

NULIDADES - Principios que las orientan.

NULIDAD POR PRUEBA ILÍCITA O ILEGAL – No es cualquier irregularidad la que puede constituir nulidad, por eso quien la invoca debe cumplir con una carga argumentativa especial.

NULIDAD POR PRUEBA ILÍCITA O ILEGAL – EXCLUSIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS: No procede.

ENTREVISTA - No tiene como finalidad su incorporación al proceso penal como prueba, ni físicamente, su uso está solo destinado al refrescamiento de memoria o para impugnar credibilidad.

INCORPORACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES ANTERIORES AL JUICIO ORAL - Excepcionalmente se puede admitir cuando existe cambio de versión, siempre y cuando el testigo esté presente para realizar el contrainterrogatorio.

RETRACTACIÓN – VALORACIÓN: La retractación no desvirtúa por sí misma la primera declaración, siendo necesario un estudio de la prueba en su conjunto, con el fin de establecer el grado de credibilidad de las dos versiones.

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR – REQUISITOS: Convencimiento más allá de toda duda.

Verificado que en el proceso de aducción probatoria, en cuanto a la presentación de la idoneidad de las peritos llamadas a declarar en juicio oral, no se ha producido vulneración de ninguna norma de rango fundamental o legal que impliquen su exclusión, no hay lugar a tomar esta medida extrema frente a tales elementos probatorios; siendo que la defensa no demostró, conforme la carga probatoria que le asiste, que las testigos peritos no presentaron las credenciales que como tal las acreditaban, por el contrario desde un inicio se publicitó que ellas eran sicóloga y médico y así se indicó en la base de opinión pericial que ingresó, contando con el número de sus tarjetas de profesión o registros, acreditando que si tenían dichas profesiones sin que exista medio probatorio en sentido contrario, por lo cual procedía la práctica y aducción de sus testimonios.

Así mismo se considera que no se presenta ninguna irregularidad en desarrollo de la práctica probatoria llevada a efecto en la audiencia de juicio oral, que pudiera conducir a la declaratoria de una nulidad, respecto de la existencia de una segunda entrevista que la fiscalía no ingresa, en la cual la menor aclaraba la situación fáctica presentada con el acusado, en tanto las entrevistas físicamente no ingresan, y siendo que la víctima dio su testimonio en el sentido que estaba la entrevista echada de menos por la defensa, testimonio en el cual se presenta una retractación de su inicial declaración, versión que no corresponde con la verdad de lo ocurrido; conclusión a la cual se llega luego de efectuar la confrontación y valoración con los demás medios probatorios debidamente incorporados, tales como las anamnesis de los peritos y lo narrado por los testigos, sumado a varios elementos de corroboración periférica, todo lo cual permite demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, haciendo posible la emisión de una sentencia condenatoria.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente : Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N° : 521106000507201106727
Número Interno : 7970
Conducta Punible : Acto Sexual con menor 14 años

Sentenciado : EFRR
Decisión : Confirma
Aprobado : Acta N° 93 de 11 agosto de 2020

San Juan de Pasto, dieciocho de agosto de dos mil veinte
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe la Sala realizar el estudio del recurso de apelación que en oportunidad legal formuló y sustentó el defensor del acusado EFRR, condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad (N), mediante sentencia de fecha 27 de abril de 2018, al encontrarlo penalmente responsable del delito de Acto Sexual con Menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo.

1. Los hechos

Tienen ocurrencia en el mes de junio de 2011 cuando en un fin de semana la menor NSLG de 8 años de edad se traslada con su madre al municipio de Consacá, vereda Veracruz a la casa de su abuelo materno, lugar que es frecuentado por el señor EFRR por tratarse de un vecino del lugar y quien le proporciona trabajo al abuelo de la menor; en aquella oportunidad la menor se encontraba en la terraza de la casa construcción de propiedad de la madre sitio al cual acude el mencionado sujeto quien trata de cogerla, ella corre, pero se cae y es levantada por aquel, la carga en su hombro, le toca la parte genital por encima de su ropa, recibiendo patadas de parte de la menor; en un segundo evento, el abuelo de la menor se encontraba en la casa que habita aquella en la ciudad de Pasto en el barrio Las Lunas, sitio al cual acude el acusado con el fin de visitar al nombrado abuelo, aprovecha que la menor se encuentra en

un cuarto colocando unos ángeles, la toma, la carga, le da un beso en la boca, recibiendo un codazo de la menor; y una tercera vez se presenta nuevamente en el municipio de Consacá, la menor se encontraba en compañía de su primo JP de 9 años, cuando llega EFR la coge, la sienta en sus piernas y trata de besarla, como no lo consigue le toca la parte genital por encima de la ropa, propinándole nuevamente la menor un codazo consiguiendo que la baje de donde la tenía.

2. Antecedentes procesales

-. Las audiencias preliminares son realizadas por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pasto con Funciones de Control de Garantías el día 16 de abril de 2013 que consistieron en legalización de captura, formulación de imputación por el delito de Acto Sexual con Menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en el artículo 209 del código penal. La fiscalía desiste de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.

-. El día 20 de junio de 2013 fue presentado el escrito de acusación, ante el centro de Servicios Judiciales de la ciudad de Pasto correspondiéndole en reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito, quien avoca conocimiento y fija el día 20 de febrero de 2014 para llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación, fecha en la cual se realiza con el cumplimiento de las normas que rigen el desarrollo de este acto público, se formuló acusación como autor doloso del delito de Acto Sexual con Menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en el artículo 209 del código penal, ordenando el descubrimiento, la defensa descubre testimonios a solicitar, no se fija fecha para la audiencia preparatoria.

- El día 26 de agosto de 2014 que se había convocado para audiencia preparatoria, así empieza señalando que se ha dado un descubrimiento completo pero que la FGN va a solicitar preclusión manifestando que la causal es la atipicidad del hecho investigado, luego de escuchar a las partes, la Judicatura niega la pretensión interponiéndose recurso de reposición por la defensa manteniendo la decisión el Despacho Judicial.

- La audiencia preparatoria se inicia el día 15 de abril de 2015 se verifica que el descubrimiento de elementos haya sido completo, la defensa revela tres elementos materiales probatorios y petición de 5 testimonios; se hace la enunciación por las partes; como hechos estipulados presentan la edad de la menor a la fecha de los hechos y la plena identidad del acusado; el acusado se declara inocente y se hace las solicitudes por parte de la FGN; se continúa el día 3 de mayo de 2017 donde la defensa hace la petición probatoria y se emite el decreto de las pruebas a practicar en juicio oral.

- Luego de un aplazamiento solicitado por la defensa, el día 9 de noviembre de 2016 cuando se iba a dar inicio al juicio oral el representante del ente fiscal solicita a la Juez que debe apartarse del conocimiento de este proceso por cuanto ha decidido en forma negativa una preclusión encontrándose enmarcada en la causal 14 del artículo 56 del procedimiento penal, petición que es coadyuvada por la defensa y la representación judicial de la víctima, por lo que la funcionaria judicial acepta la recusación y envía el proceso penal al Juzgado Segundo Penal del Circuito para que continúe el trámite ordinario.

- Luego de avocar el conocimiento, realiza nuevamente la audiencia preparatoria el 3 de mayo de 2017 cumpliendo todas las etapas establecidas en el artículo 356 del procedimiento penal.

- El juicio oral se inicia el día 25 de septiembre de 2017 se pregunta al acusado si acepta cargos, declarándose inocente, la FGN presenta su teoría del caso, se introducen las estipulaciones, se practica la prueba del ente acusador. Se reanuda la audiencia para continuar con la práctica probatoria el día 7 de noviembre de la misma calenda terminando con el debate probatorio. El día 18 de diciembre de ese año, se realizan los alegatos de conclusión y se emite un sentido de fallo condenatorio por lo cual en aplicación del artículo 450 del código adjetivo penal, se libra orden de captura en contra del acusado, el día 27 de abril de 2018 se realiza la audiencia de lectura de sentencia, decisión que es apelada por la defensa.

3. Providencia impugnada

En la providencia objeto de alzada, la *a quo*, hace una relación del fundamento fáctico, las alegaciones propuestas por las partes y la tipicidad, punto en el que hace alusión normativa de la conducta endilgada y una explicación sobre la misma.

Claro ello, y de manera previa al análisis probatorio, realizó una consideración inicial relacionada con el principio de congruencia, explicando que si bien la defensa refirió que la Fiscalía no había fijado un limite temporal de los hechos objeto de reproche, conforme a lo expuesto por el ente acusador, el marco temporal estuvo totalmente identificable.

Además, con apoyo jurisprudencial indicó que, en tratándose de delitos sexuales con menores de edad, el no aportarse fechas y horas exactas por parte de la víctima, en momento alguno puede considerarse como vulneración al principio de congruencia, máxime

para el caso, en el que la defensa no se ocupó de discutir la ausencia del procesado en los lugares señalados.

Claro lo anterior, se ocupó de relacionar las pruebas aportadas a juicio y respectivo análisis, punto en el que comenzó por hacer alusión a las estipulaciones probatorias y los hechos demostrados y que no fueron objeto de discusión, entre ello que: i) la edad de la menor para la época de los hechos era de 8 años y 10 meses; ii) los nombres del padre y madre de la menor, así como la condición de separados; iii) que la menor residía con la madre en la ciudad de Pasto y cada 15 días visitaba a su padre y abuela, y que con cierta frecuencia visitaba al abuelo materno, señor JAG, y otros familiares, entre ellos un primo de nombre JPG, en el municipio de Consacá; iv) que al lado de la vivienda del abuelo paterno, la madre de la menor construyó unas alcobas con terraza donde se hospedaba con su hija cuando lo visitaban; v) que el señor ER es propietario de un trapiche, y que el señor JAG trabajaba para aquel en dicho lugar, además, que el primero en mención sostenía una relación de amistad con la familia GT; y, vi) que los señores JF y MRLH, padre y tía de la menor, nunca mantuvieron una relación con el procesado.

En ese contexto, planteó el problema jurídico en determinar si la menor fue objeto de actos sexuales por parte del procesado, o si, por el contrario, lo aludido por aquella fue parte de una estrategia tejida por su parte.

Así, comenzó por recordar lo expuesto por el señor JF, papá de la menor, y la señora MR, hermana y tía de los referenciados, respectivamente, indicando que, según ello, para la época de los hechos advirtieron un cambio de comportamiento en la niña, por lo que se decidió someterla a una valoración médica,

Que, según la tía, en el momento en que una enfermera intentó tomar un frotis vaginal, la menor presentó una alteración anímica traducida en gritos y llantos, comentando seguidamente que lo practicado le recordó unos hechos de los que venía siendo víctima por parte de quien identificó como "E", amigo y patrón de su abuelo, pasando a reseñar tres de episodios, y que con ello dio explicación a los cambios de comportamiento de su sobrina, estado de ánimo y micción en la ropa.

Así mismo, que una vez sucedido lo anterior se alertó al papá de la menor, quien se encargó de informar a la madre y de formular la respectiva denuncia, pues según su dicho, la progenitora advirtió que no haría nada en tanto que el señor ER era el que le proveía trabajo a su padre.

Que indicó que aunque formulada la denuncia se sometió a la menor a un tratamiento psicológico, el mismo se interrumpió por sugerencia de la madre, quien indicó que ello la afectaba más pues recordaba los episodios, misma que se acató en tanto que se evidenció una mejoría en el comportamiento. Además, que centró el suceso para la semana santa del 2011, de los que conoció a mediados de ese mismo año.

En el punto, explica la juzgadora que los testigos en mención no mantenían relación alguna con el procesado y que la defensa no demostró la existencia de laguna motivación que los haya llevado a inventar una perversa estratagemas.

Paso seguido trae a colación que una vez interpuesta la denuncia se activó una ruta de atención en favor de la menor, con una profesional cuya capacidad no fue objeto de controversia por la defensa, y ante la cual, la menor, comentó tres sucesos totalmente

identificables como de carácter libidinoso. Sobre el aspecto, señala la *a quo* que la psicóloga señaló estar frente a un relato fluido, veraz y consistente, llevando el hilo conductor de la narración, que se muestra rechazo ante la conducta endilgada al procesado, que es expresa con los detalles y que no se observa ningún tipo de manipulación.

En línea con lo anterior, recuerda que los conceptos psicológicos basados en entrevistas y examen mental de los menores son de probabilidad y no de certeza, pero que constituyen una herramienta invaluable para el juzgador, en tanto que atendiendo al principio de libertad probatoria, permite conocer la actitud que para la época de los hechos la menor asumió frente al profesional.

