considera esta Colegiatura que no habiendo razones debidamente fundadas que pudiesen desdeñar o menguar el crédito probatorio de los asertos de la menor PSMH, se procederá a examinar el alcance de sus manifestaciones incriminantes de cara a las pruebas que se han recaudado legalmente en el transcurso del juicio oral, es decir si sus aseeraciones encuentran o no respaldo evidencial en elementos objetivos de demostración periférica, y si su interpretación y valoración conjunta permite, de conformidad con las ritualidades del artículo 381 Procesal Penal, hallar acreditada tanto la existencia del hecho ilícito como la responsabilidad penal del filiado en el mismo.

Así pues, la menor de iniciales PSMH en las dos versiones recreadas, una ante el psiquiatra forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO¹⁶ y otra ante el Juez de Conocimiento en la audiencia de juicio oral¹⁷, expresó de manera persistente e hilada que su denunciado era propietario de una empresa de recreación en la que ella participaba activamente, pues siendo el señor YI una persona cercana a la familia de la menor, ésta contaba con la aquiescencia de sus padres para participar de dicho grupo, que además integraba a otros jóvenes y adolescentes, afirmaciones estas que encuentran confirmación o ratificación en los mismos dichos del procesado¹⁸ y su esposa¹⁹, cuando manifestaron que su interacción con menores era permanente y que la menor de iniciales PSMH tenía contacto directo con el filiado porque era éste quien se encargaba de su capacitación y designación en las actividades de animación que tenían lugar en los diferentes eventos que atendía su empresa de razón social “JM Recreación”, siendo

¹⁶ RECORD: 1:08:04. Indicó el profesional de la psiquiatría que la versión de la menor víctima coincidía con la que reposaba en las piezas procesales que le allegó la Fiscalía para la elaboración de su dictamen.

¹⁷ RECORD 21:44.

¹⁸ RECORD: 1:10:00.

¹⁹ RECORD 44:23

precisamente ella junto a otra menor de nombre SC y un joven de nombre DAVID –además de OFYI- quienes acudirían aquel 12 de junio de 2016 al municipio del Tambo (N) a ejercer como animadores de una fiesta infantil; entonces, dado que los hechos libidinosos que son objeto de estudio tuvieron lugar en esa fecha, luego de que el grupo de jóvenes regresara a esta ciudad alrededor de las 7 de la noche, y que los relatos de la menor PSMH y el procesado guardan correspondencia en tanto a que éste último se dispuso a llevar a la menor hasta su casa ubicada en el barrio Caicedo Alto²⁰ luego de que como él mismo lo indicó “descargara a la primera menor (SC)”, y durante ese lapso ciertamente se encontraron solos, sin que mediara presencia de alguna otra persona, esto es en circunstancias de eminente reserva o privacidad, para esta entidad Tribunalicia resulta indiscutible que en este caso converge un importante elemento objetivo de corroboración cual es el indicador de oportunidad del procesado para la realización de las conductas imputadas, pues ha quedado demostrado que durante un breve instante y al interior del vehículo de propiedad del procesado, éste y la menor mantuvieron un momento de absoluta privacidad, haciendo probable y posible que el acusado en realidad de verdad haya ejecutado en esos minutos los actos libidinosos que se le endilgan.

Para cuestionar los anteriores razonamientos se ha dicho que los testimonios de los señores CARLOS ANDRÉS HIGIDIO PAVÓN y HECTOR JAIRO ARGOTY MONCAYO enseñaron que en el lugar donde se dice tuvieron ocurrencia los sucesos de marras (CRA 21^a 3 Sur -75) “no era posible que un vehículo pudiera haberse parqueado en ese lugar

²⁰ RECORD: 22:44 y 1:28:24, la menor PSMH y el procesado ORLANDO FABIÁN YELA IBARRA manifiestan respectivamente que luego de dejar en su casa a la menor de nombre Silvia Camila, la menor víctima se pasó al asiento de adelante y de ahí en adelante permanecieron a solas durante el recorrido que debía realizar el filiado desde el barrio Obrero donde dejó a la primer menor, hasta el barrio Caicedo Alto donde vivía PSMH.