Con ello indica que, aunque la defensa señala que en delitos como el endilgado la perito no podía detectar en un solo día si existían cambios en el patrón del sueño y apetito de la menor, mismos que a su juicio, la madre tampoco notó, para el Despacho, cualquier atentado sexual deja en las pequeñas víctimas graves secuelas psíquicas, mismas que se evidencian en el relato de la menor y que fueron detectadas por el padre de la misma, que según las fechas señaladas, tienen causa en los eventos que se le endilgan al procesado.

A lo anterior suma que el mismo 17 de junio de 2011, la menor también fue valorada por una funcionaria del instituto de medicina legal, cuya capacidad e idoneidad profesional quedó probada, quien encontró dermatitis en las partes íntimas y señaló las posibles causas, dentro de las cuales está como posible los tocamientos de los que aludió ser víctima los cuales expuso conservando la misma versión de los hechos.

En respuesta a uno de los argumentos de la defensa, según el cual, con lo anterior se desechaba que la causa de la dermatitis encontrada sea consecuencia de los supuestos tocamientos, refirió el Juzgado que sí, pues la última apareció dos días después del último episodio y que la menor claramente indicó que los tocamientos eran fuertes, con dos o tres dedos por encima de la ropa.

Para cerrar la argumentación respecto estos testigos refirió que si bien, como se señaló por la defensa, no son testigos de los hechos, pues, como marca la regla general en ese tipo de delitos, la único testigo presencial es la víctima, aquellos sí percibieron de manera directa la alteración anímica de la menor, constituyendo una prueba válida y conveniente para aplicar la teoría de la corroboración, pasando a hacer alusión jurisprudencial a esta misma.

Después trajo a colación la versión de la víctima en juicio, quien para la época ya contaba con 15 años de edad, indicando que fue coherente frente a los aspectos personales, familiares y sociales, y que, al ser indagada sobre los hechos objeto de juzgamiento, de manera apresurada respondió, aceptando la ocurrencia de los mismos pero eliminando de su relato los tocamientos lascivos.

Ante lo anterior, una retractación, el juzgado se propuso determinar en qué momento la testigo mintió, indicando que, sobre la primera versión, existe correspondencia con lo informado a su tía, psicóloga, y médica, narración que, como lo indicó la profesional en psicología es detallada, circunstanciada y espontánea. Añade que en todas las exposiciones conservó el mismo vértice y se coincidió en aspectos trascendentales.

Agrega a lo anterior que no es concebible que una menor de 8 años, con un contexto familiar favorable, haya sido un ser patrañero, embustero y ladino, capaz de tejer con cuidado un ardid con el cual engaña a su padre, tía y demás, todo para enlodar a una persona inocente porque la caía mal y tomaba licor.

Así, señaló la *a quo* que son las primeras versiones las que merecen credibilidad, pues se está frente a una retractación que se ofreció en medio de un discurso inseguro y direccionado exclusivamente a eliminar la connotación sexual de los hechos, sumando que, durante los 7 años que duró el juicio, la menor convivió con su madre, persona que a lo largo del proceso mostró su interés en lograr la absolución del procesado.

Paso seguido trae a colación lo dicho por la madre de la menor, quien indicó que nunca evidenció cambio alguno en su hija, negó que en las visitas a Consacá el señor E haya tenido contacto más allá de un saludo con la menor, y que si bien una vez aquel visitó su residencia en la ciudad de Pasto, fue de “entrada por salida”. Destaca que aquella indicó que la niña fue llevada a una cita médica y a la URI de forma obligada, empero, cuando se le cuestiona si aquella fue obligada a mentir, lo niega.

Agrega que, se evidencia que la testigo en mención evidencia un afán en desvirtuar la versión de la menor asegurando que existía confianza y convivencia cercana entre sí, pero que, la menor en su primera versión fue clara al indicar que no le había comentado nada a su madre por miedo, y que aquella no detectó el problema de salud que se encontró en medicina legal.

Considera que el afán en mención pudo estar motivado en la dependencia laboral del padre con el procesado, amén de la entrega

de 8 millones de pesos recibidos a título de indemnización, misma que se aceptó se entregó por la defensa, aunque se discute que haya sido antes o después de la entrevista en la que se retractó la menor, misma que no se introdujo en juicio. Así, concluye que la retractación fue motivada por la madre, sacrificando la seguridad de su hija, por lo que anunció que oficiaría al Bienestar Familiar para que, de ser del caso, se adopten las medidas de corrección pertinentes.

Seguido a ello aludió al argumento de la defensa según el cual la retractación pudo ser motivada por un síntoma lógico de síndrome de acomodación, para indicar, lo aplicable al caso, esto es, la necesidad de conservar los lazos de amistad y hasta labores, se genera para la madre de la víctima, quien tiene una gran influencia sobre aquella.

Suma a lo anterior que la fecha de la retractación no tiene incidencia, pues lo que se valora es su esencia.

Agrega, también en respuesta a los alegatos del defensor, que el hecho de que la menor haya guardado silencio resulta ser una consecuencia natural en el tipo de delitos objeto de reproche, y que no puede tomarse como fundamento para indicar que el hecho no existió.

Trae a colación el testimonio del menor JPGC, mismo que no resultó relevante en tanto que sólo advirtió que conocía al procesado, haciendo alusión a aspectos de su personalidad; sin embargo, destaca que confirma que existió el evento en el que aquel se acercó a la víctima y le dio un beso en la mejilla, y que, si bien puede corresponder a un día diferente al relacionado por la menor,

deja entrever que ER sí visitaba constantemente la casa de su abuelo.

De igual manera, lo expuesto por este último, señalando que su exposición es coincidente con lo señalado por la menor en la retractación.

En ese escenario señala la *a quo* que lo expuesto no desvirtúa lo expuesto por la menor en una primera oportunidad, y que, por el contrario, lo expuesto por la madre de aquella permite confirmar la existencia de razones que motivaron a la víctima a retractarse de la acusación.

Finalmente, para responder el último argumento de la defensa, hace alusión a la afirmación que la menor hizo en juicio al ser preguntada sobre el segundo episodio, indicando que al relatarlo eliminó el tinte sexual e indicó que al otro día tuvo la cita médica, le dio más rabia y le contó a su tía, de lo que, la defensa extrae dos conclusiones, la primera, que el tercer episodio que se había dicho tuvo lugar el sábado siguiente nunca existió, y segundo, que si la cita médica fue al día siguiente, el padre de la víctima no tuvo la oportunidad de percibir los cambios de comportamiento.

Afirma que analizar lo anterior de manera aislada sin duda conllevaría a la misma conclusión de la defensa, pero que, el estudio debe realizarse de manera integral y contextualizada, máxime cuando se cuenta con una entrevista que goza de riqueza descriptiva y coherencia, en la que se permite conocer tres atentados que tuvieron lugar el 5, 6 y 11 de junio, y que ante las molestias en el estado de salud, el 13 del mismo mes, fue llevada al médico, quedando así sin piso la teoría del defensor.

Finalizada la valoración probatoria pasó a analizar la antijuricidad y la culpabilidad donde encontró que en efecto, la conducta endilgada al procesado atenta contra el bien jurídico de la libertad sexual, que no se evidencia causal que exima responsabilidad, que el procesado era conocer de la ilicitud de la conducta, con capacidad de diferenciar entre lo permitido y lo prohibido.

En lo que atañe a la punibilidad, luego de efectuar el proceso de dosificación respectivo, resolvió imponer una pena de 132 meses de prisión, y seguidamente, se ocupó de analizar la procedencia de subrogados penales, para negar los mismos.

4. Sustentación del recurso

4.1. La defensa como recurrente

El apoderado de EFRR apela la sentencia de primera instancia buscado su absolución o en subsidio que se decrete la nulidad de lo actuado, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación.

Para el efecto, comenzó por recordar los hechos objeto de reproche y destaca que el padre de la menor, enunció lo acontecido, indicando que los hechos sucedieron del 6 de junio de 2011, siendo el responsable el ahora procesado.

De igual manera, efectuó un recuento de lo sucedido en las audiencias de imputación y acusación, transcribió apartes de los dictámenes periciales aportados por la Fiscalía; de igual manera, relató lo sucedido en las etapas siguientes.

A continuación, trae a colación que el 26 de agosto de 2014, el delegado de la Fiscalía le solicitó al Juzgado Primero Penal del

Circuito de Pasto que decreta la preclusión en el asunto por atipicidad de los hechos, pero que la judicatura no se pronunció de fondo bajo el argumento de que, atendiendo a lo avanzado del proceso, no era procedente acceder a la misma, siendo que, de ser el caso, podía solicitarse una absolució perentoria.

Claro ello procedió a hacer alusión a los testimonios aportados en el juicio, así, comenzó por aludir a la declaración del señor JL, padre de la menor, quien, a su juicio, presenta contradicciones en su dicho y las señala así: i) que indica que el señor E reside en la verada Veracruz del municipio de Consacá, cuando lo cierto es que aquel vive en el casco urbano, en tanto que en el mentado lugar sólo tiene un trapiche; ii) que señala que se separó de la madre y la menor, un año anterior a la ocurrencia de los hechos, por lo que no era posible que note los cambios en el comportamiento, máxime cuando la progenitora de manera clara advirtió que su hija se encontraba normal, con excelentes calificaciones en el colegio, en tanto que el primero en mención ha dejado de cumplir con las obligaciones alimentarias; iii) que señala que los cambios de comportamiento tuvieron lugar desde semana santa, mes de abril de 2011, esto es, con antelación a la supuesta ocurrencia de los hechos, por lo que ese aspecto no tiene relación con lo enunciado, indicando que la *a quo* con gran esfuerzo explicó la situación incontrovertible por la contundencia de las fechas y hechos descritos; y, iv) que indica que uno de los problemas de su hija fue el stress y orina en sus pantalones, pero no identifica los cambios de comportamiento señalados por la perito psicóloga.

En línea con lo anterior señala que las imprecisiones detectadas surgen por estar frente a un testigo de referencia, que no tiene conocimiento directo de los hechos motivo de investigación y que por ello se atreve a afirmar que el pago de 8 millones se recibe a

título de indemnización, pero sin presentar documento alguno que lo soporte.

Después trae a colación el testimonio de la señora MRLH, tía de la menor, señalando que aquella es abogada y que trabaja en un juzgado de familia; indica que es esta persona la que intervine a la menor y la motiva para que declare, se haga exámenes, esto es, ejerciendo presión y dominio sobre una niña de 8 años.

Además, que aquella fue la que indujo al padre de la menor para que presente la respectiva denuncia haciéndolo incurrir en algunas imprecisiones, y que sin la autorización de la madre, llevó a la menor a un médico particular y luego a la URI, que fue la persona que estuvo al pendiente del curso del proceso.

Señala que al leer lo escrito por la psicóloga que atendió a la menor, se evidencia total coincidencia con lo declarado por la mentada testigo, esto, acompañada de llanto y gritos con el fin de sensibilizar al auditorio, juzgando a la madre de la niña, actitud que, a su juicio, raya lo normal. Suma que la misma testigo aceptó haber grabado a la niña, esto, de manera ilegal, llevándole lo respectivo al abogado de víctimas.

Refiere que aquella además depuso sobre aspectos que no eran del tema, pero que dejaron entrever que existe una buena relación del procesado con la familia al punto que asistió a la fiesta celebrada por los 15 años de la menor; además, que en su exposición hace relación a la frase beso a beso, pero que no resalta los tocamientos.

Indica que la testigo en mención permaneció a la sombra del proceso, al punto que, aunque no firme en la revisión que efectuó la psicóloga, hace presencia en todos los eventos, incluso, haciendo

conclusiones sobre la dermatitis diagnosticada a su sobrina, pues conocía del concepto médico legista.

Además, que ella y su hermano son los únicos que refieren haber encontrado orina en la ropa de la niña, evidenciando la preparación del dicho.

Manifiesta que se indicó que la menor le dio a conocer la existencia de tocamientos en la vagina, pero que aquella la contradice en tanto que expresó que no existió tal contacto.

Insistiendo en el hecho de la creación de un libreto, señala que la testigo indicó que todo sucedió un día cuando la menor estaba comiendo fresas en una finca, hecho que se repite en la entrevista realizada por la psicóloga; sin embargo, que los supuestos actos se desarrollan en la azotea de una casa.

Respecto de la perito psicóloga, indica que según lo expuesto en el juicio, realizó una entrevista a la menor en una sola oportunidad, misma que no cuenta con la rubrica de sus progenitores; sin embargo, en la observación de historia personal y familiar, plasma que sus padres reportaron cómo era la conducta de la menor, mostrando aspectos positivos, resultando entonces una afirmación falsa, pues aquellos no asistieron a la diligencia.

Indica que la misma situación se presenta más adelante cuando le indaga a la menor si conoce la razón por la que el papá la llevó hasta ese lugar, aspecto que no resulta acorde a la realidad pues el mismo señor JL aceptó que nunca acompañó a su hija a medicina legal o a prueba psicológica, arguyendo entonces que se está frente a una falsedad documental, pasando a hacer alusión jurisprudencial a dicho delito.

Agrega que en las conclusiones arrojadas por la psicóloga respecto de la alteración en la menor, no coinciden con los cambios observados por el padre de la misma en los términos que lo expuso en juicio, a partir de lo cual concluye que alguien está faltando a la verdad.

Luego, partiendo de lo expuesto por la menor en juicio, encuentra que se hace una acusación muy grave cuando le entregan la entrevista, pues señala que se confundió todo y hay cosas que no dijo, de lo que se evidencia que dicho documento fue manipulado.

En esa misma línea, señala que en dicha entrevista se lee que la menor relata que uno de los eventos sucedió en Consacá cuando iba a cosechar fresas, cuando en juicio nunca hizo alusión al respecto, así mismo, que en dicha oportunidad señaló como agresor al señor ERR, en los términos que se identificó por su padre, en tanto que en la revisión del médico solo se refirió a un señor que vive al lado de la casa, cambiando así el escenario de ocurrencia de los hechos.

Hace relación al relato del tercer evento plasmado en la entrevista, destacando que la menor equivocó los apellidos de su primo, aspecto que le sorprende en tanto que es lógico que los conociera, por lo que nuevamente señala que se está frente a equivocaciones en la entrevista.

Claro lo anterior, procedió a cuestionar la validez de la entrevista, indicando que aunque estuvo acompañada de una defensora de familia, no asistieron sus padres como lo exige la norma, tal y como se exigió por la juzgadora al momento de recibir la declaración de uno de los menores en juicio, sumado al cuestionamiento de la

idoneidad de la perito que la recibió, arguyendo que en juicio no presentó la documentación necesaria para acreditarla.

Finalmente indica que en dicha entrevista la menor aporta una descripción física que no corresponde a su representado.

Después hace alusión a lo expuesto por la menor NSLG en las diferentes etapas de la investigación, señalando que la entrevista realizada el 17 de junio de 2011, base de la acusación de la Fiscalía, Ministerio Público y el Juzgado, fue controvertido por una segunda entrevista rendida por la niña el 23 de mayo de 2014, y luego con lo expuesto por aquella en juicio.

Luego, recuerda que la primera instancia le dio plena validez a la primera versión, pasando a citar una pieza jurisprudencial - salvamento de voto-, en la que se dio credibilidad a lo expuesto por un menor en juicio, agregando que, existen eventos en los que los menores mienten en tanto que hace parte de su proceso de desarrollo.

Seguido a ello, indica que en el caso la menor en el juicio de manera clara indicó su deseo de aclarar las cosas, resaltando que el señor ER en momento alguno le metió los dedos, la acosó o le causo un daño moral o afrentas en el cuerpo, pasando a citar jurisprudencia según la cual no se puede considerar que la primera versión es la verídica cuando resulta contraria a las posteriores ampliaciones.

Concluye entonces que debatida la legalidad de la entrevista rendida por la menor en el año 2011, adquiere firmeza la declaración rendida por la menor en juicio, lo que, sumado al concepto de medicina pericial, se concluye que ha una ausencia de

responsabilidad por parte de su representado, invocando entonces la aplicación del principio *pro homine*.

Añade que no puede hablarse de una retractación a la primera entrevista, pues sólo son pruebas las practicadas en juicio con la inmediatez del interrogatorio y contrainterrogatorio, máxime cuando la madre de la menor se queja de que llevaron a su hija al médico y a la URI sin tener en cuenta la custodia que esta en su cabeza.

En ese contexto, insiste que en una primera oportunidad existió una manipulación sobre la menor y en el hecho de que la Fiscalía no ha podido demostrar el contenido erótico sexual, más allá de un rose en la pierna y la cosa por la acción de alzarla como lo explicó la niña; suma a ello, que en la petición de preclusión que en su momento elevó el delegado del ente acusador que llevaba el caso se hizo alusión a ese aspecto.

Señala que en la primera instancia se justificó el cambio de versión de la menor en el síndrome de acomodación, expresando los aspectos que dan lugar a esa figura de manera general, pero sin identificar en concreto para el caso qué motivó la variación.

Agotado este punto, se ocupó del concepto pericial médico, señalando que según ese informe, la dermatitis encontrada en la menor puede tener lugar en una fricción, y que, paralelo a ello, la Fiscalía aludió que se establecería que se tocó en dos oportunidades la vagina de la menor, y el Juzgado, señaló que aunque con el concepto no se haya demostrado la existencia de un abuso sexual, no podía descartarse la existencia del mismo, desconociendo los presupuestos de la presunción de inocencia.

Para cerrar su argumentación sobre esta testigo, también discute la falta de idoneidad, indicando que tal aspecto no se acreditó en juicio, sumado a que presenta confusiones respecto de las fechas en los que supuestamente ocurrieron los hechos y la de atención.

Hace alusión al testimonio del menor JPG con el fin de indicar que aquel, cuando fue indagado respecto de si observó algo salido de contexto en la oportunidad que compartió con su prima y el señor ER, indicó que no, aspecto que denota lógica en tanto que por sentido común, una persona no puede realizar actos libidinosos frente a otras personas; sin embargo, el juzgado indicó que dicho evento pudo tratarse de otra oportunidad, convirtiéndose en una conclusión basada en un supuesto que luego sirvió de base para emitir la sentencia condenatoria, cuando lo cierto es que, de ese dicho se puede entrever que el tercer evento nunca ocurrió.

Para concluir el tema de la valoración probatoria, hace referencia al testimonio de la señora AG, madre de la menor, indicando que aquella desde un principio desmiente lo dicho por el padre de aquella, pues indicó que no notó cambios en el comportamiento de su hija, siendo que ella era la que convivía con la niña.

Además, que expuso que su hija le contó que había sido obligada a asistir al médico y a la URI, y que, pese a la confianza que existía entre ellas, nunca le comentó los sucesos endilgados al procesado, que el padre de la menor no ha cumplido con las obligaciones alimentarias, aspecto este último que resulta relevante en tanto que pone en tela de juicio la imagen de padre abnegado y ejemplar.

Finalmente, trae a colación otras consideraciones, entre ellas, una solicitud de nulidad, fundamentado en las presuntas falacias presentadas en la entrevista y valoración psicológica, señalándola

como una prueba ilícita, y párrafos más adelante, explica que tanto esa testigo, como la médica forense, no acreditaron su idoneidad.

Suma a lo anterior que la Fiscalía no ingresó al proceso la declaración rendida por la menor el 23 de mayo de 2014, misma que sirvió de fundamento para la solicitud de preclusión, en tanto que se convertía una prueba en su contra, desconociendo el artículo 12 del CPP.

Para cerrar la argumentación trae a colación afirmaciones efectuadas en la sentencia condenatoria, referentes a la indemnización que recibió la menor, la postura de la representante de víctimas, e indica que la custodia de la menor, legalmente está en cabeza de la madre.

4.2. Ministerio Público como no recurrente

El procurador 143 Judicial II Penal de Pasto, se pronunció respecto del recurso de apelación presentado por la defensa del procesado.

Para el efecto, luego de sintetizar los argumentos de controversia presentados, presentó sus consideraciones al respecto, así, comenzó por hacer alusión a las críticas sobre la valoración probatoria.

Así, se refirió a la prueba testimonial, y en específico a la de la señora ML, tía paterna de la menor, para indicar que, contrario a lo indicado por el recurrente, el hecho de que sus dichos coincidan con lo expuesto por la niña en la primera entrevista, no permiten entrever una versión prefabricada sino que indican que lo expuesto corresponde a la verdad, siendo que no se acreditó la existencia de motivos para perjudicar al procesado, tales como odio o

resentimiento, máxime cuando coincide con lo expuesto por la perito psicóloga.

Agrega que es entendible que esté pendiente del proceso pues se trata de su sobrina, sobre la cual su hermano se apoyaba para el cuidado, y que, el acompañamiento a la URI y a la cita con psicología no se hizo de manera arbitraria sino por solicitud del progenitor de la menor, y a ello suma que el conocimiento que tenía sobre el resultado de medicina legal no puede considerarse como violación a la reserva legal, en tanto que se dio en función de esa colaboración existente con sus consanguíneos.

Explica que los testimonios de la tía y padre de la menor son coincidentes al señalar que advirtieron cambios en la menor y que ello fue lo que motivó que sea llevada al médico, tras lo cual, aquella contó lo sucedido, esto, en contraste con lo expuesto por la madre que intentó minimizar la magnitud de los hechos, precisando que su hija había sido obligada a ir a la URI, más no a mentir.

Resalta que debe restársele credibilidad a lo dicho por la madre de lo menor, pues como lo advirtió el señor JL, cuando aquella fue advertida de los hechos, manifestó su negativa a entablar una denuncia atendiendo a la relación del procesado con su padre, quien además, de lo expuesto por el padre y la tía de la menor, recibió la suma de ocho millones de pesos a título de indemnización, sumado a que no resulta cierto que haya existido una relación de confianza con su hija, pues lo sucedido sólo se le comentó a la tía.

Paso seguido se pronunció sobre lo advertido respecto de la prueba pericial, indicando que respecto de las dos testigos, la psicóloga y la médico, se acreditó en debida forma su idoneidad, señalando los títulos con los que cuentan y su desempeño laboral, aspectos que

no fueron objeto de controversia por el defensor, tal y como consta en el audio respectivo.

Añade que de igual manera se entregaron las bases de opinión pericial sin que haya advertido alguna irregularidad al respecto.

Destaca que de lo expuesto por la profesional que practicó el examen médico, si bien indicó que no podía concluirse la existencia de un abuso sexual, tampoco podía descartarse, y en línea con ello hizo alusión a la existencia de rose en la parte íntima, pues aunque el defensor señala que debió presentarse en repetidas ocasiones para que se presente la dermatitis, según la menor, si existió manipulación.

Así, señaló que dichos testimonios merecen total credibilidad.

Después hizo alusión a la retractación de la menor, indicando que en la entrevista rendida el 17 de junio de 2011 se refirió de manera detallada a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los presuntos actos constitutivos de abuso sexual, versión que sirvió de base, entre otras actividades investigativas, para que la Fiscalía sustente la acusación.

Explica que la menor en juicio indicó que era de su interés aclarar todo, que lo que dijo en una anterior oportunidad lo hizo motivada en que el acusado le caía mal, que aquél solo la cargó y ella se quería bajar, pero que no hubo ningún contacto sexual; sin embargo, aclara que las dos versiones merecen credibilidad, por lo que deben valorarse en tanto que la retractación por sí sola no deja sin piso la primera versión, máxime cuando aquella se rindió brindando un lujo de detalles en los eventos en qué tuvieron ocurrencia unos actos consecutivos de abuso sexual y con lenguaje propio de la edad.

Agrega que la primera versión tiene soporte en lo manifestado por el padre y tía de la menor, se detectó por parte la profesional en psicología cambios en el comportamiento, sumado a que, en el juicio la víctima, pese a que ya contaba con 15 años de edad, se mostró nerviosa y evasiva, sin querer ahondar en explicaciones, situación apenas normal en tanto que se definía la suerte del procesado, de quien depende económicamente su abuelo.

Así, señala que, valorado todo el contexto, es dable darle credibilidad a la primera versión rendida por la menor.

Finalmente, sobre la solicitud de nulidad, indica que la idoneidad de las peritos fue debidamente acreditada, y que, respecto de la entrevista de 24 de mayo de 2014, si bien no se ingresó por la Fiscalía, si fue objeto de descubrimiento, por lo que estaba abierta la posibilidad de que la defensa la utilice para refrescar memoria.

En ese contexto, solicitó que no se tengan en cuenta las pretensiones del recurrente y se confirme la decisión apelada.

4.3. Fiscalía 15 Seccional de Pasto como no recurrente

La delegada de la Fiscalía en cita se pronuncia sobre los argumentos expuestos por la defensa en el recurso de apelación, solicitando que se mantenga la decisión adoptada en primera instancia.