*sin ser visto*²¹, pues según los mentados en ese sitio hay tráfico constante de vehículos y peatones; sin embargo, el primero de los mencionados depuso que la frecuencia de tránsito vehicular se avizoraba “*cada 3 o 5 minutos*” y peatonal “*cada 5 o 6 minutos*”²², entonces, habida cuenta que la inspección ocular efectuada por el investigador en mención acaeció aproximadamente 2 años y 10 meses con posterioridad a la fecha de los acontecimientos ilícitos²³, es decir cuando por virtud del natural crecimiento poblacional el índice de vehículos en circulación así como de peatones en la zona pudo haber incrementado sustancialmente, entonces la estimación del referido testigo resulta tener un alto grado de empirismo y fundamentos circunstanciales, lo cual afecta las conclusiones apriorísticas a las que llegó, sobre la imposibilidad de la ocurrencia del hecho porque el autor no había podido tener tiempo para realizarlas en un plano de intimidad. Por el contrario, la secuenciación de hechos denunciados por la menor haber sido víctima no requerían la inversión de mayores espacios de tiempo, y se acreditan desarrollados el interior del mismo vehículo automotor en el que se movilizaban la víctima y el victimario, sin que siquiera alguno de ellos requiriera desplazarse de los lugares que ocupaban en el habitáculo del automotor, el agresor desde el puesto del conductor y la menor agredida en el del inmediato acompañante. Para la Sala, resulta válido admitir que los sucesos libidinosos que se juzgan hayan tenido ocurrencia de la forma como lo ha planteado la tesis de la acusación, máxime si en cuenta se tiene que la menor afectada ilustró que los tocamientos de que fue objeto se ejecutaron por un aproximado tiempo de 5 minutos²⁴; así pues, permanece y se

²¹ RECORD: 23:12.

²² RECORD: 16:32.

²³ El investigador de campo CARLOS ANDRÉS HIGIDIO PAVÓN refirió que si inspección al lugar de los sucesos se realizó el 05 de mayo de 2019, RECORD: 24:30.

²⁴ RECORD: 40:57.

robustece en disfavor del procesado el indicador al que se ha venido haciendo referencia.

Ahora bien, la Sala advierte que la declaración incriminante de la menor PSMH no es insular, pues tiene respaldo en otros medios de convicción, como la valoración psiquiátrica practicada por el precitado profesional FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien además de referir que el relato de los hechos vertido por la menor en el aparte denominado entrevista semiestructurada “*coincide con la versión de la autoridad competente que hace la solicitud*”²⁵ dejando –como se dijo- entrever persistencia y consistencia en sus dichos; también aseguró que el examen mental a ella practicado de forma directa permitió evidenciar “*lenguaje normal, orientada, buen patrón de sueño, ideas de minusvalía, afecto triste, sin alucinaciones, memoria conservada, introspección y prospección positivas, y juicio de realidad normal*”²⁶, circunstancias estas que llevaron al profesional a concluir que la menor presentaba *un cuadro de depresión moderada*²⁷, pues narró que la adolescente “*no presentaba antecedentes mentales, una vida normal, estudios normales, pero con la ocurrencia de los hechos investigados la menor presenta un cambio notorio, es que es notorio, todo lo que refiere y el tratamiento que recibió por psiquiatría y psicología, es un cuadro depresivo desencadenado por los hechos que se investiga, ella antes era una niña normal, no tenía ninguna patología, bastó éste hecho delictivo para que apareciera una enfermedad mental llamada trastorno depresivo*”. Adujo también que las preguntas que se formularon en dicha diligencia eran dirigidas en forma exclusiva a la menor, sin la injerencia de su acompañante (salvo lo relacionado con su vida académica) siendo en términos porcentuales un 90% de la entrevista respuestas textuales de la examinada; en definitiva, sostuvo que como consecuencia de los hechos constitutivos de abuso sexual se generó en la menor un cuadro de depresión que fue inicialmente manejado por

²⁵ RECORD: 1:08:04.

²⁶ RECORD: 1:08:22.

²⁷ RECORD: 1:28:05.

psiquiatría y psicología, pero que al momento de su valoración (03 de marzo de 2017) advirtió pertinente continuar su tratamiento únicamente por esta última disciplina.

Por otro lado, del mismo testimonio rendido en audiencia pública por la menor víctima, aparece que OFYI no era un abusador persistente, sino que refiere solo realizó los tocamientos indebidos sobre su cuerpo en una ocasión, la cual, sin embargo, es más que suficiente para iniciar de forma indebida y prematura a la menor en prácticas eróticas, distorsionando con ello su proceso de formación sexual y configurando un comportamiento contrario a la moral y a la ley, con el que se advierte patente el desvalor de la acción atribuida a YI.

Sobre el tema, connotados tratadistas²⁸ estudiosos del tema de la valoración del testimonio del menor víctima de abuso sexual, señalan que la revelación de actos libidinosos por menores de edad refieren que generalmente el primer abordaje los lleva a la negación del evento del cual ha sido víctima, por la crisis endógena o depresiva interna en la que entra el menor consigo mismo; también por el temor al rechazo, porque es posible que no se le crea lo que dice haber padecido, o por encontrarse en la imposibilidad de comprensión del acto sexual; posteriormente hay un conato o tentativa de revelación, en el cual puede haber aceptación apenas parcial de la actividad sexual abusiva, porque aún no se supera el temor a la retaliación familiar, debido a que la crisis mental del menor le impide establecer que es víctima de la situación y no culpable del acontecer; posteriormente hay una etapa de revelación activa, en la cual de manera lacónica se acepta o se admite

²⁸ SORENSON, Teena. Y SNOW, Bárbara. “¿CÓMO LOS NIÑOS DICEN? EL PROCESO DE REVELACIÓN EN LOS CASOS DE ABUSO SEXUAL DEL NIÑO”. Texto colectivo “ENTREVISTA FORENSE A NIÑOS Y SU PREPARACION PARA EL JUICIO”. Publicado por agencia ICITAP. Santafé de Bogotá. 2010. (Texto citado por la Fiscalía en sus alegatos).

por el menor haber sido objeto de prácticas erótico-sexuales. No son escasos los eventos en los que pueda presentarse retractación o negación en las manifestaciones del menor, cuando se presenta la crisis exógena y debe enfrentar a su familia y al entorno de vida. Finalmente, cuando el menor se libera de culpas y es ubicado como verdadera víctima de lo acontecido, viene la etapa de reafirmación o confirmación de lo revelado anteriormente sobre el abuso sexual de que fue objeto, evento en el cual puede relatar con claridad, amplitud y precisión todo el devenir fáctico vivenciado.

En el evento sometido a decisión la Sala advierte que la menor de iniciales PSMH ciertamente padeció o vivenció lo que los estudiosos del tema han denominado como ***síndrome de menor abusado***, pues conforme a las anteriores premisas se tiene que la adolescente en cita se encontró inicialmente en una muy fugaz etapa de *negación* derivada de una crisis que se gestó en su fuero interior cuando logró escapar de la maniobra psicológica que el procesado había empleado sobre ella para facilitar su ominoso comportamiento constitutivo de abuso sexual, no en vano develó en juicio que su intención en un primer momento era de no revelar lo que le había acontecido²⁹, pues es apenas natural que se haya sentido angustiada, abrumada, nerviosa, en estado de shock y turbada por los insucesos que le habían acontecido; no obstante, seguidamente y sin haber superado el desequilibrio psicológico en el que se hallaba dio paso a la fase de *tentativa de revelación*, fue así como entre su desesperación y llanto intentó hacerle saber a su madre lo que tan solo hace unos instantes había sufrido como víctima, lo cual encuentra respaldo en los dichos de la señora RNHL quien advirtió que su hija *“llegó muy acelerada y con llanto, yo pensé que la habían atracado, pero ella*

²⁹ RECORD: 33:03. dijo textualmente *“estaba en mi mente que no le iba a contar nada a mis papas”*.

no hablaba, no reaccionaba, la cogí de los hombros y le dije que reaccionara que qué pasaba”; en este punto la menor ya se ubicaba como víctima de los pluricitados hechos, por eso en cuanto estuvo más tranquila y en presencia de sus padres dio paso a la llamada *revelación activa* de los insucesos, pues como una expresión de su palpable inmadurez frente a temas sexuales, pero con lucidez psicológica, palabreó “F, F me violó”, quizá dando a entender que le habían agredido sus derechos sexuales y reproductivos, cuando en verdad se logró establecer que lo que había sufrido como víctima era unos actos sexuales diversos del acceso³⁰, situación ésta que termina de acrecentar el desvalor en el resultado de las conductas, que a este punto puede asumirse con certidumbre fueron desplegadas por el acriminado, toda vez que consecuencia de ellas se inició a la menor de manera indebida en prácticas erótico sexuales.

Finalmente, y a pesar de la crisis exógena que se suscitó con ocasión a la revelación de los hechos, la fase de *reafirmación o confirmación de la revelación* se llegó en la declaración que rindió ante la Fiscalía General de la Nación, pero sobre todo en la audiencia del juicio oral, de ahí su versión amplia, coherente, responsiva y hasta espontánea tanto de hechos revelados con persistencia anteriormente, como de detalles que sin titubeo dio a conocer ante el Juez de conocimiento en virtud del interrogatorio cruzado que le fue efectuado y en el que medió la intervención del psicólogo adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar JAVIER HERNAN ALMEIDA ESPAÑA, narrando como habían tenido lugar los acontecimientos constitutivos de actos

³⁰ Ver folio 38 del expediente, estipulación probatoria número 3; se admitió como hecho plenamente probado que la menor fue atendida en la EPS Pasto Salud por el médico JHON ARTEAGA ARTEAGA, quien una vez examinó a la menor no advirtió en la víctima lesiones de estructuras externas o internas, teniendo el himen completo y sin desgarros.

sexuales abusivos, cuyo perpetrador aseguró sin vacilación era el procesado OFYI, vecino y conocido de su familia.