Así, procedió a pronunciarse sobre los argumentos recurrentes en el mismo orden en el que fueron expuestos en el escrito respectivo; así, partió de lo expuesto sobre la declaración de JL, rebatiendo sus dichos así: i) que la primera en conocer de los hechos fue la

hermana de aquél, quien a su vez le informó lo sucedido, presentado la respectiva denuncia; ii) que la falta de conocimiento de la residencia del procesado juega en favor del testigo en mención, pues permite entrever que no tenía conocimiento ni interés sobre aquel, descartando así la existencia de un móvil para incriminarlo injustificadamente; iii) que hace reproches de su calidad de padre y lo ajeno que debía ser a su hija en tanto que ya no sostenía ninguna relación con su madre, descartando de ello la posibilidad que pueda evidenciar cambios en su hija; iv) indica que si bien no se logró demostrar el origen de los cambios de comportamiento presentados en el mes de abril de 2011, no se descartó que los mismo se miraron incrementados en el mes de junio de ese año, acompañados de cambios físicos que motivaron que sea llevada al médico, sumado a que, se acreditó que tuvieron origen en un abuso sexual; v) en lo que atañe al pago de los ocho millones, indicó que nada se dijo en controversia, cuando tenía de testigo a la madre la menor para desacreditar ese dicho, sumado a que así lo aceptó en los alegatos conclusivos.

Respecto del testimonio de la señora ML, indica que el defensor considera que no le asiste el deber de denunciar, desconociendo así el contenido del artículo 67 del CPP, llegando incluso a atribuirle mala dada su profesión. Indica que aspectos dirigidos a restarle credibilidad a la misma debieron exponerse en el juicio oral a través del ejercicio de la contradicción, intentando ahora en la alzada subsanar las omisiones de la etapa probatoria.

Con relación a la coincidencia entre los dichos de la tía y la declaración de la menor en la primera entrevista obedece a que el mismo día en el que se le contó a aquella lo sucedido se llevó a cabo dicha diligencia; resalta además como grosero que el defensor se refiera a que esta testigo hizo un “show” un el estrado, pues

aquella siempre estuvo pendiente del proceso, mismo que duró varios años y que no resultaba fácil.

Indica que, aunque la defensa afirma que la menor fue obligada a asistir al médico, como lo relata la madre, se es claro al indicar que la menor nunca fue obligada a mentir, siendo que el relato comentado a la tía coincide con el expuesto ante la psicóloga y la médico que atendieron a la menor.

Agrega que es la misma madre la que de manera posterior lleva a la niña a medicina legal y escucha su versión, además de dar el consentimiento para que se realice el examen respectivo, de lo que se descarta que aquella haya estado manipulada por un adulto para exponer lo sucedido.

Sobre la dermatitis, recuerda las posibles causas señaladas como su origen, indicando que, de lo dicho por la madre, padre y la misma menor, se descarta las diferentes a la fricción, en tanto que se aludió a un correcto aseo personal.

Después hace alusión al testimonio de la perito psicóloga, señalando que no existe falsedad en tanto que como anexo a la entrevista realizada a la menor, se enunció el consentimiento informado suscrito por el padre de aquella, siendo que la defensa en el momento pertinente no objetó el mismo.

Igualmente señala que no existe contradicción entre los cambios advertidos por el padre y el concepto emitido por dicha profesional, siendo que contrario a ello se está frente a una complementariedad.

Arguye, que, aunque el recurrente señale que se consignaron en la entrevista cosas que la niña no dijo, lo que aquella expuso fue que

existen circunstancias que no ocurrieron más no se aludió a invenciones por parte de la psicóloga, sumado a que no es posible que la profesional haya confundido en el relato, pues no se hubiera aventurado a consignar en la parte final de ese documento se indicó que no se observa la presencia de manipulación externa del contenido de la narración, aspecto que no fue refutado por la defensa.

Alude a que el defensor no sabe qué refuta, pues en principio indica que todo es una inducción de la señora ML, luego toma la retractación de la menor, y finalmente deja una tercera opción indicando que la psicóloga tomó mal nota de lo expuesto, siendo que tales alegaciones no concuerdan.

En cuanto a lugar de la ocurrencia de los hechos, refuta el dicho del defensor sobre la imposibilidad de que en el municipio de Consacá se cultiven fresas, aportando datos para indicar que sí existe esa posibilidad, e indicando que, además de lo anterior, no puede desconocerse que los hechos ocurrieron en tres lugares diferentes.

Después hace alusión a las argumentaciones dirigidas a controvertir la entrevista y la valoración psicológica, así como la idoneidad de las peritos llevadas a juicio, señalando que tales aspectos no se debatieron en la oportunidad procesal pertinente.

Con relación a la descripción física que en un inicio dio la menor y su falta de coincidencia con la imagen actual, señaló que no puede perderse de vista el paso de los años, que pudieron dar lugar a ello.

Claro lo anterior procedió a hacer alusión a la declaración rendida por la menor víctima, indicando los criterios de validez de la entrevista rendida en un inicio y señalando que, aunque la primera

instancia no desconoció lo dicho por la menor en juicio, se pudo corroborar la veracidad de lo expuesto en una primera oportunidad, siendo que los motivos que se indicaron dieron lugar a la posible mentira inicial, no alcanzaron a lograr a llevar a un convencimiento.

En cuanto al síndrome de retractación aludido en la sentencia de primera instancia, señala que en el caso quedó probado que el señor ER era el empleador de la víctima, con quien además de tener una dependencia laboral y económica, sostenía lasos de amistad y lealtad, siendo indiscutible que surja para la menor un sentimiento de culpa al denunciar al gestor económico de la familia materna.

Retoma el concepto pericial médico, indicando que además de las apreciaciones ya efectuadas sobre la idoneidad, la falta de ubicación temporal de la menor no puede tomarse como una circunstancia que genere una duda razonable, pues fueron claramente identificados tres eventos sobre los cuales se ubicó el mismo defensor.

En lo que atañe al testimonio del menor JPG, indicó que se efectuaron preguntas amplias, bajo generalidades, más si en cuenta se tiene que las visitas del señor ER a la casa de la familia materna de la víctima eran recurrentes, señala que no se precisó o siquiera habló de un lugar específico, siendo que se está frente a un testimonio con el que no se puede desvirtuar el dicho inicial de la víctima.

Finalmente, en relación con los testimonios, se refiere al de la madre de la menor, indicando que si bien aquella reconoce a su hija como una persona que no es mentirosa, luego indica que mintió bajo una consideración tal fútil como que una persona le caía mal. Agrega que aquella indicó que consideró que lo dicho por su hija eran

mentiras, pero que, días después la llevó a que le practiquen el examen sexológico.

Claro lo anterior se pronuncia sobre las solicitudes de nulidad presentadas por la defensa, indicando que no comparte los argumentos expuestos para alegar su procedencia en tanto que a lo largo del proceso se preservó el derecho al debido proceso, que la valoración psicológica y la entrevista se recepcionaron con apego a las garantías de las víctimas, sumado a que en la prueba practicada en juicio se respetaron los derechos de las partes.

Señala igualmente que la Fiscalía nunca ocultó elementos con vocación de prueba, siendo que la entrevista que echa de menos puso ser utilizada por la defensa sin que así se haya hecho.

En cuanto a la acreditación de las testigos peritos, refirió a la libertad probatoria, indicando que aquella no exige la entrega física de los diplomas como lo quiere hacer ver la defensa.

En ese contexto, indicó que el recurso de alzada debe utilizarse para controvertir la valoración probatoria vertida en la sentencia y no para allegar nuevas argumentaciones para debatir aspectos que no se controvertieron en la oportunidad correspondiente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La Corporación tiene la competencia para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del sentenciado EFRR en contra de la sentencia del 27 de abril de 2018 emitida por el

Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (N), conforme lo dispone el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2.- Problema a resolver

Del texto del recurso se observa que la Defensa de EFRR presenta dos situaciones procesales que deben definirse por separado, nulidad y valoración probatoria; por virtud del principio de prevalencia se analizará como primer problema jurídico si en el proceso de aducción probatoria se ha incurrido en quebrantamiento de normas de rango fundamental o legal que impliquen exclusión de los elementos probatorios señalados.

Superado el análisis anterior, se procederá a valorar los medios probatorios debidamente incorporados al proceso penal para determinar si existen sustentos que permitan confirmar o, por el contrario, su poder suasorio no permite edificar una sentencia condenatoria imponiéndose la obligación de emitir una decisión absolutoria.

3.- De la nulidad por prueba ilícita.

Reclama la defensa que se han presentado dos irregularidades que conllevan a la declaratoria de la nulidad, para la primera eventualidad indica el apelante que se ha recepcionado el dictamen de las peritos sicóloga Nydian Lorena Fonseca Páez y médico Magally del Socorro Realpe Palacios, sin que ellas en juicio presentaran el título que las acredita como profesionales y que pese a tal situación emitieron sus dictámenes que a su decir, el de la sicóloga resultó importante para la falladora de primera instancia, por lo que deben excluirse. El segundo aspecto se refiere a la existencia de una segunda entrevista realizada a la menor NSLG, en

la cual indica el defensor que la menor aclara la situación, la cual fue descubierta por la FGN, pero no la ingresó, al decir de la defensa.

3.1 Del primer subtema enunciado, la argumentación que se presenta para esta solicitud indica una exclusión y posterior una nulidad, al estar ante el tema de la prueba ilícita y prueba ilegal, concluyendo el togado que ante la prueba ilícita de la falta de presentación del título que acredita la idoneidad de la profesional de la psicología se presenta una violación de los derechos y garantías. Insta además que existe una irregularidad por cuanto el ente instructor no utilizó una entrevista tomada a la menor.

El tema expuesto por la defensa tiene su consagración en el artículo 29 de la Carta Política, cuando en su inciso final manifiesta que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, es por ello que en el código de procedimiento penal se ha estipulado la Cláusula de Exclusión que ordena la expulsión del proceso penal de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales (artículo 23); norma que encuentra su desarrollo en el título VI del código procesal penal al consagrar la *Ineficacia de los actos procesales* (Arts. 455 y ss.), pero existen figuras procesales que escinden esa relación de la prueba mal habida y la licitud de los demás medios probatorios que dependen de la inicial y son el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

Sobre la distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal en el proceso, la Sala de Casación Penal de la CSJ en radicado 48498 del 29 de mayo de 2019, dijo:

“Respecto de ambas especies de prueba opera la cláusula de exclusión, y la jurisprudencia se ha encargado de matizar el respectivo

efecto, puesto que si se trata de prueba ilegal el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar su exclusión, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio probatorio puede continuar obrando dentro del proceso.

Por el contrario, tratándose de pruebas ilícitas siempre opera la cláusula de exclusión probatoria, excepto en unos precisos casos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación, lo cual ocurre cuando la prueba es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado.

No obstante, la Ley 906 de 2000, artículo 455, prevé criterios que permiten morigerar la cláusula de exclusión y atenuar los efectos del artículo 23 de la misma obra, como son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Esta Sala precisó que con el fin de establecer cuándo un medio de prueba reflejo debe ser excluido, el funcionario judicial debe realizar un juicio de ponderación que, en armonía con los criterios citados con anterioridad, comprende las siguientes pautas:

“a) En primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

b) La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, sino que debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran al rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.”.

En conclusión, siempre que exista una relación inescindible entre el acto violatorio de una garantía o derecho fundamental y el elemento de convicción obtenido, la prueba derivada debe ser excluida, lo cual implica la imposibilidad de repetirla a fin de depurarla, cuando exista una relación de causalidad entre la prueba ilícita y la nueva prueba lícita a la que se arriba con base en el conocimiento arrojado por el elemento de juicio ilícito. Por ello, la doctrina especializada en la materia ha señalado que “no debería admitirse su subsanación o convalidación mediante la práctica de un nuevo reconocimiento con todas las garantías o mediante su simple ratificación en el acto del juicio oral al estar viciado en su origen.”. Así, la ineficacia de la prueba ilícita se extenderá también a todos aquellos elementos probatorios obtenidos de forma lícita, pero que han sido descubiertos gracias a los resultados obtenidos con una prueba ilícita.

Lo anterior, por cuanto el vínculo entre la fuente ilícita y la prueba derivada de ella no es ajeno a la vulneración del mismo derecho, sino que se presenta como su fruto, de manera que la protección debida al derecho fundamental solo será simbólica sino se excluye el material obtenido y derivado de la prueba espuria.”