3.4.- Sobre la naturaleza jurídica y el valor de los testimonios rendidos por peritos, en delitos sexuales contra menores.

Recordemos que en el presente caso se ha recibido testimonio en juicio oral del Perito Médico Psiquiatra Forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien interrogado de manera directa por la Fiscalía como testigo de cargo por haber examinado y entrevistado a la menor PSMH el día 3 de marzo de 2017 y habiendo rendido un informe base de opinión pericial al respecto; señaló en su declaración cómo la menor hizo un recuento de los hechos vividos por ella, las condiciones de tiempo, modo y lugar de como estos ocurrieron, los hallazgos y conclusiones a los que posteriormente arribó el profesional; entre los aspectos más sustanciales –como quedó anotado- destacó que la versión de los hechos que la menor entregó en esa ocasión se encontraba en correspondencia con la que reposaba en las piezas procesales que la Fiscalía le había remitido junto con su oficio petitorio; así mismo que el examen mental practicado a la menor había arrojado rastros de *minusvalía propios de un menor abusado*, y como hallazgos o conclusiones arribó a que la referida adolescente padecía *depresión moderada*, en su opinión toda esa sintomatología hallaba causa “*en los hechos que se investiga*” dando a entender que el punible que ahora es objeto de estudio realmente acaeció, siendo PSMH la víctima directa.

También se recibió el testimonio del psicólogo particular HUGO ALBERTO CAMPAÑA MURIEL, quien adujo que por pedimento del equipo de defensa del señor YI elaboró una objeción al informe rendido

el 3 de marzo de 2017 por el psiquiatra FERNANDO JURADO; en su declaración el profesional de la psicología adujo que “*encontró inconsistencias relacionadas con el proceso de implementación del protocolo emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para estos casos*”, puntualmente esgrimió que el psiquiatra que emitió el dictamen, a pesar de referirse a tratamientos psiquiátricos y psicológicos previos, echó de menos la historia clínica y otros documentos soportes sobre dichos procesos técnicos; también se refirió a la supuesta falta de consentimiento informado, además de una supuesta “vaguedad” en el diagnóstico de depresión que el doctor JURADO encontró en la menor, atacó que la experticia psiquiátrica no otorgaba confiabilidad porque la valoración había acaecido “9 meses después de los hechos”, y finalmente centró su análisis en la supuesta falta de congruencia en el diagnóstico de “*prospección e introspección positivas*”, como la depresión y minusvalía que padecía la menor³¹; por lo expuesto consideró que la experticia del precitado psiquiatra JURADO adolecía de irregularidades que no otorgaban confiabilidad y validez a su informe.

Esta dupla de testimonios tienen en común que emanan de sujetos que no han podido presenciar directamente los hechos, sucede sin embargo que mientras el primero de los antes nombrados profesionales de la mente y la conducta humana obtuvo sus conocimientos acerca de los hechos constitutivos del ilícito objeto de pronunciamiento, dentro del ejercicio de sus roles funcionales, entrevistando directamente a la menor PSMH, como punto de partida para establecer si realmente había tenido ocurrencia el abuso sexual en el que aparece como víctima, es decir, teniendo contacto directo y personal con la mentada niña, el segundo solo conoció de los acontecimientos libidinosos estudiados por virtud de la solicitud que la defensa le elevó para “objetar” el dictamen

³¹ RECORD: 2:13:14.

emitido por el psiquiatra FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, es decir que mientras el primero examinó presencialmente a la menor, éste tuvo como insumos de su estudio el mismo examen del profesional psiquiatra, de lo que refulge que su estudio –por minucioso que sea- no ha tenido como objeto material ontológico la situación o estado mental de la menor, sino tan solo se orienta a una interpretación o diagnóstico que de ello se hizo previamente, de ahí que sus aseveraciones no sean confiables desde un punto de vista fáctico objetivo, pues las disquisiciones que eleva el psicólogo HUGO ALBERTO CAMPAÑA no son más que discrepancias que a nivel profesional se suscitan, bien porque los enfoques de las ciencias que integran –psiquiatría y psicología - tienen sus propias particularidades en cuanto al tratamiento y diagnóstico de pacientes, ora porque las finalidades o motivaciones son igualmente disímiles, entiéndase, mientras el médico psiquiatra JURADO ROSERO buscaba presencia de posibles secuelas de un hecho libidinosos ilícito, el psicólogo CAMPAÑA MURIEL utilizó dicha experticia como punto de partida para escrutar y encontrar argumentos de los cuales disentir.