Ahora bajo este panorama en el cual tiene claro cuando una prueba es ilícita, debemos enfocarnos en el procedimiento de su solicitud, esto es la forma como aquella situación irregular debe plantearse para que proceda su exclusión por cuanto jurisprudencialmente se ha indicado que no es cualquier irregularidad la que puede constituir nulidad, por ello se debe cumplir con una carga argumentativa especial.

En ese sentido ha dicho la Sala Penal de la CSJ:

“Ahora bien, es del caso anotar que cuando como en este caso se invoca la causal de nulidad, la Sala tiene decantado que al impugnante le corresponde precisar la especie de irregularidad sustantiva generadora de la invalidación, los fundamentos fácticos y las normas vulneradas, así como las razones del quebranto; labor argumentativa que debe desarrollar ajustándose a la realidad procesal.

Así mismo, el censor ha de determinar el tramo de la actuación donde el defecto surte sus consecuencias, expresando la causa por la cual no hay manera distinta de restaurar el derecho menoscabado que optar por la declaratoria de nulidad.”¹

Sin olvidar que también debe concurrir el análisis de los principios que orientan la declaratoria de nulidad aplicados al caso a fin de establecer que es solo de esta forma como puede corregirse la actuación procesal y que por ejemplo no hay cabida a la convalidación, de lo que se ha dicho:

“También reglamenta la oportunidad para proponerlas, los aspectos formales que debe cumplir la solicitud, y los principios que las rigen, entre ellos los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca

¹ CSJ Sala de Casación Penal, radicado 49730 de 2 de mayo de 2018

limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad.

Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalidad: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular.”²

En este panorama veamos lo ocurrido en el proceso penal objeto del recurso de alzada, indica el actor que se ha recepcionado el testimonio de la sicóloga NYDIAN LORENA FONSECA PÁEZ y de la médica MAGALLY DEL SOCORRO REALPE PALACIOS, sin que presenten los documentos que demuestran que ellas son profesionales en su ciencia y por ende no han demostrado ser peritos.

Para la claridad de este aspecto, necesario es que la Sala examine desde el momento del descubrimiento en la realización de la audiencia de formulación de acusación el día 20 de febrero de 2014 que como hacía parte de los testigos señalados en el escrito de acusación, se indica que la sicóloga de la Policía Nacional Nydian Lorena Fonseca Páez ha realizado la valoración en tal área y la médico Magally del Socorro Realpe Palacios ha realizado valoración

² CSJ Sala Penal radicado 48695 del 18 de abril de 2017

sexológica; igual sucede cuando se realiza la audiencia preparatoria en la segunda sesión del día 15 de abril de 2015 donde se exponen los argumentos para que sean decretados los testimonios tanto de la sicóloga de la Policía Nacional Fonseca Páez como de la médico Realpe Palacios del INML pruebas sobre las que sustentara su teoría del caso, y al minuto 22:25 se escucha a la defensa indicando que no tiene objeción alguna que realizar de la petición probatoria de la FGN, que incluía dichos testimonios y en ese orden de ideas se decretan, sin que se interponga recurso alguno.

Al momento de recibir el testimonio de la sicóloga NYDIAN LORENA el día 7 de diciembre de 2017, el cual se toma con la ayuda de los medios tecnológicos por cuanto la declarante se encontraba en Bogotá terminando el diplomado para ascender a Capitán, manifestó que es sicóloga y teniente de la Policía, y sobre sus estudios a la pregunta de la FGN al minuto 49.57 dijo: *“Tengo un pregrado en psicología y la especialización en servicio de Policía”*. Indicó más adelante que en el año 2008 había obtenido el título el cual lo expide la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, la Juez autoriza para que de lectura a su número de registro profesional en psicología el cual corresponde a 107316, manifiesta que se encuentra vinculada a la Policía hace 8 años y que para el año 2011 se encontraba en Pasto donde realizaba labores de policía comunitaria y apoyaba a la Sijin en valoraciones de psicología que consistía en atender los casos que se reportaban a la URI o hacer las valoraciones de los que ya estaban en proceso de investigación por miembros de la Sijin (minuto 52:48).

De la petición en el recurso de apelación, la hace extensiva a la perito médica MAGALLY DEL SOCORRO REALPE PALACIOS, de quien también critica que no ha entregado la documentación que la acredita como perito. Al momento de rendir su pericia el día 25 de

septiembre de 2017 indicó que labora con el INML desde hace 23 años, que es médico y patóloga, su sola pertenencia a este instituto de carácter nacional releva a la exponente a presentar una documentación que la acredite como médico forense en virtud que para ingresar a dicha institución debe tener como requisito tener su título de formación en medicina, y ella al suscribir su base de opinión pericial que ingresó, tiene como código 1034-5.

La falladora de primera instancia no está realizando ningún acto ilegal cuando permite la práctica y aducción de los testimonio de las peritos, ellas en su momento han demostrado que tiene un registro o tarjeta profesional, y es de conocimiento público que existe un Colegio de Psicólogos a nivel nacional que es quien expide tal documento, al igual que sucede con los médicos existe un Colegio de Médicos en donde se puede consultar por una persona tiene la acreditación de tal profesión, si tiene sanciones, por lo tanto pudo la defensa verificar aquella situación, los psicólogos en Colombia tienen la página www.colpsic.org.co/constancias, y los médicos en la página www.colegiomedicocolombiano.org, donde se puede verificar si una persona tiene tarjeta profesional en estas áreas, pero tal actividad era deber de la defensa, pues en la sistemática del proceso acusatorio se le impone unas cargas probatorias como que las peticiones deben tener un sustento probatorio no puede lanzar meras afirmaciones o simples conjeturas, debe probar si lo que reclama es que un perito no tiene el reconocimiento para acreditar una profesión, le asiste el deber de demostrar que la persona aún no se gradúa o en el peor de los casos que no tiene registro de dicha profesión.

Es por ello que el descubrimiento de los elementos del ente instructor que obedecen al principio de la publicidad por cuanto expuestos los datos a la defensa debe adelantar los actos de

investigación respecto de los elementos que van a sostener la teoría del caso del adversario y dichos actos le permiten realizar entrevistas, por ello la obligatoriedad de suministrar *El nombre dirección y demás datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.*³ Además que su proceso de indagación⁴ debe abarcar la consecución de elementos para impedir que la prueba se practique, a guisa de ejemplo antecedentes sancionatorios en la profesión de un testigo perito o la falta de idoneidad, por ello no es suficiente la manifestación.

En el caso en comento, desde el año 2014 que se descubren los datos de la sicóloga de la Policía Nacional y de la médico del INML, pudo la defensa realizar una investigación sobre los testigos peritos, pero como se anota no se hizo uso en los momentos procesales otorgados, en las oportunidades que cada acto público le concede a las partes y en especial a la defensa, figuras como oposición a su decreto, la impugnación de credibilidad mediante el conainterrogatorio o la refutación, sin encontrar en el proceso penal actuación alguna en ese sentido.

La petición actual como se ha expresado no tiene un sustento probatorio que demuestre que las peritos sicóloga Nydian Lorena Fonseca Páez y médico Magally del Socorro Realpe Palacios no presentaron las credenciales que como tal las acrediten como lo expresa la defensa, por el contrario desde un inicio se publicitó que ellas tenían aquellas profesiones y así se indica en la base de opinión pericial que ingresa y de ellas se tiene el número de sus tarjetas de profesión o registros, acreditando que si tiene dicha profesión sin que exista medio probatorio en sentido contrario.

³ Artículo 337 núm. 5 lit. c) CPP

⁴ Artículos 268 y 271 del CPP

En ese orden de ideas, en este proceso de aducción probatoria no se ha vulnerado derecho fundamental o garantía fundamental que conlleve la exclusión de estos medios de prueba, dicha actuación ha transitado por la vía de la legalidad en cuanto a la presentación de la idoneidad de las peritos llamadas a declarar en juicio oral.

3.2 En cuanto al segundo motivo de este acápite respecto que la fiscalía no ingresa una segunda entrevista en la que la menor da claridad a la situación fáctica presentada con el acusado, desde ya debe decirse que las entrevistas no tiene como finalidad su incorporación al proceso penal como prueba, ni físicamente⁵, su uso está solo destinado al refrescamiento de memoria o para impugnar credibilidad⁶, porque recordemos que la técnica en el refrescamiento de memoria es la lectura mental por el testigo; también resulta importante la entrevista cuando el testigo no está disponible físicamente a efectos de la prueba de referencia en los eventos del artículo 438 del procedimiento penal; y con posterioridad la jurisprudencia ha permitido la lectura cuando la declaración anterior es inconsistente con lo declarado en juicio.

Debe examinar la Sala que si la audiencia de acusación se realiza el día 20 de febrero de 2014 como tantas veces se ha indicado y a voces de quien interpone el recurso, la entrevista es de fecha 23 de mayo de 2014, se trata de un documento que no estaba descubierto, pero que para la audiencia preparatoria realizada 15 de abril de 2015 y se continúa el 3 de mayo de 2017 ya la defensa tenía conocimiento de aquel elemento dado que sirvió de fundamento para sustentar una petición de preclusión que no prosperó, por tanto podía la defensa solicitar su descubrimiento a su favor y que estaba en poder de la FGN, pero no hace tal petición.

⁵ CSJ Sala Penal radicado 44950 del 25 de enero de 2017

⁶ Artículos 392 lit. d); 393 lit. b) del CPP

Como antes se anotó la jurisprudencia ha decantado que las entrevistas físicamente no ingresan, y si la menor NSLG dio su testimonio en el sentido que estaba la entrevista del 23 de mayo de 2014, según lo dice el abogado apelante, no se ve la necesidad de usar dicho documento, sin embargo pese a tal situación y ante la base de la exposición de la menor víctima en juicio, es claro que se presenta una retractación respecto de lo inicialmente declarado por la víctima, debido a ello la fiscalía si hace mención de la existencia de dicho documento preguntando a la menor que si la finalidad de aclarar la situación la plasmó en una segunda entrevista. (Minuto 46:40 de la declaración de la menor)

La entrevista tiene como fundamento asegurar el contenido de la exposición que una persona realiza sobre unos determinados hechos que a criterio del ente instructor pueden ser constitutivos de delito, por lo que en tratándose de un eventual testigo, se hace necesario recopilar dicha información, que por esta sola situación no la convierte en medio de prueba, para que ese conocimiento se transforme en elemento de convicción debe ingresar a través de la práctica de su testimonio como lo señala el artículo 16 de la Ley 906 de 2004.

Del desarrollo de la práctica probatoria resulta claro que el contenido de la segunda entrevista ofrecida por la menor NSLG era similar al testimonio brindado en la audiencia, y como lo señala el defensor por aquella claridad en lo dicho lo lleva a no hacer uso del contrainterrogatorio, por lo que no se entiende el reclamo en esta sede de la incorporación de la mencionada entrevista.

Sentadas estas premisas es claro que la situación presentada en desarrollo de la práctica probatoria que termina con fallo condenatorio en contra del acusado no alcanza a convertirse en una

irregularidad alguna que pueda enervar las estructuras del proceso penal de índole sustancial como lo reclama el artículo 457 del código adjetivo penal.

Corolario de lo antes expuesto, las manifestaciones señaladas sobre prueba ilegal e irregularidades presentadas en desarrollo de la audiencia de juicio oral, no se logró verificar y por el contrario lo observado es que el procedimiento se ha llevado dentro de los cauces normales legalmente establecidos, por ello se despachará desfavorable esta petición de exclusión anexa a la de nulidad.

4.- De la valoración probatoria en este evento.

En consideración a la argumentación presentada por la defensa en su recurso de apelación que muestra su inconformidad con el proceso de evaluación de los medios de convicción allegados, se procede a verificar si dicha forma de sopesar se encuentra acorde a lo que cada medio demostró.

Debe la Sala recordar que el proceso como relación jurídico procesal que es indica la confrontación de dos partes que acuden ante un tercero llamado Juez para que emita una resolución sobre su caso, en otras palabras, cuando se acude ante el funcionario imparcial lo que se propende es una reconstrucción de lo sucedido, y para ello cada parte deberá presentarse con medios de convicción para persuadir a quien debe tomar la decisión y en procura de obtener una decisión favorable.

Lo antes expuesto es lo que ocurre en el proceso penal, donde con medios probatorios las partes deben acudir ante el Juez para que emita una sentencia; lo favorable o desfavorable va a depender de los medios cognitivos que se aducen ante él, advirtiendo que si bien

en los principios rectores se indica que la carga probatoria sobre la responsabilidad se encuentra a cargo del ente instructor (Artículo 7 inciso 2 CPP), no es menos cierto que en los deberes y atribuciones de la defensa (Artículo 125 núm. 4 *Ibíd*em) es su deber *controvertir las pruebas*, es por ello que a la defensa se otorgan iguales facultades investigativas y de recolección de elementos materiales que puedan resultar útiles para sostener la inocencia del acusado.(Artículos 267 y ss. *Ibíd*em)

En el sistema penal acusatorio la prueba que por excelencia se utiliza para llevar el conocimiento al Juez es el testimonio, a través de este medio ingresa el conocimiento para que bajo el cristal de la sana crítica se otorgue el mérito que cada uno tiene y que permite llegar a una decisión sustentada en estos medios probatorios.

En el apartado anterior indicaba la Sala como las partes pueden hacer uso de las entrevistas con miras a asegurar lo que el testigo sabe de los hechos que son materia de investigación, que es una práctica muy adecuada porque al testigo como persona que es puede tener imprevistos a manera de ejemplo, perder su memoria, desaparecer, no poder presentarse a declarar y otras muchas, pero también puede suceder que el testigo llamado a juicio cambie la versión de lo inicialmente relatado, por ello el contenido de la entrevista utilizada con la técnica adecuada puede ingresar para que con los insumos suficientes el Juez pueda determinar cuál de los dos relatos tiene relevancia probatoria, que es a lo que la jurisprudencia ha llamado incorporación del contenido como medio de prueba cuando se presenta una declaración inconsistente con lo declarado en juicio oral.

En muy reciente pronunciamiento la Sala de Casación de la CSJ SP 1952 de 2020 radicado 51914 retoma este tema de las reglas para

regular la incorporación y valoración de las declaraciones anteriores al juicio oral, cuando hay un cambio de versión, trajo a colación los pronunciamientos⁷ sobre el tema, precisando que excepcionalmente se puede admitir cuando existe cambio de versión, siempre y cuando el testigo esté presente para realizar el contrainterrogatorio que es lo exigido por el artículo 347 del procedimiento penal. Al hilo del asunto dijo:

“7. En efecto, así sintetiza la Corte su pensamiento sobre esta materia en la referida decisión 43651 de 2018:

*“Sobre el punto, recuérdese, la Corte se ha pronunciado al abordar el estudio de los posibles usos de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, en orden a fijar criterios de diferenciación cuando se emplean para **facilitar el interrogatorio cruzado de testigos** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como **medio de prueba** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)⁸, teniendo, claro está, como presupuestos básicos que en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral son actos preparatorios del debate, no son prueba⁹, y sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, en tanto se cumplan ciertas condiciones, comprensibles de aspectos constitucionales y legales de marcada relevancia, como la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.*

*En ese escenario, la Sala ha señalado que no puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de***

⁷ Sentencias No. 25.738 de 2006, No. 26411 de 2007, No. 44950 de 2017, No. 43651 de 2018, No. 48959 de 2018 y No.49509 de 2019, entre otras.

⁸ Por todas ver CSJ SP 25 Ene 2017 Rad. 44950

⁹ De conformidad con el artículo 16 del C.P.P., (norma rectora) “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a **confrontación** y contradicción...”

prueba. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial¹⁰), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.

En forma resumida, de acuerdo con lo establecido por la Corte, la admisibilidad de las declaraciones anteriores **como medio de prueba**, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el conainterrogatorio.

En cuanto a las razones que fundamentan, en tales condiciones, el empleo de las declaraciones previas como prueba, precisa la Corte lo siguiente:

“La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

¹⁰ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. [lo] cual puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.¹¹”

*Así las cosas, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté **disponible**¹² en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las*

¹¹ Ib. Sentencia citada

¹² La disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

reglas de la prueba de referencia¹³; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte¹⁴, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones¹⁵, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente”.

Como lo ha señalado la jurisprudencia, la retractación en las exposiciones de los testigos es de mucha ocurrencia y el sistema acusatorio da inicio a su marcha con las iniciales declaraciones, para ello en el programa metodológico aglutinan más elementos que dan probabilidad que lo denunciado sea lo realmente sucedido, pero en las contingencias que todo trámite procesal tiene puede ocurrir que mediante actuaciones extraprocesales se consiga que los deponentes cambien su versión, es cuando resulta necesario que mediante las técnicas que ofrece el sistema penal, las dos versiones ingresen para sopesar cual debe ser digna de crédito.

Es lo que ha ocurrido en la práctica probatoria de este proceso penal que se adelanta en contra de EFR por el delito de Acto Sexual con Menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, donde la menor NSLG ha cambiado su inicial versión, lo que nos lleva al análisis de las dos versiones para determinar la que corresponde con la verdad y con elementos de corroboración y la confrontación con los demás medios, verificar si el análisis probatorio realizado por la primera instancia se ajusta a lo demostrado.

En su relato en audiencia pública, la menor NSLG, quien a la fecha cuenta con 15 años, indica que a la fecha vive con su mamá, su padrastro y su hermano, que cuando tenía 8 años también vivía con ellos, que frecuentaban el municipio de Consacá en la vereda

¹³ Sentencia citada Rad. 44950

¹⁴ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

¹⁵ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario

Veracruz donde está la familia de su progenitora, para visitar a su abuelo en cuya casa se quedaban la que es de un solo piso, que la que si tiene terraza es la casa de su mamá que son dos piezas y una media terraza; sobre las circunstancias que dieron lugar al proceso penal, señala:

“Ya eso fue en la finca de mi abuelo, no fue en la casa eh sí sí lo recuerdo eh pues ahí no hubo ningún...la verdad no hubo ningún contacto sexual ni mucho menos estuve con mi hermano JP eh ese día pues estuvimos ahí normal en la finca eh solamente que o sea ...la verdad desde un principio E nunca me cayó bien entonces eh yo creo que con eso se aclara todo pues siiii siiii se me fue sii lo digo como para que ya no me pregunten más porque o sea con esto quiero aclarar todo lo que pasó, entontes empiezo eh como lo digo él me caía mal entonces pues o sea él llegó a la finca normal a saludar con mi abuelo porque pues son amigos yo estaba con mi hermano eh el punto es que él me iba a saludar y pues o sea me cargó normal, entonces como a mí me caía mal yo o sea me quería bajar y bueno me ya me bajo y normal pues no pasó nada así que o sea que yo haya dicho si dije que tuve como contacto sexual pero fue por eso, porque o sea la verdad nunca me cayó bien entonces cuando iba siempre me lo tenía que encontrar porque pues era amigo es amigo de mi abuelo entonces o sea yo era como para tratarme de alejar entonces como no sabía cómo decirlo a él el día que tuve la cita médica recurrí a esto o asea recurrí como a la peor manera eh contándole a mi tía lo que pasó pues o sea lo que yo creía era conveniente o sea lo que yo pensaba que estaba bien y pues dije todo eso, pero entonces aclaro, eh si yo lo dije no fue porque alguna vez haya pasado sino porque me caía mal y la verdad no lo podía ver, me caía mal, eso es todo.” (Minuto 14:08)

Pero la menor si recuerda que realizó una entrevista a los 8 años y señala de forma muy general que contó lo de la terraza, lo que paso

en la casa donde vivía, sin recordar más, sin ofrecer mayores detalles por lo que la FGN debió hacer uso del documento mencionado para refrescar memoria, es por lo que la víctima reconoce la entrevista aceptando que si es la que rindió. (Minuto 27:52) y procedió a leer la entrevista para lo cual se concedió un receso en la audiencia. Al reanudar la testigo se mostró hostil y señala que:

“Pues no quiero contar, la verdad, lo que está aquí porque leyendo esto hay unas cosas que la verdad no dije y eh no quiero leer, la verdad, si de pronto tienen otra pregunta se las contesto, pero la verdad no quiero leer.” (Minuto 37:48)

La FGN señaló que dicha entrevista fue la que dio lugar a la investigación y es por lo que mediante preguntas realizadas fue desentrañando lo que se encontraba contenido en aquel elemento probatorio a través del defensor del ICBF: (F: Fiscalía; M: Menor)

F. En la entrevista que suministró en principio la menor de edad ella establece que le fueron tocadas unas partes de su cuerpo, en esa entrevista que partes menciona que le tocaron?

M: En lo que dije aquí fue que me tocó la vagina.

F. Cuando ella manifiesta que le tocaron la vagina, en la entrevista, a quien hace referencia que realizó este tocamiento?

M: No, pero venga aclaro una cosa, en lo que dije aquí es que me tocó la vagina, pero en realidad no fue así, nunca me la tocó, nunca hubo contacto sexual, solamente me tocó fue como mi cola y mi pierna nada más, no hubo contacto sexual no me tocó la vagina tampoco me manoseó ni nada por el estilo.

F. Cuando la menor de edad hace referencia que le tocaron parte de la cola, la pierna y que en la entrevista manifestó que le habían tocado la vagina, a quien hace referencia que le causó estos tocamientos?

M: Que me tocó la pierna E.

F. Cuando dio la primera entrevista de acuerdo a la entrevista suministrada ella hace referencia a una persona que le tocó la vagina, la cola, es la misma persona?

M: Si es la misma persona.

F. En la entrevista ella manifiesta que el señor ER alguna vez la besó, como sucedió esto de acuerdo a lo relatado en la entrevista?

M: Bueno pues eso pasó acá en Pasto, donde pues antes vivía pues esa vez yo estaba colgando unos ángeles adornando mi pieza, él me saludo, pues o sea tenía ese vicio de darme el beso como en la mejilla y a mí no me gusta y pues me da un beso así y a mí no me gusta entonces cogí más rabia por eso y entonces creo que al siguiente día tuve una cita médica y fue como que me dio más rabia y le conté a mi tía.

F. Porqué fue a la cita médica?

M: Porque hace algunos días tenía como una infección vaginal que es como un problema hasta ahora lo sigo teniendo.

F. Cuando manifiesta en los hechos que sucedieron cuando ella estaba pegando unos ángeles en la entrevista ella manifestó unas situaciones que hizo para defenderse, que recuerda al respecto?

M: Pues para defenderme solamente como lo empuje por decirlo así para que ya se vaya porque me incomodaba.

F. Hay un tercer evento en el que se establece que el señor ER la cargaba a la menor en sus piernas, que sucedía en estas situaciones?

M: Pues ehh no recuerdo muy bien cuando fue, pero pues la verdad no sucedía nada así que acoso sexual, que le haya metido los dedos ni mucho menos, pues aclaro algo, si aquí ahorita estaba leyendo eso y si mire que ahí decía que como que me metía los dedos, si bueno en fin, pero la verdad eso nunca pasó ya se los he aclarado entonces es como incómodo que me sigan preguntando lo mismo. (Minuto 39:50)

Más adelante en el audio se indica:

F. Tiene alguna relación laboral el señor ER con su abuelo?

M. Hasta donde yo sé mi abuelo trabaja en la finca de él y pues solamente E le presta como el trapiche para que él pueda moler las cañas de resto no recuerdo no sé nada de eso.

F. La fiscalía quiere conocer cuáles son las razones para que en una segunda entrevista la menor de edad realizó algunas aclaraciones de los hechos que había denunciado en principio?

M: Bueno hice esas aclaraciones porque respectivamente eso no es verdad lo que dije en la primera entrevista entonces por eso tuve voluntad propia para ir a hacer esa declaración ya que pues le estaba haciendo un daño a él porque las cosas que yo dije no fueron verdad entonces fue por mi voluntad que fui a declarar.

F. Porqué razones mintió al principio?

M: Porque me caía mal, no lo podía ver y pues a la verdad yo soy como trato de cubrir como que las cosas así o haciendo daño la verdad porque hice daño a esta persona, porque sencillamente me caía mal y no quería como que ya que está ahí en la familia como que ya no lo quería porque me caía mal o sea siempre que lo miraba era como tomando y así entonces era como, no me gustaba porque mi abuelo se iba con él a tomar entonces por eso me caía mal.

F. Porqué en la primera vez que da una entrevista narra de forma detallada que se le realizan tocamientos indicando que son con dos o tres dedos en la vagina y en la segunda declaración refiere que solo hubo tocamientos, roces en la pierna, porque estas dos situaciones tan diferentes?

*M: Bueno todo sencillo como lo dije en la primera declaración todo es mentira, pero ya lo dije y en la segunda porque eso fue lo que verdaderamente pasó no me tocó no me hizo contacto sexual ni mucho menos, sino que eso solamente me tocó las piernas y ya.
(Minuto 46:07)*

Resulta de gran importancia para los efectos de la garantía de los derechos de la defensa, para estar a tono con la jurisprudencia sobre el tema presentado, que pudo haber hecho uso del conainterrogatorio, pero consideró que con lo dicho por la menor era suficiente y desiste de ello. (Minuto 52:12)

Como puede apreciarse, es clara la confrontación que existe entre dos versiones suministradas por la menor, la primera cuando ella tenía 8 años de edad y da a conocer unos hechos atentatorios contra su libertad, integridad y formación sexuales, la siguiente exposición en el juicio el cuando contaba con 15 años, aunque se

indica que desde mayo de 2014 ya había una manifestación de la menor que aclaraba lo sucedido.

No se hace necesario de mayores disquisiciones para encontrar un testigo hostil, que al momento de su declaración en juicio no responde a la pregunta a su vez indica que quiere aclarar lo sucedido, no quiere leer la entrevista, contrario a ello ofrecer la versión nueva.

En consecuencia, para iniciar esa confrontación de las versiones debemos acudir a lo dicho por la menor en la época de ocurrencia de la situación puesta en conocimiento del ente instructor para determinar la veracidad de acuerdo con las particularidades presentadas en cada manifestación.

Es así que la menor ante la médico Magally del Socorro Realpe Palacios del INML el día 17 de junio de 2011 donde acude con la madre, la perito para referirse a lo dicho por la menor hace la manifestación que lo dicho se encuentra entre comillas porque así lo expresó y hace referencia a que la primera vez ocurre en el municipio de Consacá donde la lleva la mamá y un señor le tocó la vagina, que le daba codazos y que era peor, que la segunda vez ocurre en la casa en Pasto donde ingresa y la besa y le tocó la vagina, y una tercer vez sucede vuelve a suceder en Consacá, donde la carga en las piernas y le toca muy duro la vagina.¹⁶ (Minuto 20:15)

Es la manifestación de la menor, que indica que se trata de tres hechos que ha sido objeto de los vejámenes provenientes del acusado, que mediante la fuerza logra su cometido, sea tocamientos o dándole besos.

¹⁶ Base de opinión pericial obrante a folio 99

Ante la sicóloga Nydian Lorena Fonseca Páez, es llevada por su padre JFL en la misma fecha 17 de junio de 2011, donde en apoyo de la defensora de familia se realiza su valoración, la menor empieza por hacer un compromiso con la verdad, indica que está ahí porque un señor en Consacá la ha tocado varias veces, narra que fue una vez fue un domingo que estaba comiendo fresas que al observarlo se va a la azotea como su madre y el novio se van a comprar una panela, el sujeto sube, ella corre, se cae el sujeto llega la alza al hombro quedando con su cara atrás, le dio patadas, tenía pantalón, que la segunda vez fue el día lunes en la casa a las 11 de la mañana cuando en su habitación colgaba los ángeles, el mismo señor llegó la alzo y le dio beso en la boca, le dio un codazo y por eso la soltó, gritó y llegó la señora que la cuidaba pero el sujeto se fue a la habitación de la mamá; y la tercera vez fue el sábado siguiente en Consacá cuando estaba con su primo JP llegó el señor la sentó en sus piernas, le trató de dar un beso ella corrió la cara y le toco la vagina, le dio un codazo y la bajó; importante que la menor manifiesta que no le contó a la mamá porque le dio miedo¹⁷. (Record 1:19:40) Más adelante se encuentra consignado según la perito que el sujeto la tocaba muy duro en su parte vaginal, que lo hacía por encima de la ropa, lo que le produjo ardor y por ello va al médico, donde no se dejó tomar muestra con un copito por cuanto creyó que era el acusado quien la tocaba. (Record 1:26:10)

Es un relato de más fluido, donde ubica en tiempo, espacio y forma en que se presentan los tres hechos y entrega su manifestación que tuvo la intención de contarle a su progenitora, pero sintió miedo, lo que le impidió narrarle lo que sucedía, de igual manera aporta un elemento que puede resultar importante, la intensidad del

¹⁷ Base opinión pericial a folios 75 a 81 de la carpeta.

tocamiento que realizaba el sujeto, lo cual le produjo tal lesión que debió acudir al médico.

A folio 80 como parte del documento base de la opinión pericial, aparece emitiendo la información familiar el padre de la menor, es cierto que no concurrió la madre, pero con la presencia del padre se colmaba el requisito para su legalidad. Lo anterior por cuanto en el documento objeto del recurso se indica una falsedad, de la cual no se dijo nada en el momento del contrainterrogatorio, que era el momento procesal en que podía oponerse al ingreso de tal medio probatorio.

El padre de la menor JFLH quien había vivido con su hija hasta los 7 años, lo que le permite tener un gran conocimiento de su hija, sabe que es activa, alegre, sociable, después de la separación con la madre de la menor, la observa aislada, decaída, depresiva con palidez y ojeras (Record 1:13:37) y que se orinaba, lo que hace su hermana lleve a la menor a consulta médica, es cuando la profesional de la salud Realpe Palacios les da a conocer que es objeto de abuso sexual. Indica que da total crédito a su hija y que al contarle a la madre dijo que producto de la relación laboral existente entre su padre y el acusado no denunciaría, indicando que ER es el patrón de su exsuegro, que tienen una relación muy estrecha la familia de la exesposa.

Hay un aspecto muy evidente en este testimonio y es que observa a su hija en otro modo comportamental, ello le llama la atención y en una buena decisión acuden ante un profesional de la salud quien encuentra la causa de aquel cambio que fue notorio para su progenitor. Esta es el aspecto que directamente observa el testigo, pero de forma indirecta se percatan que la menor fue objeto de actos sexuales, contando esta situación a la hermana del testigo, de

igual forma en línea indirecta manifiesta que el abogado anterior que los representaba como víctimas indicó el pago de una indemnización por 8 millones de pesos, lo que ocasionó el cambio de versión de la menor, pero que a tal diligencia no fue convocado. Al contrainterrogatorio manifiesta que percibió los cambios de la menor y que se presentan a mediados de 2011.

Esas situaciones que percibe el padre en su hija tienen eco en lo encontrado por las profesionales que dieron su declaración como más adelante se indicará, tenía un problema de salud y eran evidentes los cambios en su modo de vida, ambas situaciones que se derivan de la agresión sexual producida.

Por temas laborales el padre de la menor no pudo esperar la valoración de la médica, si lo hace la señora MRLH, tía y además madrina de la menor, y es a quien la menor le cuenta lo que estaba en su vida, para ello le narra los tres episodios uno en el municipio de Consacá, otro en Pasto el sujeto viene con un tío saludar al abuelo que estaba en aquella casa y el otro episodio es en la finca de la mamá cuando estaba con su primo manifiesta que los tres encuentros fueron en el lapso de una semana. (Record 1:54:23) y le dice que no le cuenta a la mamá por miedo. Conocida la situación se la da a conocer al padre de la menor y concurren a la URI para dar la noticia criminal. Indica que a la cita para la valoración sexológica la lleva la madre de la menor. Relata igualmente que por referencia del abogado que tenía la representación de víctimas indicó la existencia de un documento que contiene el pago de 8 millones a título de indemnización, en el contra interrogatorio manifiesta que en conversación con la madre de la menor expresó que el médico le dijo que a la hija no le pasó nada y que la menor no se iba a presentar al juicio. (Record 2:18:31)

Su narración es de lo percibido directamente, y tiene eco en lo dicho por la menor quien indicó *“contándole a mi tía lo que pasó pues o sea lo que yo creía era conveniente”* lo que nos permite tener plena certeza que la narración de los tres eventos es absolutamente clara, y que no le cuenta a su progenitora porque le da miedo.

Los hermanos LH han señalado que no tienen ninguna antipatía o enemistad que los lleve a dar su declaración en ese sentido, y dentro de este análisis lo que se puede observar es que ellos han narrado con espontaneidad lo que perciben de la menor, entregando lo que saben respecto de la relación laboral entre el acusado y el abuelo de la menor lo cual es corroborado por la menor, testimonios que no fueron refutados, que su credibilidad no fue cuestionada.

Confunde la defensa los institutos de la patria potestad y la custodia y cuidado personal de la menor, que lógicamente este último se encuentra en cabeza de la madre por ser con quien convive, pero el padre de la menor aún tiene la patria potestad y en tal facultad la lleva al médico en compañía de su hermana o tía de la menor.

Ahora veamos lo que los profesionales llamados como peritos a la audiencia de juicio oral han indicado encontraron en su valoración respecto de la menor, recordemos que estas profesionales entrevistan a la menor el 17 de junio de 2011:

Obsérvese que ante la médico Magally Realpe Palacios, la menor asiste con la madre, y lo encontrado por la perito es una dermatitis en región vaginal y en región contigua al ano señalando como causas el mal aseo, la inflamación por fricción y las alergias a ropa interior.¹⁸ De igual manera indica que no se ha encontrado evidencias de un tocamiento ya que los besos, tocamientos y

¹⁸ Minuto 25:00 de su testimonio

manoseos no se determinan por el examen por ello debe continuar el seguimiento (Minuto 27:34) y que la fricción de la piel produce inflamación que termina con dermatitis (Minuto 29:37), lo que reitera en el contrainterrogatorio.

La sicóloga Nydian Lorena Fonseca si encuentra secuelas¹⁹ que le ha dejado estos tocamientos que el acusado ha efectuado, por cuanto presenta pesadillas lo que le ha generado dificultad para dormir, de igual manera ha disminuido su apetito, dada la incertidumbre de lo que continuaría realizando²⁰, presenta temor a que estos hechos se sigan produciendo, por lo que encuentra claros los efectos del abuso sexual (Record 1:29:00), resultando un relato veraz y sin ninguna clase de fantasías.

Este análisis nos permite establecer que evidentemente la menor en su segunda oportunidad procura cambiar su versión, que tal como lo dice la jurisprudencia trascrita existen muchos motivos para tal situación y en este evento se ha enunciado uno que tiene un gran peso en la voluntad de la menor, y es la relación laboral de la que depende su abuelo en atención a que el acusado es el patrón y la gran amistad que la familia de la madre de la menor tiene con ER, aspectos que fueron alejados de cualquier debate probatorio pues hace parte de las estipulaciones, como lo relaciona la sentencia de primer grado, y encuentra respaldo lo dicho por el padre de la menor cuando afirma que le contó a la madre lo que estaba sucediendo y ella indicó no denunciar. Si bien se ha manifestado el pago de una indemnización de ella no hay más que conjeturas, pero no existe evidencia alguna.

Y se le da total crédito a su primera versión por cuanto es la que para junio de 2011 cuando producto de su problema de dermatitis

¹⁹ Record 1:27:52 de su testimonio

²⁰ Record 1:26:27 de su pericia

en la región genital y anal tuvo problemas de sueño, de apetito, de comportamiento lo cual fue evidente y la causa de estos trastornos de comportamiento lo dijo la sicóloga es por el abuso sexual, y resulta lógico que como los tocamientos resulten con fortaleza dado que se producen por encima de la ropa que llevaba la menor.

Es claro se ha presentado una retractación pero en los testimonios que se han vertido permite recomponer la verdadera situación presentada, pues la narración que la menor realiza ante los profesionales es fluida, detallada, en especial ante la sicóloga entrega gran cantidad de elementos que resulta imposible pensar que se trata de una invención y de dicho análisis indica la veracidad de los relatado, que lo itero llevó el hilo de la narración sin fantasear y es lo que también narró a la tía y que la menor acepta entrego esa información.

Ahora no existe una razón coherente que llevara creer que la menor ha ideado tal narración cuando es muy detallada y precisa en señalar el día, el lugar, la forma como ocurre, la reacción que tenía, y el miedo que le causaba que se volviera a presentar y conocedora de la estrecha relación de la familia materna con el agresor le producía temor hablarle a la madre.

Lo ha tratado de explicar la menor, cuando dice que le caía mal, no resulta suficiente, su narración para esta justificación fue farragosa por cuanto no hay un motivo que le pudiera generar aquel supuesto sentimiento de contrariedad, señala que dijo esta para alejarlo, pero no se sabe alejarlo de qué o porqué, pese a iterar que le caía mal sin fundamento alguno, acepta que el sujeto si la cargaba y que si pudo presentarse un contacto con sus partes íntimas que a la fecha quiere quitar el tinte libidinoso.

La menor quiere llevarlo a un plano distinto, donde es claro que un beso o un roce libres de lascivia no ingresan a los límites penales, pero cuando están cargados de lujuria en contra de la voluntad del sujeto pasivo es claro que se convierten en delictual; que es lo sucedido donde producto de esos tocamientos fuertes en la parte genital y perianal se produce la inflamación de la piel y las consecuencias médicas y psicológicas, por cuanto como lo expuso la FGN dadas las tres causas de la enfermedad por la perito, mal aseo, fricción, y alergias, la menor con claridad expuso que tiene buen hábito de aseo y no resulta alérgica a nada, por ende el motivo de su irritación debe ser la fricción fuerte que era objeto para aquella época.

Con este análisis la Sala da crédito al dicho inicial de la menor, que encuentra eco en las anamnesis de los peritos y que resulta coherente con lo narrado por los testigos LH, de lo que se deduce la existencia de unos eventos en los que la menor es objeto de tocamientos libidinosos por el acusado, que es la persona que ella señala como la causante de dichas situaciones y a la cual temía.

A diferencia de lo narrado por la defensa en su escrito de apelación, no existe prueba alguna que la menor haya sido aleccionada para que emita tal narración de tres eventos que como más adelante se puede comprobar también los relaciona el acusado.

Se trajo al escenario de la práctica probatoria a la señora APGM, cuya aducción tuvo una particularidad que llama la atención, como fue solicitada en audiencia preparatoria por el representante del Ministerio Público, en su práctica la falladora judicial ordenó sea realizada por quien la pidió y en efecto el interrogatorio directo lo hace el interviniente rompiendo lo adversarial del sistema penal acusatorio.

La testigo indica que si visitaba a su padre en el municipio de Consacá, vereda Veracruz donde también conoció al señor ER, quien pasaba a saludar, que su padre trabaja en la finca del mencionado desde años atrás, sobre la acusación del delito de abuso sexual a su hija dice no estuvo presente (Minuto 14:110), que su hija no le ha contado, que a la cita médica la lleva la tía M, después le cuentan del abuso sexual, que no ha notado cambio alguno; que después llorando dijo que la llevaron obligada, que no denunció porque no noto alguna cosa sospechosa, que si la llevó a INML y que la médico le dijo que agradezca que no le ha pasado nada, de posibles secuelas habló con la sicóloga y le dijo que estaba bien, que el rendimiento en el colegio es bueno y que su hija estaba bien.

No aporta mayores datos por cuanto como lo dice no ha estado presente y es lógico dado que los agresores sexuales siempre tienden a utilizar espacios donde no hay testigos. Su dicho entra en contradicción por cuanto la menor si presentó secuelas descritas por la sicóloga, indica la testigo que si la acompaña a la valoración sexológica de donde señala le indican que estaba bien, y es lógico que al examen físico no le encuentran nada por cuanto como lo expresó la misma médica, de los tocamientos, manoseo o besos no queda una huella visible, pero los cambios son a nivel sicológico, por ello debió la menor asistir a un tratamiento para superar secuelas.

Debemos recordar que la menor dijo que le daba temor contar a la madre, y por las buenas relaciones de amistad y laborales de la familia de la declarante con el acusado, se observa que lo aportado para la claridad de lo ocurrido es vano, por cuanto trata de ocultar la situación comportamental de la menor cuando hay un dictamen rendido que detalla el daño producido.

Por la defensa se recibe el testimonio del menor JPGC, primo de la menor víctima, indica que vive en el municipio de Consacá con sus tíos, primos y abuelo, que cuando la menor NSLG va pasean en moto y en bicicleta; que E tiene un trapiche, respecto de un evento en junio de 2011 en que estén los tres indica que no ocurrió nada que el mencionado llegó, lo saludo, saludo a su prima le dio un beso en la mejilla y salió, ante lo que ella tampoco hizo nada que llamara la atención (Minuto 56:30). Al conainterrogatorio señala que la relación del acusado con el abuelo es de amistad y de trabajo de tiempo atrás. (Record 1:00:50)

Su declaración se limita a indicar que no ha observado nada, según la narración solo es ese momento en que han estado los tres y que solo fue un saludo para la menor con beso en la mejilla, ofrece información sobre actividades de recreación y deporte de los que la menor no ha hecho mención, por cuanto se debe recordar que el deponente para aquella época tenía 9 años y la menor NSLG tenía 8 años, indica que entre la familia de su abuelo es decir la materna de la menor NSLG y el encartado, sí existen unos lazos no solo de amistad, sino laborales de varios años, lo que ya han manifestado otros testigo. No se encuentra una declaración consistente que permita tener claridad sobre lo sucedido, agrega elementos como salir en moto a esa edad que no los ha referido la menor.

El acusado renuncia a su derecho a guardar silencio entrega su declaración manifestando que es propietario de un trapiche en Consacá, que con la familia de la menor tiene buenas relaciones de amistad, señala que cuando la saludo estaba el menor, que le dio beso en mejilla, la cargó pero no hizo algo indebido (Record 1:08:25); que la primera vez fue en Consacá, que la siguiente vez también en la vereda Veracruz en casa del abuelo donde también la saludó y

que otra fue en la casa en el barrio las lunas donde fue a saludarse con el papá y un tío de ella luego salen y se van, que sabe que realizar ello es un delito grave. (Record 1:09:25) Que para todos sus saludos es la mano un beso en la mejilla solamente que es algo de segundos; manifiesta que los tres encuentros fueron en el lapso de una semana; (Record 1:11:42) luego refiere que sus saludos son dando la mano, un *pico* (sic) que la carga y la baja (Record 1:12:33). Al contrainterrogatorio señala que tiene confianza para saludar de beso y que si ingresa a la casa donde estaba la menor y que no ha tenido problemas judiciales.

Con el fin de impugnar credibilidad la FGN manifiesta tener en su mano un nuevo denuncia en contra del declarante por el delito de injurias por vías de hecho al tocar las posaderas de una dama en el municipio de Sandoná, de octubre de 2017.

Su testimonio resulta poco claro en cuanto a la justificación que podía ofrecer sobre lo ocurrido, si da transparencia en cuanto que son tres eventos, lo cual concuerda con la primera manifestación de la menor, de igual manera al relato de la menor ante la sicóloga se sabe que se producen en el interregno de una semana. Y no resulta tan convincente en sus afirmaciones por cuanto del evento en que se refiere estaba en compañía del otro menor, indica que la saluda le da un beso en la mejilla y **lo cargó**, la pregunta es alzó a la niña o al niño, episodio del cual el menor JPGC en su relato tampoco se refiere y si es una situación que llama la atención.

Al referirse al evento ocurrido en la ciudad de Pasto en el barrio Las Lunas, manifiesta que va con el papá y un tío de ella, situación difícil de entender por cuanto de la declaración del padre de la menor no se hace tal relato, en su relato para referirse al señor A le dice el abuelo, y en aquella ocasión se dice que el mencionado abuelo

estaba en aquel inmueble, por tanto se desconoce a quien se refiere cuando dice con el *papá de ella*. De su relato si se deduce que la carga y que le da besos, aunque dice en la mejilla.

En este orden de ideas, es con este cúmulo probatorio que debemos realizar el análisis grupal y para ello necesario es partir de la declaración inicial de la menor, que se deduce por lo expuesto a las profesionales y por la manifestación realizada por la FGN mediante su delegada al momento de exponer el testimonio, aunque no fue muy bien ejecutada la técnica para ello si podemos decir que con los complementos podemos llegar a la convicción de la existencia de los tres eventos, fue absolutamente claro y así lo manifestó la menor que en tal audiencia desdecía lo que en la entrevista contenía, por lo que refule la existencia de unos actos que se preguntan por la fiscalía y que tienen complemento claro con lo dicho por la menor ante las profesionales.

Partiendo de esta base sólida debemos decir que como elementos de corroboración periférica encontramos lo afirmado por su padre cuando nota cambios en su comportamiento los cuales también son encontrados por la sicóloga dado que la menor no podía conciliar el sueño dadas las pesadillas que por estos atentados a su formación sexual le producían, y su falta de apetito, por ello no es descartable la presencia de ojeras como signos de la situación que estaba viviendo.

Pero aún más claro, los sucesos se han presentado en un fin de semana al siguiente fin de semana, y la médica lo afirmó, la dermatitis o irritación de la piel se presenta por tres factores como son el desaseo, las alergias a las prendas y por la fricción sobre la piel, y claramente las dos primeras fueron descartadas por la menor por lo tanto no queda duda que producto de la fricción que se

presentaba en los tocamientos por encima de la ropa se produce la inflamación en la región genital y perianal, lesiones que también producían malestar a la menor y que son evidentes de acuerdo a las probanzas arrojadas.

Los testigos de descargos no tuvieron la contundencia para desechar las afirmaciones que el grupo llevado por el ente investigador logró demostrar, los testimonios de la defensa fueron contradictorios en su esencia, ante situaciones tan evidentes como la madre no lo observaba; ante un hecho tan claro que el señor carga a la menor, como el menor JPGC no observa; y como son los saludos del acusado de segundos o se detiene a cargar las personas, y con quien acudió a la ciudad de Pasto, no dejó clarificado a quien se refiere cuando dijo el papá de la menor.

La antijuridicidad material y formal tiene demostración pues el bien jurídico que la norma protege fue quebrantado, la integridad, libertad y formación sexual de la menor fue afectada, debió acudir al tratamiento psicológico para superar aquellos temores que le impedían continuar con normalidad su cotidianidad.

Y aunque el acusado ha manifestado que sabía que tales actos son delitos graves, vemos que la forma de ejecución de los actos, la fuerza que imprime para por encima de la ropa tocar las partes íntimas de la menor, al extremo que no solo se afectó la mencionada región ocurrió también con la zona del ano, producto de esa manipulación ruda que a su vez denota la libidinosidad de su actuar.

Por lo anterior es evidente que el grupo de testigos de la FGN logró demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado

EFRR, requisitos indispensables para emitir un fallo condenatorio como fue dictaminado por la primera instancia.

En el análisis de cada medio probatorio se ha tenido en cuenta las manifestaciones contenidas en el escrito que contiene el recurso de apelación, aunque resulta conveniente precisar algunos aspectos: uno, relacionado con la preclusión ya definida, es una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada y al no solicitar su revisión a través de los medios de impugnación ha fenecido la oportunidad para tal; dos, la decisión a la cual se arriba se encuentra basada como lo señala el artículo 16 del procedimiento penal, **solo** en los medios probatorios regular y oportunamente debatidos en la audiencia de juicio oral que con la totalidad de requisitos para su validez se dieron y así ingresan al torrente probatorio del proceso penal, lo que no hizo parte de este caudal probatorio no puede ser analizado, se debe recordar que el sistema acusatorio tiene unos momentos en que se debe presentar los reparos de no hacerlo se convalida; tres, en virtud del principio de comunidad de la prueba es que se concreta la fecha de ocurrencia de los hechos, lo cual queda absolutamente definido que tuvo ocurrencia en el mes de junio de 2011, aceptado de esa manera hasta por el acusado, por ende no gravita duda alguna en cuanto a esta fecha; cuatro, ejecutoriada la sentencia se abre la posibilidad de iniciar por la víctima el incidente de reparación integral, recuérdese que la calidad de víctimas se determinará en el inicio de dicho procedimiento y será en aquella sede donde se ventilará si hubo algún pago y a quien.

Corolario de lo anterior, se debe confirmar el fallo condenatorio emitido en contra del señor EFRR por haberse recaudado medios probatorios necesarios para tal fin, de acuerdo con el análisis en conjunto realizado.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

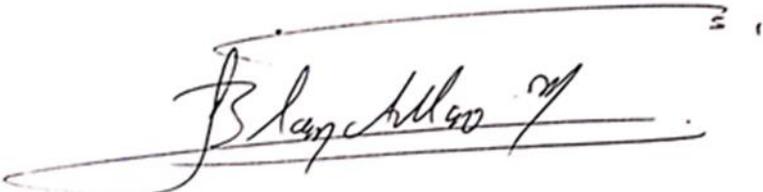
RESUELVE:

1°. **CONFIRMAR** la sentencia condenatoria de fecha 27 de abril de 2018 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto en contra del señor EFRR, por un comportamiento concursal de Actos Sexuales con Menor de 14 años, que fue objeto del recurso de apelación.

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que procede el recurso de casación, que deberá ser interpuesto en la forma como lo establece el artículo 183 del código de procedimiento penal.

Notifíquese y Cúmplase


HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente


BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

484



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
— Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 93

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

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se ampliaron hasta el 24 de mayo del cursante, mediante Acuerdo PSCJA20-11549, emitidos 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 la acción de tutela de la referencia.

Pasto, 11 de agosto de 2020.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

Proceso N°: 521106000507201106727
Número Interno: 7970
Conducta Punible: Acto Sexual con menor
Acusado: EFRR.