Pues bien, en armonía con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la línea o precedente jurisprudencial de que no constituye prueba de referencia el testimonio del perito médico, ni el del experto en psiquiatría o psicología, porque éste medio de prueba de naturaleza científica que involucra conocimientos técnicos en su práctica y conclusiones, que son el resultado de la interrelación con personas determinadas, las cuales – en casos como el presente –resultan ser víctimas de delitos sexuales. Al respecto se ha dicho:

“Y aunque es cierto que el dictamen siquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de esta último, ello no permite calificarlo como prueba de

referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, más no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Naturalmente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos particulares del caso, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular –en este caso-, el comportamiento humano, en particular el de los menores que han sido víctima de abuso sexual- le permite al funcionario judicial comprenderlos en su verdadero contexto. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido”³².

Las reglas trazadas por el alto tribunal de justicia penal colombiano, para la valoración judicial de los testimonios rendidos por los peritos forenses, indican que *“las manifestaciones del menor víctima de agresión sexual ante el médico legista - o frente a otros profesionales, tales como sociólogos, psicólogos, psiquiatras, etc. – no constituyen prueba testimonial directa, pero que, sin embargo, dicha versión forma parte integral de la prueba pericial por constituir una unidad estructural con el aspecto técnico de la misma, por cuanto las entrevistas realizadas a los agraviados por los respectivos peritos comportan algunos de los elementos de juicio que tiene al alcance este para elaborar la experticia, de cuyo contenido debe entonces dar cuenta al juzgador”³³, de suerte que esas evidencias no pueden ser rechazadas aduciéndose falta de originalidad o por constituir “prueba de referencia”, solo que su poder persuasivo debe ser estudiado y analizado de manera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la fuente de su conocimiento y en relación con los demás elementos de convicción que se hayan podido arrimar al proceso.*

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, radicado 30612. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 10 de febrero de 2010. Radicado 29.755. MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

Unido a lo anterior, la Sala encuentra que, a la luz de las máximas del sistema de valoración de la *sana critica*, el testimonio del perito médico psicólogo HUGO ALBERTO CAMPAÑA MURIEL realmente no encuentra eco en la minuciosa apreciación que sobre las pruebas se ha practicado, puesto que al no existir unidad estructural entre los aspectos fáctico y técnico que rodearon la prueba pericial por él introducida, se encuentra que el fundamento de su conocimiento deviene de una fuente distorsionada y lejana al hecho criminal que se analiza; por tanto, su alcance demostrativo o suasorio no logra resquebrajar los asertos del médico psiquiatra FERNANDO JURADO, quedando los mismos en firme y apoyando o robusteciendo la teoría del ente encargado de la persecución penal, cuyas pruebas considera esta Colegiatura convergen en tener plenamente acreditada la materialidad del punible de actos sexuales abusivos con menor de catorce años que en esta oportunidad se estudia.

Aunado a lo anterior, surgen a la Sala los siguientes interrogantes: *¿Por qué pensar que los ya citados actos sexuales abusivos que se atribuyen a OFYI son fruto de la inventiva de la menor?; además ¿Qué interés podrían tener la menor y/o sus familiares para atacar judicialmente a su entonces conocido y amigo OFYI, si los hechos denunciados no fueran ciertos?*

Para esta colegiatura la información suministrada por la menor, sobre la ocurrencia de los acontecimientos de acto sexual abusivo de la que fue víctima, es totalmente creíble, no ha sido inventada; sus palabras no dejan entrever malicia alguna ni exageración, como tampoco distorsión en lo realmente acontecido. Si se escruta el contexto de su testimonio y se compagina con el estudio psiquiátrico del funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal, se advertirá que no existe

motivo que permita inferir que dicho testimonio sea espurio, o que haya sido influenciado por sus ascendientes o mayores, ni en sus expresiones aparecen fabulismos, inventivas o imaginaciones que nos pudieran hacer temer que ha venido siendo fantasiosa en las incriminaciones; por el contrario, simplemente se limita a noticiar al proceso los actos libidinosos que le hizo vivenciar YI, a quien conocía porque direccionaba la empresa de recreación (JM Recreación” de la que ella hacía parte como animadora.

Así las cosas, esta Sala de decisión encuentra debidamente demostrada la configuración del reato penal de marras, debiendo ahora adentrarse en el estudio del elemento subjetivo o de responsabilidad penal del procesado, necesario a efectos de posibilitar la confirmación de la sentencia de condena proferida en primera instancia.

4.- Sobre el error de tipo alegado.

El equipo de defensa del señor OFYI propuso como tesis de exculpación la configuración de una de las causales de exoneración de la responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal (Ley 599 del 2000), la décima específicamente, basada en que la menor de iniciales PSMH presentaba una incongruencia en cuanto su edad cronológica y la que reportaba su desarrollo corporal o anatómico, lo cual pudo generar -en su percepción- una idea equivocada sobre la verdadera edad de la menor víctima, o en sus palabras “*no parecía o aparentaba ser menor de 14 años*”. Soportó dicha tesis en las manifestaciones del mismo acriminado, que fue presentado en juicio

como testigo de su propia causa, y la de su esposa que renunció a la inmunidad legal para declarar³⁴.

Frente a este tema, sea lo primero indicar que dicha alegación versa sobre la punibilidad que se dice no amerita la conducta del procesado, pues su defensa refiere que el elemento configurativo del tipo penal (supuesto de hecho) que en este caso es realizar actos sexuales con menor de 14 años, se encuentra afectado por haber obrado bajo error invencible de que no concurría en su conducta uno de los hechos configurativos de la descripción típica, basada en una mala o errónea percepción de la edad de la víctima, a quien supuestamente asumió el acusado era mayor de 14 años, aspecto que ahora corresponde resolver.

La demostración de esta causal de ausencia de responsabilidad, llamada a desestructurar los delitos porque atacan el elemento subjetivo del tipo penal, esto es el DOLO, que es la única modalidad comportamental que admiten los llamados delitos sexuales, por lo general parte de la base de la aceptación plena de la estructuración objetiva de los punibles endilgados, sin embargo en el caso que nos ocupa la defensa alegó insistentemente como tesis principal *la inexistencia del hecho criminal*, y orientó basilarmente su actividad probatoria a demostrar dichos asertos defensivos. Seguramente por eso los cimientos demostrativos sobre los que se finca la existencia del supuesto *error de tipo* son bastante ínfimos, pues como antes quedó referenciado pretendió el defensor sacar avante esta estrategia alterna

³⁴ RECORD: 52:29. El defensor pregunta a la testigo VA: ¿Qué edad aparentaba la menor para la fecha junio de 2016?, la deponente contesta "en mi percepción y frente a mi hija, tenía 15 años; RECORD: 1:19:35, pregunta el defensor al señor YI, quien declaraba renunciando a su derecho constitucional a guardar silencio: ¿sabía usted la edad de la menor?, respondiendo "nunca conocí la edad de la menor, de hecho pensaba que tenía o 15 o estaba por cumplir los 15, me daba el aspecto de no tener menos de catorce años".

o subsidiaria de defensa con sustento en las simples manifestaciones del procesado y de su esposa, quienes adujeron que la menor “parecía tener 15 años”, o en todo caso no menos de 14.

En ese orden, de acuerdo al numeral 10 del artículo 32 de la ley penal vigente, el error de tipo se presenta cuando: “*Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad*” En este evento, -se itera- como el punible imputado es el de *actos sexuales abusivos con menor* de 14 años, el elemento constitutivo del tipo penal sobre el cual se dice que ha versado el error es precisamente el de la corta edad de la víctima, aspecto sobre el cual entraremos a la crítica de valoración probatoria.

Pues bien, para esta Sala de decisión estas versiones –las del procesado y su esposa- están en completa contraposición con varios elementos evidenciales, entre los cuales se cuentan las declaraciones de la misma víctima³⁵ y de su señora madre RNHL³⁶, quienes refirieron bajo la gravedad del juramento que tenían una relación cercana con el procesado, pues era conocido por ellas, y en especial de la segunda de las deponentes desde hace mucho tiempo atrás, incluso con anterioridad al nacimiento de la menor PSMH, ya que adujo que databa de “*hace aproximadamente 17 0 18 años*”. Pero eso no es todo, en tanto dichos asertos fueron corroborados por los mismos testimonios de quienes servirían para demostrar el error en el que dice la defensa incurrió el filiado, es decir las afirmaciones de éste mismo y de su cónyuge SMVA, afirmando el primero que conocía a la madre de la menor desde hace 23 años, y que incluso llegó a tener una relación

³⁵ RECORD: 29:05, comentó la menor que conocía al procesado porque era vecino del conjunto de su abuela, que siempre habían sido “*más como vecinos y de ahí con la recreación ya se hicieron amigos*”.

³⁶ RECORD: 1:31:34. Indicó que conocía a OFYI hace “*aproximadamente 17 o 18 años*”.

sentimental con ella; por otro lado, la señora VA profundizó en detalles y adujo en su declaración juramentada que conocía a la menor “*desde que llegó a Pasto porque solía compartir con su hija menor*” y que en algunas ocasiones cuidaba de ellas mientras jugaban.

Refulge de lo anterior, que la relación de amistad o vecindad de tantos años les permitía conocer o inferir a ciencia cierta cuál era la edad real de la menor SPMH, lo cual no fue óbice para que el acusado procediera a ejecutar actos libidinosos sobre una menor cuya edad casi que guardaba identidad con la de su hija pequeña, surge con vehemencia entonces que a OFYI le era fácilmente discernible que la edad de la jovencita que aparece como víctima era inferior a 14 años, por tanto y ante la categórica evidencia arrojada por la Fiscalía frente al tema de la edad de la menor y la relación de ésta con el filiado, se encuentra que el elemento descriptivo que configura el punible de marras realmente convergió en la conducta realizada por él sobre la menor de iniciales PSMH. En ese sentido, el planteamiento de *error de tipo* esbozado por la bancada de la defensa, no está llamado a prosperar.

5. – Anotaciones finales.

Las alegaciones del abogado defensor del señor YI se orientaron en primer lugar a atacar la materialidad o existencia del hecho ilícito, para ello se cuestionó la declaración rendida por la menor PSMH de quien dijo había incurrido en contradicciones e inconsistencias que derivaban en la falta de cohesión o coherencia en sus relatos, atacó el ejercicio de valoración probatoria efectuado por el Juez *A quo* pues en su sentir no se confirió el valor suasorio que ameritaban los testimonios del investigador ANDRÉS HIGIDIO PAVÓN, quien al haber practicado una inspección ocular en el escenario del ilícito asumió que no era posible

estacionarse por más de dos minutos en dicho lugar ubicado en el barrio Bachué de esta ciudad, cuestionó igualmente el valor otorgado al testimonio del psiquiatra FERNANDO ALFONSO JURADO porque en su criterio las aseveraciones de este fueron desvirtuadas por el psicólogo de descargo HUGO ALBERTO CAMPAÑA MURIEL; no obstante, probando suerte con una tesis de exculpación alterna, esgrimió que el procesado había incurrido en un error sobre los elementos estructurantes del tipo que se investiga porque la menor que aparece como víctima “*no aparentaba tener menos de 14 años*”.

Para esta Colegiatura, este último de los planteamientos pretende asolar la acusación con sustento en una de las causales de exoneración de responsabilidad afectante del elemento subjetivo de la imputación en tanto a tipicidad, no obstante, dada la asimetría dogmática de sus fundamentos, se estima que las dos estrategias o teorías del caso elevadas por el apoderado defensor distan entre sí porque –como se anunció previamente- la asunción de que se obró con resultados antijurídicamente objetivos constituye la antesala del planteamiento de *error inevitable* sobre la conducta típica, quiere decir que un argumento de esta naturaleza implica aceptar que el evento factico base de acusación realmente se estructuró, solo que el infractor se encontraba imposibilitado para conocer que su comportamiento integraba un hecho configurativo del tipo penal, que para este caso puntual sería conocer que la menor víctima contaba con menos de 14 años de edad, siendo así, los argumentos de la defensa gravitan contradictoriamente en una hipótesis que sugiere a pie juntillas que el hecho ilícito no ocurrió, pero que de todas maneras, si hubiere ocurrido no configuraba conducta punible por estar afectado de un error en cuanto a la apreciación de la edad de la menor, estando su accionar amparado por una causal que excluye la responsabilidad; sin embargo, ninguna de tales dinámicas de

defensa logra prosperar porque, tanto se acreditó con la suficiencia necesaria que el hecho criminal tuvo lugar a manos del procesado, como que éste conocía sin temor a equívocos que la menor víctima ostentaba para la fecha de los acontecimientos menos de catorce (14) años.

Ahora, el repertorio probatorio que se ha arrimado al trámite, ha sido amplio, especialmente por la bancada de la defensa pues se practicaron en su favor dos (2) pruebas periciales, una del investigador CARLOS ANDRES HIGIDIO, y otra de HUGO ALBERTO CAMPAÑA MURIEL psicólogo particular, además, los testimonios de CAROLINA SEPULVEDA FERNANDEZ, SMVA, HECTOR JAIRO ARGOTY MONCAYO y del procesado OFYI quien, renunciando a su derecho a guardar silencio, decidió declarar en su propia causa; a pesar de dicho voluminoso material de convicción, para la Sala, la verdad que aflora de las pruebas concluye en advertir, con arreglo a las exigencias del artículo 381 Procesal Penal, esto es más allá de toda duda, la configuración de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, dado que los elementos demostrativos antes mencionados realmente no aportaron datos relevantes que condujeran a probar la causal específica de ausencia de responsabilidad invocada, ni siquiera para mantener en firme la presunción de inocencia que como un derecho constitucional descansaba sobre el filiado. En ese orden, siendo que el secreto del derecho penal radica en que las partes e intervinientes prueben los hechos que alegan más allá de su propia palabra, sucumben pues sus fundamentaciones ante el lapidario y consistente acervo de pruebas que el ente de persecución introdujo al proceso.

Finamente, valga hacer alusión a los asertos vertidos por CAROLINA SEPULVEDA FERNANDEZ y HECTOR JAIRO ARGOTY MONCAYO, de quienes poco se ha hablado a lo largo del presente pronunciamiento, y es que en realidad de verdad no hay mucho que referenciar al respecto, pues en nada aportaron sus dichos a la resolución del presente asunto, dado que fundamentalmente no fungen como testigos de los hechos sino de cuestiones circunstanciales e intrascendentes, para la definición del caso. La primera se apresuró –en el transcurso de la audiencia de juicio oral- a referir que comparecía en esa ocasión ante el Juez de Conocimiento *“para respaldar al señor YI”*, sin que todavía le hubiese sido formulada pregunta alguna; seguidamente se dedicó a entregar datos contradictorios referentes a la actividad que desempeñaba el procesado y su relación con la menor PSMH; la Sala encuentra falta de espontaneidad en el relato y un estéril valor suasorio en sus dichos. El segundo de los nombrados, investigador de campo, cuyos servicios fueron contratados por la defensa con el objeto de *“verificar la vecindad, y la vida académica y social de la menor”* a fin de poner en evidencia que la adolescente no había sufrido variaciones en su vida con ocasión a los hechos que se juzgan y con ello hacer mella en las declaraciones de la menor y en las conclusiones científicas del psiquiatra forense que la valoró, incurrió en irregularidades aún más sensibles, habida cuenta que indagó y pretendió revelar en juicio aspectos de la vida íntima de la menor, vulnerando con ello los derechos de la misma pues no se acreditó que para tal diligencia investigativa mediase autorización del Juez de Garantías, situación que de ningún modo puede ser vista con buenos ojos, por cuanto los parámetros que imperan en nuestro Ordenamiento Jurídico ordenan que los niños, niñas y adolescentes deben ser sujetos de especial protección.

Precisamente este último postulado jurídico fue el que asaltó el procesado, cuando defraudó la confianza que en él había depositado la familia de la menor, al aprovecharse de su condición de director de la empresa “JM Recreación” de la que la adolescente participaba activamente, viendo en ello una oportunidad de aprovechar sus talentos, pero desplegando sobre la joven una improvisada pero ignominiosa y efectiva maniobra de manipulación psicológica, que serviría como medio para lograr sus lúbricas intenciones sobre una menor de catorce (14) años de edad, cuya protección –cabe resaltar-se enaltece por doble vía, la primera dada su condición de mujer y la segunda por su estado etario de pre-adolescencia, cuyos derechos sexuales y reproductivos alcanzan la connotación de fundamentales, amen que la Ley 1098 de 1996 establece la protección a la infancia, por ser la base primordial de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Corolario de todo lo anterior, y habiéndose cumplido debidamente las exigencias probatorias que viabilizan el proferimiento de una sentencia de tipo condenatorio, fuerza ahora confirmar la sentencia venida en alzada.

En consecuencia, y sin que el caso amerite otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto - Nariño, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria proferida el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto con Funciones de Conocimiento, en contra del señor OFYI de notas civiles conocidas en el proceso, que lo declaró penalmente responsable a título de autor del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS, previsto en el artículo 209 del Código Penal.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

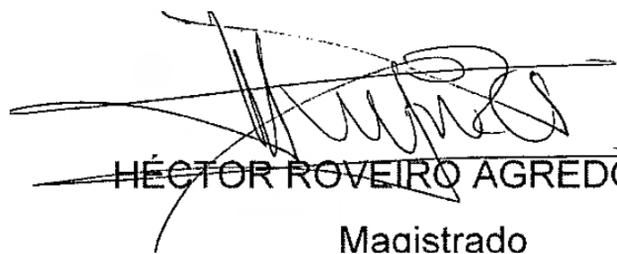
CÚMPLASE



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio del 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto penal de la referencia.

Pasto, 15 de julio del 2020.


JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

ACTA DE SALA

El día diecisiete (17) de julio del 2020, los Honorables Magistrados SILVIO CASTRILLÓN PAZ, FRANCO SOLARTE PORTILLA y HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN, integrantes de la Sala de Decisión Penal que preside el primero y en atención a las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio del 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, como consecuencia de la pandemia generada por el virus COVID 19, de manera virtual estudiaron y aprobaron el asunto penal de la referencia.



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado