

IMPUTACIÓN - Es el ente acusador como titular de la acción penal, quien debe generar la imputación, en plena sintonía con los fácticos acaecidos y su adecuación a las tipificaciones consignadas en el código de materia.

VARIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN - Conforme el carácter de provisionalidad que posee la calificación jurídica del punible, permite la adecuación de lo imputado hasta la etapa en que se agotan los alegatos de conclusión correspondientes.

ESCRITO DE ACUSACIÓN – Este se puede aclarar, adicionar o corregir en la audiencia de formulación de acusación.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL - Tiene cabida desde la audiencia de formulación de imputación hasta los alegatos de conclusión evocados por el ente persecutor.

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA POR VARIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN – No se configura.

No se avizora afectación al principio de congruencia, pues no obstante, la Fiscalía realizó cambios en la imputación inicial, al surgir nuevos elementos probatorios, no existió modificación del núcleo fáctico en cada una de las variaciones, modificaciones estas que se efectuaron en la audiencia de formulación de acusación, como una corrección al escrito de acusación tal como lo permite la ley, respecto de las cuales la defensa no formuló ninguna objeción, y siendo que se solicitó condena con base en la variación de un delito de menor lesividad al procesado, conservando el bien jurídico tutelado y el marco de aplicación del punible por encontrarse dentro del acápite atinente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

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

De la valoración en conjunto del material probatorio debidamente recaudado e ingresado al juicio oral, se llega al convencimiento más allá de la duda razonable acerca de la ocurrencia de los delitos imputados y de la responsabilidad penal del acusado, al verificarse que las iniciales versiones dadas por las menores víctimas, merecen total credibilidad, estableciéndose que la retractación realizada provino de la manipulación y solicitud hechas por la progenitora; versiones que se encuentran respaldadas con otros medios de conocimiento, como las manifestaciones efectuadas por los testigos peritos, haciendo procedente proferir sentencia condenatoria, y en tanto la defensa no logró demostrar su teoría del caso.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	: 528386008806201500003
No. Interno	: 22773
Conducta Punible	: Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años y otro
Acusado	: LAAZ
Decisión	: Confirma
Aprobado	: Acta N° 118 de 22 de septiembre de 2020

San Juan de Pasto, veinticinco de septiembre de dos mil veinte
(Hora: 09:00 am)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de LAAZ, contra la sentencia condenatoria del 27 de junio de 2017, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), que lo condenó a pena principal de trescientos (300) meses de prisión, por encontrarlo penalmente responsable, como autor, de la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso heterogéneo y homogéneo con el de actos sexuales con menor de catorce años agravado, siendo víctima la menor ADAA, en concurso con el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, igualmente en concurso homogéneo, siendo la menor víctima BLAA.

1. Supuestos fácticos

Los hechos tuvieron ocurrencia en el área urbana del Municipio de Mallama, Barrio ..., durante los años 2014 y 2015 en la casa de habitación del grupo familiar conformado por la señora SLAM, sus hijas menores de edad A.D.A.A. y B.L.A.A. de 11 y 7 años de edad, respectivamente, y el señor LAAZ, compañero sentimental de la primera y padrastro de las infantes en comento; lugar en el cual AZ, aprovechando la ausencia de la madre por motivos laborales, ejecutaba actos eróticos sexuales con las menores mencionadas, como tocamientos, manipulación de órganos genitales y otras partes del cuerpo, rozamiento del pene, e introducción del miembro viril para con la menor A.D.A.A., el cual adicionalmente coaccionaba a las niñas para que no contaran lo sucedido bajo amenaza de repercusiones lesivas sobre su madre.

Se sabe que la madre de las menores tuvo conocimiento de los fácticos mencionados cuando la menor B.L.A.A. fue llevada a un centro hospitalario, toda vez que presentaba un pequeño sangrado por su vagina, la cual, al ser examinada por el galeno de cargo, la diagnosticó con una enfermedad venérea de transmisión por contacto sexual, acto que provocó que la infanta informe lo que AZ ejecutaba en contra de aquella y de su hermana.

2. Actuación procesal y providencia recurrida

2.1. Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Túquerres (Nariño), el 13 de febrero de 2015, se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró legal la captura y se imputó el delito consagrado en el artículo 208 del Código Penal, *acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado*, por la concurrencia de las circunstancias previstas en los numerales 2, 3, 5 y 7 del artículo 211 ibidem, frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos.

Aunado a lo anterior, se impuso en cabeza del procesado, medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

El 15 de mayo de 2015 la Fiscalía 33 Seccional presentó escrito de acusación y el siguiente 25 de noviembre, ante el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (Nariño), se adelantó la audiencia respectiva, oportunidad en la que se atribuyó al encartado los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, previsto en el artículo 208 del Código Penal, conducta agravada por los numerales 2, 3, 5 y 7 del artículo 211 de la misma codificación, en concurso con el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS

consagrado en el artículo 209 ibidem, agravado con base en las circunstancias enlistadas con antelación.

Seguidamente con fecha al 27 de julio de 2016 se surtió la audiencia preparatoria, y el 22 de septiembre de 2016 se dio inicio al juicio oral, diligencia que culminó el día 9 de noviembre del mismo año, dando paso el 3 de febrero de 2017 a la emisión del sentido de fallo y en misma diligencia a la ejecución de lo preceptuado en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal.

El 27 de junio de 2017 el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres profirió sentencia condenatoria en contra de LAAZ.

2.2. Ahora, dentro de la decisión que se recurre, el Juez de primera instancia, tras recordar los fácticos, la actuación procesal y los alegatos de los sujetos procesales, procedió a imprimir en la providencia las consideraciones sustento del sentido de fallo anunciado en audiencia previa.

En principio, resaltó que la modalidad de recaudo y práctica probatoria utilizada en el asunto se dio bajo condiciones tendientes a la no revictimización de las menores implicadas como víctimas.

De cara a lo anterior, procedió a fijar los problemas jurídicos a tratar en la providencia de la siguiente forma: (i) si el material probatorio debidamente recaudado e ingresado al proceso logró demostrar, más allá de toda duda razonable que el acusado de marras ejecutó actos en contravía de la libertad sexual de las menores víctimas en las situaciones de tiempo, modo y lugar descrita en los fácticos; y, (ii) si es procedente la condena del señor AZ por el concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, ambos punibles agravados, en

consideración a que la imputación realizada se estructuró por el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

A ello, dio curso al análisis integral de los elementos materiales probatorios practicados en el desarrollo del juicio oral, acápites en los cuales hiló los fácticos de cargo desde la noticia criminal hasta los tópicos referentes al contradictorio planteado en la práctica probatoria, resaltando de ello: (i) las estipulaciones probatorias atinentes a los registros civiles de las menores A.D.A.A y B.L.A.A, mismos que al expediente se estipulan como pruebas 3 y 4; (ii) la certeza atestada a los testimonios rendidos por las menores A.D.A.A y B.L.A.A, en función a precisarse un relato fluido, que sin presión de la progenitora permitió evidenciar la ratificación de los fácticos de origen del punible juzgado; (iii) los tópicos atinentes al testimonio de la progenitora de las menores, del cual se da cuenta acerca de la transacción realizada con un servidor judicial, el cual, si bien la testigo refirió desconocer la finalidad, en tenor a las acciones desplegadas por el servidor de comento, enfocan tal tópico al favorecimiento de los elementos probatorios a favor de A. En misma línea, que se presentó un relato contradictorio en el sentido de atribuir el sangrado de su hija pequeña B.L. a dos situaciones diferentes, así como manifestaciones de que eran las menores quienes querían ver a A en el centro carcelario, lugar en el cual el sentenciado ejecutó actos lascivos con las menores, razón última por la cual, la mentada fue atestada con medida provisional de internamiento carcelario; (iv) la opinión pericial del Dr. Víctor Oswaldo Peña Hernández sobre las entrevistas rendidas por las menores frente a la retractación de la versión inicial que dio cuenta de una “*redundancia excesiva*” en tales declaraciones, así como una presunta manipulación de respuestas sobre las niñas; y, (v) lo atinente al examen físico de las menores que da cuenta del relato de atención frente a las menores B.L. y A.D., dando una explicación referente al

porque una de ellas puede presentar una manifestación de la enfermedad venérea y la otra no.

Aunado a lo anterior, dio el análisis correspondiente a los elementos de culpabilidad y antijuridicidad de los facticos analizados, así como a una referencia en contra de la teoría invocada al caso por la Defensa que se halló sin sustento con base en los elementos contrastados en el juicio oral.

Finalmente, como respuesta a los problemas jurídicos planteados, plasmo el *a quo*, que en efecto las pruebas recaudadas en juicio dieron cuenta de la comisión de los ilícitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, ambos punibles agravados en concurso sucesivo con las menores A.D.A.A y B.L.A.A., así como la procedencia en tenor a la firmeza del núcleo fáctico de la imputación, de la congruencia en cuanto a los delitos acusados e imputados en sedes procesales previas.

Paso siguiente, especificó la calificación jurídica de los hechos en la conducta de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años, en circunstancias en agravación; en ese orden, efectuado el proceso de dosificación punitiva, resolvió condenarlo por esos punibles, a título de autor, imponiendo una pena de doscientos veintiocho (228) meses de prisión, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, siendo víctima la menor ADAA, incrementada, al tenor de las directrices trazadas en el art. 31 del C.P., en setenta y dos (72) meses de prisión, por el concurso homogéneo y heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado siendo víctimas las menores ADAA y BLAA., quedando una pena definitiva de trescientos (300) meses de prisión.”

En misma línea, se atestó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal ya mencionada, así como una negativa de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad en tenor a la gravedad del asunto y los aspectos objetivos de la sanción impuesta.

3. Argumentos de la Defensa como recurrente

El defensor de AZ esgrimió su petición a fin de obtener la revocatoria del fallo emitido por el juzgador de instancia, solicitando la absolución de cargos a su prohijado para lo cual argumenta la comisión de yerros en la valoración probatoria, así como en el desarrollo procesal tópicos referentes a la congruencia entre los punibles imputados y acusados.

Para sustentar lo anterior aludió que en el fallo de primera instancia se transgredió el principio de *in dubio pro reo* con relación a la interpretación de los siguientes elementos probatorios: (i) El contraste entre los hallazgos encontrados en el informe pericial No. UBTQRR-DSNRN-00043-C-2015 realizado por el doctor Jhon Alexander Ortega Chamorro el 13 de febrero de 2015 y los informes periciales de No. UBTQRR-DSNRN-00236-C-2015, UBTQRR-DSNRN-00237-C-2015 del 01 de junio de 2015 en cuanto a las versiones rendidas por las menores ADAA Y BLAA, esto es, el cambio de versión entre el informe de valoración inicial y sus subsiguientes, últimos estos que refirió evocan el pilar de su teoría del caso, esto es, la concurrencia de una denuncia cimentada en falsedades inventadas por una de las menores en complicidad de su hermana; (ii) en el análisis de los informes periciales ya mencionados, la inconsistencia que sustenta la falacia de los dichos primarios de las menores, esto es, la ausencia de la presunta penetración anal realizada por AZ sobre ADAA, misma que

expresó, pierde credibilidad en cuanto se contrasta con los hallazgos físicos encontrados por el galeno que realizó el peritazgo y que en misma línea, iteran en el carácter ausente de verdad de las declaraciones que acusan a su defendido del punible bajo estudio; (iii) frente a las valoraciones psicológicas adelantadas a las dos menores por el Doctor Víctor Oswaldo Peña Hernández – Profesional Universitario Forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y las consignadas en el Informe Pericial de Psicología Forense No. DSNRN-DRSOCCDTE-07093-2015 en cuanto a las precisiones acerca del comportamiento y conducta de la menor ADAA, esto, en el sentido de resaltar especial importancia frente a la variación de hechos y la relevancia de persecución del primo de la mentada pre adolescente por los datos manifestados frente a los actos sexuales desplegados con la misma; y, (iv) en torno al hecho de que los fácticos decantan una disparidad en cuanto a la presencia de una enfermedad venérea en la menor no accedida pero una ausencia de la misma en la presunta víctima que si fue accedida.

Con respecto al tema procesal, indicó que la judicatura, en sede de control de garantías, dio el aval frente a una falsa captura en flagrancia, misma que pudo proceder en tal estadio procesal debido a *“la pasividad de la defensa inoficiosa que tenía el procesado”*; aunado a ello señaló la comisión de un yerro fundamental para su defensa en cuanto a la negativa en audiencia preparatoria de la solicitud de realización de examen que permita determinar si el sentenciado posee la enfermedad venérea que fue hallada en la menor BLAA, y, finalmente, hizo referencia a una actuación fraudulenta de la fiscal del caso, expresando, que en varios casos investigados por dicha delegada, se argumentó expresiones con relación a relatos de menores presuntamente abusadas, cuando hacen relación a que *el procesado botó una baba de color amarillo y la mandó a lavarse mientras él se limpiaba con papel higiénico*, tal y como se expresó en el radicado No.

528386000543201300413, el que se encuentra en trámite de apelación con la Doctora ARELLANO, pues en éste último evento se señaló que la baba era de color verde, evidenciándose así elucubraciones, creadas con el fin de tener a una persona inocente privada de la libertad.

Ahora bien, en lo que corresponde al tema de congruencia, el togado de cargo señaló un error acaecido frente a tal principio, indicando que una vez la Fiscalía recibió las experticias médicas, se acusó, además del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, por el de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, delito que en ningún momento se le imputo a su defendido, configurándose en este caso la trasgresión al debido proceso y al derecho de defensa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LAAZ contra la sentencia condenatoria del 27 de junio de 2017, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problemas a resolver

Debe la Sala entrar a examinar la inconformidad presentada por la Defensa en cuanto a los aspectos procesales y la valoración probatoria, señalamientos que conllevan a elaborar dos interrogantes: i) ¿Existió transgresión del principio de congruencia entre la formulación de imputación y la acusación en este evento?; ii) Claro lo

anterior, se deberá analizar la valoración probatoria a fin de determinar si se encuentra acreditada la teoría del caso de la defensa lo que conlleva la absolución, o si por el contrario, la teoría de la Fiscalía tiene sustento fáctico y probatorio, que lleve a la confirmación del fallo recurrido.

3. Del principio de congruencia y la variación de la imputación en la Ley 906 de 2004.

El Sistema Penal Acusatorio reglado por la Ley 906 del 2004 promulga como uno de los pilares atinente al sentido de fallo el principio de congruencia de este, postulado que se sustenta en el artículo 448 ibidem, *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”*

Norma de la cual se deriva la obligación procesal de mantener un hilo conductor desde el primer escenario del asunto hasta el estadio final del proceso, así como limitando de manera tajante el marco de acción del juzgador en el sentido de iterar en el carácter rogatorio de nuestra justicia penal.

Al respecto, es el ente acusador como titular¹ de la acción penal, quien se alza con la responsabilidad de generar la correspondiente imputación, esto, en plena sintonía con los fácticos acaecidos y su adecuación a las tipificaciones consignadas en el código de materia, siendo por tanto autónomo en señalar, con la sustentación respectiva, la adecuación punitiva a que haya lugar; con tal potestad en aquellos escenarios en los cuales la terminación del proceso emana de una modalidad distinta a la ordinaria, esto es, preacuerdos o principio de oportunidad aplicado al asunto, a lo que se ha llamado juicio de imputación.

¹ Artículo 66 de la Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

Por ello resulta de particular importancia a efectos de la concesión del derecho de defensa la audiencia de formulación de imputación que en el Sistema Penal Acusatorio se alza como un acto formal de comunicación a través del cual la Fiscalía debe informar al acusado de los hechos y circunstancias con las consecuencias jurídicas que aparejan, ello para que pueda planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja, es por ello que la descripción circunstanciada de los hechos se torna fundamental, pues de no comprender todas las hipótesis factuales debe acudir a una nueva formulación de imputación dado que no es posible tal corrección en la formulación de acusación.²

Por tal, la descripción los hechos jurídicamente relevantes como lo dice la norma, en un lenguaje comprensible sin que ello implique el descubrimiento de elementos materiales probatorios implica la exposición de una situación fáctica que deberá ser coherente con la acusación que se presenta al procesado.

No obstante, la interpretación jurisprudencial³ de los estatutos penales decanta en señalar la posibilidad de variación en la calificación de la conducta punible incoada al procesado sin que ello signifique una transgresión flagrante al principio de congruencia procesal, esto, toda vez se aduce que la misma, aun desde su anuncio en juicio resulta provisional; es decir, la calificación esgrimida desde la diligencia de imputación⁴ se establece como un referente de la misma, pudiendo en

² CSJ Sala Casación Penal radicado 43211 del 28 de abril de 2015

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 34282 del 02 de septiembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁴ Sentencia C-025 de 2010 Mg. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27.518, Sentencia de casación de 20 de octubre de 2005. Radicación 24026, entre otras. – Sobre la importancia atinente a que, en salvaguarda del principio de congruencia procesal, el carácter de la diligencia de imputación debe

tal sentido, y bajo los preceptos legales correspondientes, variar en voluntad de los fácticos demostrados en el proceso, aclarando que los hechos fruto de la acusación, deben permanecer incólumes, pues son la base que sustenta la congruencia en el desarrollo del asunto.

A ello, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha referido que:

“Sobre los hechos presentados por el acusador, entendidos como el relato preciso de un actuar humano penalmente relevante, no hay duda alguna que es inalterable y, en principio, no cabe posibilidad de corrección ni modificación; así lo ha enseñado nuestra jurisprudencia de manera pacífica.

Sin embargo, igualmente se ha aceptado que cuando los reparos se encuentran en la calificación jurídica de dichos hechos por no acoplarse a la realidad fáctica que aflora debido a la presencia de prueba sobreviniente o por error en la calificación, es factible modificarla en razón de la autorización introducida en la codificación procesal penal del año 2000, a través del artículo 404.

Esta norma fue introducida para permitir la modificación de la calificación jurídica efectuada en la acusación, cuando se presente alguna de estas dos situaciones:

1. Cuando por prueba sobreviniente cambie la realidad jurídica del proceso, y 2. Cuando se advierta que la calificación jurídica de la conducta efectuada por el ente acusador, no se corresponde con la realidad fáctica demostrada.

Sobre la primera hipótesis, es decir, cuando se soporta la variación de la calificación en prueba nueva, aducida, producida o incorporada luego de la resolución de acusación, no ha existido mayor discusión, pues el novedoso hallazgo probatorio justificaría y posibilitaría una nueva calificación.

contener una adecuación fáctica y jurídica en torno a ofrecer un panorama claro a la Defensa sobre los tópicos a enfrentar ante una eventual terminación anticipada del proceso penal o un litigio ordinario hasta la etapa de contradicción en juicio oral.

Mientras que sobre la segunda, varias posiciones jurisprudenciales han existido en la última década y bastante se ha discutido sobre si el yerro en la adecuación típica puede provenir de la equivocada apreciación de la prueba existente al momento de la acusación (antecedente) o de la errada selección de la norma aplicable.

*La tesis imperante en la actualidad es la adoptada por la Sala de Casación Penal en sentencia del 8 de noviembre de 2011 dentro del radicado 34.495, en la que se advierte que la variación de la calificación jurídica provisional es procedente aún sin mediar prueba sobreviniente, en los eventos en que se advierta un error en la imputación jurídica, el cual puede provenir de una errada selección normativa o del equivocado análisis de la prueba.*⁵

Tal planteamiento no significa la vulneración de la lealtad procesal, el derecho de defensa o el principio de congruencia⁶, pues es de resaltar el carácter de provisionalidad que posee la calificación jurídica del punible, misma que si bien, tiene límites preclusivos específicos, permite la adecuación de lo imputado hasta la etapa en que se agotan los alegatos de conclusión correspondientes.

En tal sentido, es menester tener en cuenta que, desde el inicio de la fase investigativa, se busca obtener por parte de la Fiscalía la certeza, con base en los elementos materiales probatorios, de que el comportamiento penal se ha presentado y el imputado es el autor o partícipe del delito investigado, acto que, una vez superado, permite al persecutor continuar con la indagación, pudiendo entonces surgir nuevos elementos probatorios que conduzcan a fundamentar el escrito acusatorio correspondiente, dentro del marco fáctico referido.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 34282 del 02 de septiembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁶ Artículo 287 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Precepto que, de acuerdo con lo estipulado en el primer inciso⁷ del artículo 339 del CCP otorga tanto al Fiscal como a las partes e intervinientes del proceso la facultad de objetar cualquier aspecto referente al escrito de acusación en torno a la subsanación⁸ de posibles yerros o variaciones que puedan en posterioridad afectar el sano devenir del asunto y que *per se*, materializa el carácter evolutivo de la imputación sobre la formulación de acusación como acto complejo⁹.

De esto, que en continuidad procesal, una vez descubiertos y practicados los elementos probatorios, se procede, con base en ellos, a emitir los alegatos conclusivos de la contradicción surtida bajo la oralidad, pues es aquí el espacio procesal para que el ente acusador, en cumplimiento a lo reglado por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, tipifique definitivamente la conducta por la cual se deprecara la condena a fin de brindar al juzgador un margen referente de aplicación del principio de congruencia entre los hechos y la solicitud de imposición punitiva.

En síntesis y con la claridad que la calificación jurídica imputada es provisional hasta el momento en la cual se la arguye dentro de los alegatos de clausura, es claro en misma línea, que tal provisionalidad contemplada en función a los fines constitucionales del proceso no se considera como una vulneración al principio de congruencia procesal, sino que, en cambio, lo invocan como centro de directriz vinculante del respeto al debido proceso.

4. El caso concreto

⁷ "Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato."

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 52651, 13 junio 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁹ Sentencia C-390 de 2014, Mg. P. Alberto Rojas Ríos

Con las precisiones anteriormente esbozadas, de cara a los problemas jurídicos planteados, es menester dar curso al análisis atinente a las cuestiones procesales deprecadas por el defensor con el propósito de analizar la legalidad de la decisión emitida en contra de LAAZ

4.1. Del principio de coherencia entre la imputación y la acusación en este evento.

El apoderado del señor AZ evocó como uno de los focos de cuestionamiento lo atinente a una presunta vulneración del principio de congruencia entre la calificación jurídica atestada en la formulación de imputación y la formulación de acusación, pues a su juicio, inicialmente se imputó la conducta de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS; no obstante, en la audiencia de formulación de acusación, tras la recepción de las experticias médicas, se acusó a su prohijado por los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, consecuencia de lo cual se transgredió el debido proceso y el derecho de defensa pues de un acto procesal al otro se agravó la situación del sentenciado.

Ahora bien, de las experticias del proceso se tiene que con data del 13 de febrero de 2015 ante la Juez Segunda Penal Municipal de Túquerres (N) se adelantó la audiencia de formulación de imputación en contra de AZ, diligencia en la cual se endilgó en contra del mentado “*el delito contemplado en el artículo 208 del C.P. agravado por el numeral 2, 3, 5 y 7 del C.P. a título de dolo, en calidad de autor*”.

“ARTÍCULO 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Modificado por el art. 4, ley 1236 de 2008. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

(...)

ARTÍCULO 211. *Circunstancias de agravación punitiva. (...)*

2. *El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.*

3. *Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.*

(...)

5. *La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.*

(...)

7. *Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.*¹⁰ (Subrayado por la Sala)

Que por demás la fiscalía da lectura a los elementos materiales de prueba que contenía y entre ellos las valoraciones médicas de las dos menores, lo cual va a constituir claramente el núcleo fáctico de este proceso penal.

Por otro lado, del acta¹¹ de la audiencia de formulación de acusación celebrada al 25 de noviembre de 2015 se extrae que si bien, en el escrito de acusación se atribuye la conducta reglada en el artículo 208 del código penal con los agravantes estipulados en el artículo 211 numerales 2, 3, 5 y 7 ibídem, en la oportunidad procesal correspondiente, la Fiscalía corrigió la ACUSACIÓN en el sentido de aplicar las reglas del concurso de delitos según el artículo 31 del Código Penal en el sentido que los actos descritos en el artículo 208

¹⁰ Ley 599 del 2000

¹¹ Folios 62 y 63

se repitieron en las dos menores ADAA y BLAA, dejando en claro que preguntado a la contraparte e intervinientes sobre objeciones a la corrección realizada por la Fiscalía, ninguno de los señalados realizó manifestación en contra, dando continuidad a la diligencia de cargo.

Finalmente, extraído de las actas¹² de la audiencia de juicio oral se tiene que la Fiscalía en la exposición de la teoría del caso señaló que el delito por el cual se enrostra responsabilidad penal a AZ sería el de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años en concurso con el delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años, calificación jurídica esta que finalizó en la condena ya conocida por esta judicatura.

De lo anterior, es claro que en el decurso del proceso de primera instancia se ejecutaron cambios en la imputación inicial; no obstante, de las exposiciones fácticas y los sustentos sobre las particularidades del caso presentes en las actas y grabaciones de las audiencias citadas anteriormente se puede vislumbrar que no existió modificación del núcleo fáctico en cada una de las variaciones, y que lo acaecido entre la audiencia de formulación de imputación, donde se comunicó el procesamiento por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años con los agravantes ya conocidos, y el comportamiento típico señalado en la audiencia de formulación de acusación, donde se señalo al señor AZ como responsable del delito ya mencionado bajo las estipulaciones del concurso de conductas punibles, fue una modificación que a la luz de la legislación penal es aprobada por el trámite reglado para la audiencia de comentario, pues se itera, en la sede de formulación de acusación es posible con base en el primer inciso¹³

¹² Acta de J.O. del 22 de septiembre de 2016 (Folio 86 y 87), Acta de continuación de J.O. del 13 de octubre de 2016 (Folio 158 a 161) y Acta de continuación de J.O. del 09 de noviembre de 2016 (Folio 164 a 165)

¹³ “Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y

del artículo 339, aclarar, adicionar o corregir por la fiscalía, a petición propia u objeción de partes e intervinientes el escrito de acusación comunicado como primer estadio del acto complejo de comento.

Aunado a esto, ya establecido que lo ocurrido en la audiencia de formulación de acusación se tiene como una corrección al escrito de acusación, es de resaltar que realizada la modificación y salvedad de comento, la defensa técnica del señor AZ guardó total silencio y se limitó a referir ausencia de objeciones contra el señalamiento del concurso de conductas punibles, de lo cual, aunado al concepto reglado como preclusión de etapas procesales, así como a los principios de la ley procedimental penal y en especial recelo, de los tópicos de la oralidad, se vería superada sin vicio alguno y sin vulneración al principio de congruencia tal estadio procesal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de congruencia procesal tiene cabida desde la audiencia de formulación de imputación hasta los alegatos de conclusión evocados por el ente persecutor, caso concreto, la solicitud de condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso de actos sexuales con menor de catorce años agravados por los numerales correspondientes del artículo 211 de la ley penal en contra de AZ, guardó en todo momento la congruencia que a la luz de la jurisprudencia se torna inamovible en el proceso penal, pues respetó la integridad del núcleo fáctico, teniendo en cuenta que *ab initio* fue señalado como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años con los agravantes en comento, señalando que el delito se acusó en modalidad de concurso por la repetición de los actos y la ejecución sobre las dos menores implicadas, a lo cual, con posterioridad a las experticias de rigor, la Fiscalía determinó que en contra de la menor ADAA se causó el delito de acceso carnal abusivo

las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.”

con menor de 14 años, y el punible de actos sexuales con menor de catorce años en contra de la menor BLAA, segunda conducta que de plano y sin que sea necesario hacer un decanto normativo de mayor talante, evidentemente hace parte del grupo¹⁴ de delitos en contra de la libertad sexual, e incluso, se fija como un punible en menor lesividad que el primero y cuantitativamente¹⁵ en lo que respecta a la pena a imponer, de menor sanción punitiva.

Retomando lo anterior, queda claro para la Sala que no existió transgresión alguna del principio de congruencia procesal dentro del caso de marras, pues se está bajo los siguientes supuestos; (i) la conservación del núcleo fáctico en el devenir del proceso; (ii) la corrección realizada por la Fiscalía del escrito de acusación en audiencia de formulación acusación dentro del escenario propicio para ello; (iii) la ausencia de contraposición de la defensa sobre la corrección de comentario; y, (iv) la deprecación en audiencia de juicio oral de la condena con base en la variación de un delito de menor lesividad al procesado y a su vez dentro de los parámetros legales atinentes a la conservación del bien jurídico tutelado y marco de aplicación del punible por encontrarse, tanto el acceso carnal abusivo con menor de catorce años y los actos sexuales abusivos con menor de catorce años, dentro del acápite atinente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

4.2 Hay otro aspecto procesal que argumenta la defensa donde indica se han presentado irregularidades y que tiene que ver con la inactividad del abogado de confianza de antaño al momento de la legalización de captura, respecto de lo cual debe decirse que dentro

¹⁴ La conducta de "Acceso carnal abusivo con menor de catorce años" se preceptúa en el artículo 208 y la de "Actos sexuales con menor de catorce años" en el 209 del Código Penal, mismos que hacen parte del Capítulo II "De los actos sexuales abusivos" del Título IV "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales", que a su vez, por evidente relación en su rotulo y contenido, comprenden delitos en contra del bien jurídico ya comentado y en contra de menores de catorce años.

¹⁵ La pena del tipo penal consignado en el artículo 208 ibidem es de doce (12) a veinte (20) años y la del artículo 209 de la misma legislación de nueve (9) a trece (13) años.

de la estructura del debido proceso dicha audiencia no emerge como basilar, por lo que dentro de aquella se debió debatir los temas atinentes a su temática, sin dejar de mencionar que cada profesional puede tener su estrategia y cuando no coincide con el pensamiento de otro profesional no genera yerro sustancial alguno, solo son posiciones al momento de asumir la defensa de una persona.

Por la misma vía indica el defensor que se ha presentado una situación anómala cuando en la audiencia preparatoria no se decretó una prueba por él solicitada, en la que pretendía una valoración médica para determinar si era portador de una enfermedad contagiosa, para responder se debe afrontar las situación desde dos aristas: una, que en el sistema penal acusatorio son las partes quienes presentan ante el Juez los medios probatorios, el funcionario judicial no cumple la labor de ordenar y recaudar un elemento que puede servir de prueba, ello es deber de las partes; dos, la estructura del sistema que ha señalado que en audiencias se desarrolle el procedimiento indica que cada una tiene una temática que debe desarrollarse en su interior, por tanto el debate probatorio debe darse en aquel escenario, al caso es claro que la defensa realizo aquella solicitud y en la discusión probatoria la Judicatura niega dicha solicitud sin que por la defensa presente recurso alguno (Minuto 12:43), por lo que si no formuló la reclamación oportunamente se entiende muestra su acuerdo con los argumentos que sustentaron la decisión de no ordenar tal práctica.

En otras palabras, el escenario para procurar la práctica probatoria es la audiencia preparatoria, es allí donde debe presentarse la reclamación respectiva con la argumentación adecuada, superado este estadio procesal sin hacer uso de los recursos se entiende la avenencia con la determinación tomada.

Revisado el desarrollo de las audiencias cuestionadas y evidenciando que se ha cumplido con el trámite legal se concluye que no existen irregularidades de estructura ni de forma que puedan invalidar la decisión tomada.

4.3. La valoración probatoria en el caso concreto

Al caso de marras, fuera de los señalamientos sobre posibles yerros acaecidos con el principio de congruencia y aspectos procesales ya tratados en acápites superiores, el apelante indica que el *a quo* efectuó una errónea interpretación del material probatorio y por tanto desconoció el precepto de *in dubio pro reo* en favor de su prohijado, esto, bajo el presupuesto por el cual los elementos analizados y los dichos extraídos de los testigos generan una duda razonable que no permite que se profiera una sentencia condenatoria contra AZ.

Así, conforme a los argumentos esgrimidos por el togado a cargo de la defensa, es menester establecer si las pruebas recaudadas y practicadas en el juicio oral permiten llegar a la conclusión de al menos una duda en pro del sentenciado.

Vemos que el apelante arguyó en su teoría del caso que el examen de medicina legal practicado a la menor ADAA por el cual se estipula que “*los hallazgos a nivel anal no son concluyentes con penetración de pene erecto*”¹⁶, lo cual, en contraste con los dichos de la menor de comentario son contradictorios con las presuntas acciones lascivas abusivas realizadas sobre ella por AZ y por tanto se señalan como ficciones elaboradas con la única finalidad de perjudicar a su padrastro.

¹⁶ Folio 212, Transcripción de informe pericial No. UBTQRR-DSNRN-00043-C-2015 del 13 de febrero de 2015 realizado a la menor ADAA, plasmada en el libelo de apelación por el apoderado de la defensa,

Desde ahora es pertinente señalar que a juicio de esta Sala de decisión, la exposición realizada por el abogado defensor, si bien, se entiende que comprende la teoría del caso exployada para la defensa técnica de su prohijado, carece de un análisis lógico e integral del material probatorio obrante en el asunto, soslaya factores claves promulgados por los medios allegados y aunado a ello, de proferir señalamientos que bajo un análisis completo del material obrante en el asunto no pasan de ser mas que meras especulaciones, e incluso, conjeturas temerarias y groseras en contra de las víctimas y su contraparte, acto último que sin dar mayor trascendencia, recae en un punto vergonzoso dentro de un debate atinente a un problema jurídico desarrollado al tenor de fácticos específicos e independientes de las presuntas cualidades de los profesionales del derecho intervinientes, aun cuando en el devenir procesal del asunto en ningún escenario se advirtió de la concurrencia de inhabilidades o incompatibilidades que pudieran afectar la génesis del asunto.

Ahora bien, en vista de las acusaciones puntuales del togado de cargo sobre el análisis probatorio realizado por parte del juzgador de instancia, es preciso acotar a ellos los temas bajo análisis en función a dar una respuesta clara sobre los señalamientos de comentario y lo expresado por los medios probatorios practicados en la sede máxima de contradicción procesal. De ello, que tales planteamientos se plasmen de la siguiente manera: (i) sobre la inconsistencia de las manifestaciones de la menor ADAA de la ocurrencia de penetración por vía anal por parte de AZ y los resultados de los análisis ofrecidos por medicina legal en el informe pericial No. UBTQRR-DSNRN-00043-C-2015 del 13 de febrero de 2015; (ii) la presencia de contagio de enfermedad venérea en la menor BLAA y no en su hermana ADAA, cuando de los señalamientos de la fiscalía se refirió acceso sobre la segunda y actos sobre la primera; (iii) sobre la incidencia de las manifestaciones esbozadas en el informe de valoración psicológica de

ADAA que la señalan como una menor que tiene “fantasías sexuales” y con una conducta problemática frente al tema de incidencia en el asunto; (iv) los señalamientos sobre las presuntas relaciones sexuales de ADAA con su primo N alias “T”, y la incidencia del mismo sobre los dichos inculpatorios de las menores hacia AZ; y, finalmente (v) la valoración de la retractación realizada por las menores ADAA y BLAA frente a la versión que dio origen a la investigación y culminó formalmente con la sentencia condenatoria ya conocida.

De ello, en torno a las implicaciones que cada punto conlleva sobre la teoría del caso avalada por la judicatura de primera instancia, se dará primacía al pronunciamiento realizado sobre la concurrencia de las versiones, inicial y posterior profesadas por las menores BLAA y ADAA.

Para lo anterior, es de recalcar que tal como se explica en el acápite de antecedentes, el asunto inició por la denuncia impetrada por parte de la progenitora de las menores al día 12 de febrero del año 2015 con ocasión a los hallazgos de los médicos del centro de salud de Mallama sobre el estado de salud de la menor BLAA, quien es conducida al establecimiento por su madre con ocasión a que padecía un sangrado vaginal inusual y persistente, obteniendo como patología la presencia de una enfermedad de transmisión sexual, tras lo cual, la menor en comento dio a conocer sobre los actos sexuales que había ejecutado el señor AZ sobre ella y que con posterioridad, preguntado por la progenitora a la menor ADAA, le refirió que tal acción también había sido desplegada por el mencionado sobre su persona de manera repetitiva con ocasión a la ausencia de la figura materna en su hogar de habitación, de lo cual, las experticias iniciales de medicina legal arrojaron que en efecto, ambas menores presentaban desfloración del himen que era concluyente con penetración vaginal por pene erecto u otro elemento, resaltando que en el caso de la menor BLAA se

presentaba signos de contaminación venérea. Esto sin perjuicio de los hallazgos encontrados con posterioridad al escrito de acusación y que decantaron en nuevos detalles del caso.

Se resalta que taxativamente, extraído del informe pericial de clínica forense No. UBTQRR-DSNRN-00044-C-2015 del 13 de febrero de 2015 practicado a la menor BLAA y del informe de misma índole No. BTQRR-DSNRN-00043-C-2015 de la misma data practicado a la menor ADAA, se tiene que:

“RELATO DE LOS HECHOS: La examinada refiere que “mi mamita me vio la ropa interior y me dijo que porque me salía sangre, mi mamita me llevo (sic) al hospital y ahí le conté que con el que vive mi mamita me sabia tocar y me decía que si le aviso a mi mamá que la hago pegar, entonces yo no le decía a mi mamita porque tenía miedo que ella me pegue, también me sabia decir que si aviso, mi mamita se iba a poner brava con migo y no me va a querer, el señor me sabia mandar a lavarme para que mi mamita no sepa y entonces de ahí me comenzó a salir sangre y me sabia decir que si la mamá llega a saber que a mi me va a echar de la casa.” tu recuerdas hace cuanto te ocurrió lo que me cuantas? “no recuerdo” “la madre refiere que la niña dice cuanto yo hacia los embueltos (sic) que fue hace 2 meses” además de tocarla que más le hacia el señor? “me sabia meter la parte del hombre por las partes íntimas y me dolía”¹⁷.

“RELATO DE LOS HECHOS: La examinada refiere que “el señor me tocaba, yo le preguntaba que porque hacia eso y el no me respondía. me decía que si le avisaba a mi mamá él la mataba o que nos dejaba en la calle y por eso yo me sentía mal. El señor me encerraba en los cuartos y me besaba, me quitaba la ropa una vez le di una patada y me iba a escapar pero tenía miedo de que le hiciera algo a mi mamá y no pude, fue como 20 veces las que me tocó una vez llegó borracho y me tocó, mi mama se fue a trabajar y el peleaba con migo y se ponía bravo, yo nunca lo he querido a ese señor. yo le pregunte a mi hermana que si a ella también la tocaba y ella me dijo que si, pero yo no le dije a mi mamá porque me daba miedo que le hiciera algo. “la amenazo alguna vez con un

¹⁷ Folio 127 (Informe pericial tomado a menor BLAA)

objeto? “no pero me tapaba la boca para que no hable”. además de tocarla le hizo algo más? “me sobaba la vagina y me tocaba los senos”. “también me metía los dedos a la vagina”. le introdujo el miembro viril masculino (pene) por la vagina o ano? por la vagina un poquito y por el ano también”. le dolió? “sí”. sangro? “no” “tiene algo más que agregar?” “no”.¹⁸

Ahora bien, ya conocidos los relatos expuestos por las menores en los informes periciales de referencia, las versiones que posteriormente fueron rendidas por aquellas, por las cuales la defensa alega una retractación de los dichos iniciales, se plasman en los informes periciales de clínica forense No. UBTQRR-DSNRN-00239-C-2015 para la menor ADAA y UBTQRR-DSNRN-00240-C-2015 para la menor BLAA, ambos de la data 01 de junio de 2015, que refieren:

“se trata de una niña de 12 años quien es valorada en primer dictamen médico legal y relató (sic) siguiente: Fecha y hora de los hechos: 2014-12-20 RELATO DE LOS HECHOS: (...) hoy 1 de junio de 2015 refiere que “mas o menos en mayo del 2014 un primo llamado NC, le dicen T, fue al apartamento donde vivíamos, golpeo y yo le fui a abrir la puerta y me dijo que entráramos, yo estaba sola, empezó a tocarme y besarme y me metió el pene por la vagina, esto ocurrió 2 veces, la segunda vez fue cuando se robo una plata.” porque relató lo que dijo en la anterior valoración? “lo que dije antes es mentiras, yo tenia miedo de lo que me iba a decir mi mama, L no me hizo nada.”¹⁹

“se trata de una niña (sic) de 9 años recién cumplidos quien fue examinada el viernes 13 de febrero de 2015 a las 11:51 horas en Primer Reconocimiento Medico Legal. (...) hoy la examinada relata que “lo que dijo en examen medico legal anterior era mentira y que lo hizo porque le dijo su hermana que lo hiciera y que por eso le iba a regalar 2 muñecas” que le dijo su hermana que dijera? “que l nos había violado y tolo lo que dije demás”, se le pregunta si alguna persona la ha tocado o hecho algo que no quisiera? “no nunca” un hombre le ha introducido el pene por la vagina? “no nunca”.²⁰

¹⁸ Folio 125 (Informe pericial tomado a menor ADAA)

¹⁹ Folio 122 (Informe pericial tomado a menor ADAA)

²⁰ Folio 120 (Informe pericial tomado a menor BLAA)

Narraciones tales que se hace necesario contrastar con aquellas rendidas²¹ en el decurso de la audiencia de juicio oral por las menores, mismas que, de acuerdo a la legislación de infancia y adolescencia aplicable a los interrogatorios rendidos por menores de edad y la mediación del Defensor de Familia en tal acción y por tanto, aclarando que es este funcionario quien pregunta a las menores los interrogantes preceptuados por Defensa y Fiscalía en tenor a las figuras del interrogatorio y contrainterrogatorio, los mismos se plasman de la siguiente manera:

“(…) ¿la relación con tu mamá y con tu padrastro cuando vivían juntos como era? ADAA: era super mal no me gustaba vivir con ellos yo me gustaba vivir más con mi papá que con ellos ¿Por qué no te gustaba vivir con ellos? ADAA: porque primero por mi padrastro porque me violó a mí y segundo porque mi mamá no me quería porque me trataba mal ¿Cuándo dices “el me violó” a que haces referencia a que te refieres? ADAA: me violó pues tocándome mis partes, tocándome mi vagina, tocándome los senos dándome besos en la boca, dándole besos a mi vagina, tocándome todo mi cuerpo. (...) ¿cuéntanos como ocurría esos episodios que tú nos narras de tocamientos que hacía tu padrastro y cuantas veces ocurrió esto? ADAA: me puede repetir la pregunta – DEFENSOR: tú nos puedes indicar, nos puedes decir ¿cómo ocurrían estos episodios que tú nos narras lo que tú nos acabas de contar de los tocamientos y de las cosas que pasaban y cuantas veces ocurrieron eso y cómo? ADAA: me tocaba 20 veces, 20 veces me tocó y comenzó a tocarme desde la semana que llegue con mi mama abajo a piedra ancha. (...) ¿Cuántos años tenías cuando ocurrieron estos hechos? ADAA: tenía 11 años (...) ¿Cómo se enteró su mamá de los abusos que le estaba realizando...? ADAA: mi hermana primero le dijo y después llegue diciéndole yo ¿Cuál fue la reacción, que hizo tu mamá cuando ustedes le comentaron eso? ADAA: nomas así, no lloró, no dijo nada mis hijos, nomás así se quedó como sospechosa y dijo “que puerco ese” ¿después de que el señor LAA fue llevado a la cárcel, que paso en tu familia, que ocurrió después? ADAA:

²¹ Récord 43:40 al 13:31:02 del Audio No. 52838600080620150000300_528383104001_3 para la menor ADAA y récord 01:40 al 30:31 del Audio No. 52838600080620150000300_528383104001_4 para la menor BLAA.

después mi mamá comenzaba a llorar y eso comenzaba a llorar y decía que eso por meterlo a la cárcel era nuestra culpa, que ahora teníamos que sacarlo nosotros sino lo sacábamos nosotros que ella va a sufrir mucho **¿Qué hicieron ustedes cuando tu madre les manifestó que ella iba a sufrir mucho si no lo sacaban de la cárcel?** ADAA: se ponía a llorar eso y después hizo unos papeles, hizo así y después fue a visitarlo y después comenzó a llevarnos a nosotros ya nos llevó a nosotros a la cárcel y ya comenzaba a tocarnos y yo, nosotros, mi hermana nunca queríamos ir a la cárcel a visitar a ese violador **¿su madre les solicitó algo o hizo alguna solicitud para favorecer al señor LAA?** ADAA: decía que cambiemos la versión, a mí me dijo que yo le conté que me había tocado mi primo y dijo que cambie la versión para que podamos sacarlo a ese señor de la cárcel, yo para que no se sienta triste, mentí todas las cosas para poder sacarlo de la cárcel y ya estaba que salía y no pudo porque nosotros dijimos toda la verdad (...) **¿tú puedes decirme si cambiaron la versión para favorecer a LAZ por solicitud de su mamá?** ADAA: si, cambiamos la versión diciendo que él no nos había tocado, diciendo que me había tocado mi primo, diciendo que él no nos había tocado que no nos había hecho nada, que no nos había hecho nada absolutamente, nada. **¿y que hizo tu mamá después que ustedes cambiaron la versión?** ADAA: ella se sintió contenta que ya habíamos cambiado la versión dijo ya puede salir de la cárcel, ya cambiando la versión se sintió feliz ya **¿Qué sintió usted al ver a su mamá feliz con estos hechos?** ADAA: me sentí mal haberles mentido, me sentí como culpable yo misma, sentí horror haber mentido **¿tu mamá te pidió o solicitó que hicieras otras cosas, que cosas?** ADAA: nada no me solicitó **¿después con quien hablaste o a quien le contaste de lo que estaba ocurriendo con tu padrastro y con tu mamá?** ADAA: le conté a los psicólogos de aquí de Túquerres, les conté a la fiscalía y le conté ya ahí ya estaba mintiendo, al señor de Pasto y todo le conté (...) **¿tu fuiste valorada por un psicólogo en Pasto, tu recuerdas si te valoró un psicólogo en Pasto?** ADAA: Si recuerdo que me valoró **¿tu recuerdas que hablaron con él?** ADAA: si recuerdo diciéndole que no nos había tocado, diciéndole una mentira. **¿Por qué le dijiste al psicólogo que no te habían tocado?** ADAA: porque a nosotros nos mandó mi mamá que dijéramos que no nos había tocado por defenderlo **¿a parte de tu mamá alguien más te pidió que cambies la verdad de lo que ocurrió?** ADAA: si un policía **¿tu recuerdas el nombre del policía o quien era el policía?** ADAA: no recuerdo (...) **¿te gustaría volver a vivir con tu mamá?** ADAA: no con mi mamá yo no

quisiera nunca vivir solo quisiera vivir con mi papá para siempre y con mi papá siempre nos quedaremos, con mi mamá ya no quiero volver ni mi hermana quiere volver con ella ¿Cuándo tu vivías con tu mamá ella te maltrataba física o verbalmente? ADAA: ella si me maltrataba a mi ¿tu consideras que tu mamá si te protegió, ejerció un rol protector contigo o no? ADAA: no ella, ella yo digo pues yo mismo digo que ella nunca nos ha querido nunca en la vida porque si nos hubiera querido nos hubiera defendido a nosotros siendo sus hijas, le hubiera importado más a nosotros que a ese violador porque somos sus hijas pero para nosotros no somos sus hijas para ella no somos nada ya siendo que para ella ya no existimos que sea la última vez que la voy a ver ya nunca en la vida la quiero ver”²²

Dichos de ADAA que se soportan en manifestaciones de misma índole por parte de BLAA, tal como se puede observar en la siguiente transcripción:

“(…) ¿Cuándo el señor L fue llevado a la cárcel tu mamá que hizo, cual fue la actuación? BLAA: ella cuando ella le avisaron la razón ella cogió y se puso a llorar porque un policía le avisó y después cuando ya paso ya nos fuimos del hospital ella ya nos llevó a la casa y nos dijo que por nuestra culpa mi padrastro L estaba en la cárcel ¿Cómo las trataba o como era el trato del señor LAA antes de que estos hechos ocurrieran? ¿las trataba bien o como era el trato como las trataba él? BLAA: cuando yo lo conocí nos trataba bien y cuando sucedieron estas cosas ya me seguía tocando (...) ¿después de que lo llevaron a la cárcel cuéntanos nuevamente, yo sé que ya te pregunté, pero cuéntanos que paso en tu hogar, que dijo tu mamá, que hizo tu mamá? BLAA: cuando ya lo llevaron a la cárcel pues mi mamá dijo que le entregue una ropa y después cuando iba entrando al hospital ahí lo cogieron la policía y lo llevaron a la cárcel y cuando ya le avisaron a mi mamá ella se puso a llorar ¿ella cambió contigo después de que el señor L lo metieron preso, cambio, se puso brava, te dijo algo? BLAA: si dijo que por nuestra culpa estaba en la cárcel que teníamos que sacarlo de allá ¿ustedes hicieron caso de lo que ella les pedía de lo que les dijo que hicieran? BLAA: si le hicimos caso y después cuando ya le avisaron la razón que ya iba a salir de la cárcel pues yo me sentí triste que el

²² Interrogatorio de ADAA - Audio No. 52838600080620150000300_528383104001_3

*ya salía de la cárcel ¿ella les pidió que dijeran algo o que manifestaran algo para favorecer o para ayudar al señor L? BLAA: Si, ella nos decía que digamos que él no nos había violado, que él era buena gente con nosotros y que era cariñoso, que lo extrañábamos nos dijo **¿Qué dijo o que hizo su mamá cuando ustedes cambiaron lo que habían dicho anteriormente? ¿Ella que hizo, que dijo como se comportó, cambio o les dijo algo cuando ustedes cambiaron la versión de lo que dijeron?** BLAA: ella pues ella se sintió ya feliz **¿usted qué sintió, que sentiste tu al ver a tu mamá ya feliz por lo que habían dicho?** BLAA: pues yo me sentí mal porque esa era una mentira”²³*

Relatos ambos que contrastados con los interrogatorios rendidos por las menores a través de la defensoría de familia en audiencia de juicio oral, plasman integralmente que la variación de versiones realizadas por las menores víctimas únicamente tuvo ocasión a la manipulación y solicitud de la progenitora, quien tras ver a su compañero sentimental recluido con ocasión a la denuncia penal por las acciones lesivas desplegadas sobre sus hijas, repercutió en contra de quienes por su papel, tenía la responsabilidad de velar en salvaguarda y conexo a ello les obligó a rendir una versión contrastada a los dichos iniciales, pero que en igual medida y de manera posterior, ya en un escenario sin influencia de la figura de autoridad del hogar, retornó a la versión inicial, vista de ello lo manifestado y practicado en los interrogatorios vertidos sobre el juicio oral ante la judicatura de primera instancia.

Cuestionarios tales, que en valoración conjunta tanto con los dichos de la señora SLA²⁴, progenitora de las niñas, las opiniones periciales vislumbradas tras los interrogatorios de los peritos llevados a confrontación al juicio oral, entre ellos el psicólogo Víctor Oswaldo Peña Hernández²⁵ ante quien se llevó a las menores para rendir declaración tanto en la ocasión referente al cambio de versión en la cual quien presuntamente accedió sexualmente a ADAA fue su primo

²³ Interrogatorio de BLAA - Audio No. 52838600080620150000300_528383104001_4

²⁴ Récord 04:29 hasta 1:29:19 - Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_3

²⁵ Récord 37:33 hasta 1:36:52 - Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_4

alias “T” y una posterior atinente al retorno a la versión inicial, así como del forense Jhon Alexander Ortega Chamorro²⁶ (quien realizó el examen físico a las menores, resaltando de este, que da cuenta²⁷ que el segundo examen pericial fue ejecutado en petición del servidor judicial Diego Pedreros Ovalle, y a su vez, en retorno al tema preciso tratado en el contrainterrogatorio²⁸ y el redirecto²⁹ tomado a la ya conocida madre de las niñas sobre las exigencias de dinero y los pagos realizados por la familia de AZ al subintendente P tras la presentación ante las diversas entidades de versión con incriminación de alias “T”, no cabe duda para esta Sala que el mismo análisis que en otrora hiciera el juzgador de primera instancia, en efecto, se encuentra acorde a las probanzas allegadas al proceso y valoradas de manera integra a los hechos que señalan de manera evidente cierto vicio en el cambio de versión de las niñas por el cual se retiraba toda acusación sobre AZ.

A manera de énfasis, es claro de los elementos obrantes en el proceso, así como de las declaraciones y de más métodos de conocimiento probatorio sobre el caso, que en el asunto de cargo no solo se evidencia y presencia procesalmente la comisión de actos de aberrantes abusos sexuales sobre dos menores de edad, sino que de manera adicional, se presentan escenarios de total desprotección para

²⁶ Récord 3:59 hasta 1:13:51 para Directo de la Fiscalía y del récord 1:18:55 al 1:39:30 para Directo de la Defensa - Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_5

²⁷ “¿Por qué motivo usted realizó una segunda valoración sexológica de las menores víctimas? Por la petición que llega en medio físico la cual es radicada por el técnico forense y donde solicita una segunda valoración ¿me puede decir quien suscribía dicha petición? No la verdad no podría decirle quien ¿usted en su experticio creo que lo tiene consignado, puede verificar, al inicio del informe pericial? Si señora, DIEGO FERNANDO PEDREROS OVALLE, unidad de investigación de infancia y adolescencia Fiscalía General de la Nación Túquerres Nariño” – transcripción de audio No. 52838600880620150000300_528383104001_5

²⁸ Récord 1:16:13 Contrainterrogatorio de SLAM Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_3

²⁹ Récord 1:25:04 Re directo de SLAM Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_3 – se transcribe del audio original: Récord 1:28:29 “FISCALIA ¿ósea que usted si alcanzo a entregar plata? S: Ósea como a mí no a la familia de él le pidió - FISCALIA ¿Cuánta plata le alcanzaron a entregar? S: Como quince millones en pesos - FISCALIA ¿y la familia de quién era? S: La familia de L - FISCALIA ¿y porque pagaba la familia de L? S: No sé, ese man (sic) no decía para que era nada pero que tenían que darle esa plata y ya – FISCALIA ¿ósea que todo surgió a raíz de que ya apareció un nuevo autor de esos hechos? ¿Ósea cuando usted le dijo a la Fiscalía que el que le había hecho esas cosas a sus niñas era el T? S: Si”

las menores en cuanto a la transgresión negligente de su progenitora en su cuidado, la presencia de un ambiente de inseguridad al ser su mismo hogar el lugar donde ocurrieron los abusos, la innecesaria razón para edificar falacias por las víctimas en contra de su agresor en torno a que quien ostentaba la titularidad de corrección no era el señalado y la permisión posterior de quien teniendo el deber de su salvaguarda permitió su exposición a nuevos hechos de afectación en el aspecto físico y psíquico de las menores con daños que tal como refieren los peritos de cargo, no pueden ser catalogados de manera objetiva frente a estipular un grado de afección, *per se* pueden conllevar a traumas en el desarrollo de la vida de las niñas y adicional a ello el marco de corrupción observado en el asunto dada la incidencia maliciosa de dineros en manos de un funcionario público en contrariedad a la finalidad misma del sistema procesal penal.

Colofón de ello esta Corporación, al tema objeto de análisis, de la validez de las versiones de los hechos que al caso ya fueron contrastadas y el cuestionamiento hecho por el apelante, con base tanto en el examen minucioso de los elementos obrantes en el asunto, como de la práctica probatoria cernida sobre el juicio oral, asume como fundamento para el pronunciamiento el estudio de la primera versión de las mismas, esto es, en reiteración de lo ya esbozado, el valor de la primera declaración de las menores que en esencia se puede afirmar no hay una segunda versión por cuanto ellas han sido azas explícitas en la razón que las llevo a realizar aquella manifestación, claridad expuesta en la práctica de su testimonio.

Dando continuidad al estudio del asunto, en cuanto a la confrontación de los señalamientos en torno a la valoración probatoria realizada, el punto a seguir tiene que ver con las presuntas inconsistencias que se presentan entre las manifestaciones de la menor ADAA en lo referente a la penetración anal realizada por AZ en su contra y los resultados de

los análisis ofrecidos por medicina legal en el informe pericial No. UBTQRR-DSNRN-00043-C-2015 del 13 de febrero de 2015.

Al tema, es necesario transcribir lo plasmado en el informe en comentario sobre el tópico en particular:

“ESTOS HALLAZGOS AL EXAMEN FÍSICO SON CONCLUYENTES CON PENETRACION VAGINAL POR EL PENE ERECTO DE MAS DE 10 DÍAS DE EVOLUCIÓN.

*LOS HALLAZGOS A NIVEL ANAL NO SON CONCLUYENTES CON PENETRACION DE PENE ERECTO PERO NO DESCARTAN OTRO TIPO ACTIVIDAD SEXUAL RECIENTE A ESTE NIVEL.*³⁰

Del cual, en sede de la práctica probatoria testimonial en interrogatorio directo practicado por la Fiscalía, el doctor JOHN ALEXANDER ORTEGA CHAMORRO se refirió a tal aspecto en la siguiente forma:

“(…) ¿respecto a la valoración anal que usted le hace a la menor usted concluye que los hallazgos a nivel anal no son concluyentes con penetración de pene erecto, pero no descarta otro tipo de actividad sexual a ese nivel, explique su conclusión? Médico: Al realizar la valoración a este nivel pues no se encuentran lesiones que hayan podido ser recientes, que hayan podido ocasionar una lesión reciente y por eso se escribe lo que está en el dictamen, pero también no se desconoce que a nivel anal a veces se dan lesiones que dependiendo del tiempo pueden llegar a cicatrizar y no dejar ninguna lesión que nos muestre que haya habido dicha penetración anal. ¿es médica y patológicamente posible que la menor si haya sido sometida a sexo anal como ella afirma sin dejar ninguna huella? Médico: Medicamente si el tejido anal se comporta variablemente dependiendo de cómo sea en cada persona, en algunas deja cicatriz en otras no entonces es variable ¿siendo que la menor una vez entrevistada y en función de esta valoración refiere que fueron varias las veces que su padrastro la penetró con el pene por el ano no obstante al momento del examen no encuentra ninguna huella ello implica doctor Ortega que el

³⁰ informe pericial No. UBTQRR-DSNRN-00043-C-2015 del 13 de febrero de 2015 – Folio 124

tejido anal se puede regenerar con facilidad? Médico: No con facilidad, pero si con el tiempo, no podría decir por ejemplo que si una menor o cualquier persona es penetrada analmente hoy y yo la valoro mañana o pasado no encuentre nada, eso sí nos daría una probabilidad mayor a que no sea penetrada, pero si yo la valoro después de un mes, dos meses, tres meses entonces la probabilidad existe. ¿entre más relaciones sexuales anales se tenga el tejido anal puede volverse más elástico y con el tiempo ya ni siquiera produce fisuras? Médico: Si señora eso es correcto³¹

Este testimonio de perito se resalta no fue objeto de contradicción, objeción, solicitud de aclaración en la oportunidad procesal para ejecutar por la defensa en el contrainterrogatorio.

Lo anterior, para plasmar de manera evidente que las aclaraciones realizadas por el perito de comento, en nada distan ni se contrarían con los dichos de la menor ADAA en su declaración inicial ya conocida, toda vez que, si bien, ella manifiesta que AZ ejerció sobre ella actos de penetración vaginal y anal, y que en contraste, al examen pericial “LOS HALLAZGOS A NIVEL ANAL NO SON CONCLUYENTES CON PENETRACION DE PENE ERECTO PERO NO DESCARTAN OTRO TIPO ACTIVIDAD SEXUAL RECIENTE A ESTE NIVEL” (Subrayado fuera del original), tal afirmación encuadra, aun sin necesidad de la explicación vertida en el juicio oral por el perito, que tales afirmaciones decantadas del dicho de la menor con referencia a la penetración anal, no se ven descartadas por la ausencia de hallazgos físicos de mayor relevancia, y en contrario, permiten establecer que si ocurren pero que debido al paso del tiempo no existe huella de las mismas solo el dicho de la menor.

Mas aun cuando de los cuestionamientos para mayor claridad impetrados al perito legista, se advierte (i) la posibilidad de

³¹ récord 35:08 - Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_5 – Directo de Fiscalía a Dr. JOHN ALEXANDER ORTEGA CHAMORRO.

regeneración del tejido anal y aun de mayor relevancia, (ii) la incidencia de tal tópico con la permanente ejecución de tales actos, es decir, la afirmación final del perito sobre la tendencia a que el tejido anal se vuelva más elástico y con menor posibilidad de fisuras cuando la acción referente al sexo anal se ve recurrente en el sujeto pasivo del mismo.

Ahora bien, dentro del mismo campo de experticia, es decir, los hallazgos médicos físicos vislumbrados y plasmados en los informes periciales por parte del galeno de medicina legal de comento, el togado de cargo objeta el hecho de que se presente la concurrencia de la enfermedad venérea del papiloma humano sobre la menor BLAA y no en la integridad de su hermana ADAA; empero, al igual que el desarrollo del anterior punto, basta con la citación tanto de los acápites conceptuados en los documentos obrantes en el expediente, esto es, los informes periciales de clínica forense y lo expuesto del tema en el contradictorio del juicio oral por las partes en la práctica de la prueba.

Al efecto, el informe pericial de clínica forense No. UBTQRR-DSNRN-00043-2015 del 13 de febrero de 2015 tomado a la menor BLAA por el galeno legista John Alexander Ortega Chamorro preceptúa sobre el tema:

*“Presenta genitales externos con signos de contaminación venérea por las verrugas encontradas, a nivel de la vulva y partes internas con flujo vaginal fétido y sangrado leve, escasa, fétida con eritema signos de rascado sin señales externas de trauma genitales reciente a este nivel.”*³²(Subrayas fuera del original)

De lo cual, el informe de misma índole de radicado No. UBTQRR-DSNRN-00237-2015 del 01 de junio de 2015 tomado a la menor BLAA por el mismo galeno de comento preceptuó:

³² Folio 126

*“No presenta signos de contaminación venérea; estos hallazgos al examen genital excluyen una penetración vaginal por pene erecto, pero no contradicen una historia de otro tipo de actividad sexual a este nivel, que no haya dejado lesión física.”*³³ (Subrayado por la Sala)

Y que, sobre los informes periciales de clínica forense practicados a la menor ADAA de radicados No. UBTQRR-DSNRN-00042-2015 del 13 de febrero de 2015 y UBTQRR-DSNRN-00236-2015 del 1 de junio de 2015 respectivamente, no estipularon afección en su integridad de índole relacionada con la presencia de contaminación venérea, es decir, sin presencia de lesiones atinentes a enfermedades de transmisión sexual como en contraste si se presentó en su menor hermana.

Informes que, en principio esbozarían un panorama confuso para la interpretación (i) de la presencia real de enfermedad venérea o de contaminación de tal índole sobre la menor BLAA en razón a los hallazgos del segundo informe sobre el primero y (ii) de la presencia de la contaminación venérea únicamente en una de las hermanas aun cuando ambas se refiere la transgresión sexual por el mismo agresor.

No obstante, como aspecto fundamental para desatar tales controversias se tiene lo consignado en la práctica probatoria de los informes en comento, vertido por el perito ya mencionado, Dr. John Alexander Ortega Chamorro en la audiencia de juicio oral de la siguiente manera:

En un primer estado, dentro del directo realizado por la Fiscalía al galeno de cargo, siendo tal:

³³ Folio 120

“(...) ¿respecto a la menor BL en el acápite análisis, interpretación y conclusiones encontramos que presenta genitales externos con signos de contaminación venérea por las verrugas encontradas a nivel de la vulva y partes internas es indicativo que estamos frente a una enfermedad de transmisión sexual, la misma tiene que ver con el virus del papiloma humano? Médico: Si señora es correcto ¿y eso es de transmisión sexual? Médico: Si señora (...) ¿siendo que las hermanitas A fueron abusadas sexualmente por parte de su padrastro LAA y respecto a AD no presenta signos de contaminación venérea, médica y científicamente puede ocurrir que dicha venérea haya sido adquirida con una sola víctima siendo el agresor el mismo? Médico: Si, como lo dije antes es muy variable entonces en el momento del examen realizado a la menor AD no presentaba lo que no quiere decir que en un futuro las presente o que tenga un estadio temprano de la enfermedad o depende también del sistema inmune o de defensa de cada persona, en unas personas se desarrolla antes que en otras precisamente por ese sistema inmune ¿es posible que AD pueda tener este tipo de venérea pero en este momento no se le ha desarrollado? Médico: Si es posible (...) ¿Doctor se hace necesario saber si en esta segunda valoración practicada a la menor BL arrojó las mismas conclusiones de la pericia realizada el día 13 de febrero de 2015? Médico: En este caso no, ya que en el momento no presentaba las lesiones verrugosas presentes en el primero y tampoco presentó el desgarramiento himeneal (...) ¿así mismo en el primer examen le encuentran a la niña una enfermedad de contaminación venérea, en la segunda pericia donde usted dice que evidentemente fue quien la materializó esta infección ya había desaparecido? Médico: Si señora es correcto ¿científicamente es viable que con un tratamiento la enfermedad de transmisión sexual desaparezca? Médico: Muy viable como dije anteriormente y después de seis o siete meses que yo la valoro con tratamiento puede desaparecer, incluso sin tratamiento puede desaparecer dichas lesiones ¿y ya pueden esas lesiones que desaparecen de carácter permanente o nuevamente hay posibilidad de que vuelvan a aparecer? Médico: Hay muchas posibilidades de que vuelvan a aparecer, de hecho, es una enfermedad viral hasta cierto punto benigna pero crónica y se comporta en ese sentido aparece, se quita, vuelve y reaparece por eso las pacientes tienen que estar en un tratamiento continuo con el especialista”

Y de manera conexa, a lo tratado en el directo realizado por la Defensa, veamos:

“(...) ¿esas verrugas vulvares de las que usted hace referencia en el reconocimiento médico se puede asimilar al papiloma? Médico: Son papiloma ¿en un sentido estricto y concreto porque no nos explica la contradicción del primer concepto y del segundo concepto que usted emitió con relación a la menor BLAA? Médico: Repito lo que dije anteriormente, la enfermedad venérea es muy variable y tiene multiplicidad de tratamientos, en el primer concepto médico evidentemente eran visibles unas verrugas no confluyentes, en el segundo concepto médico ya no son visibles porque pudieron haber sido tratadas o porque pudieron haber cedido por el sistema inmune de la paciente, pudieron haberse ido solas, cualquiera de las dos pudieron haber pasado (...) ¿el papiloma solo se trasmite por contacto sexual o tiene otra forma de transmitirse? Médico: Vía sexual ¿únicamente con penetración? Médico: No, vía sexual, no estoy diciendo penetración vía sexual puede ser por contacto sexual, incluso en la literatura hay casos en los que con el solo tocamiento puede haber transmisión ¿ósea hace referencia al rozamiento del pene con la vagina? Medico: sí, no necesariamente penetración”

Línea de la cual, se vislumbra sin mayor dificultad lo preceptuado tanto con ocasión a la prueba pericial practicada por la Fiscalía, como a la misma experticia practicada por la Defensa la clara especificación y desarrollo de los interrogantes planteados, esto es, que frente a la presencia de la contaminación venérea en la menor BLAA a través del tiempo (desde el 13 de febrero de 2015 en que se realizó la primera experticia y el 1 de junio de 2015 en que tuvo lugar la segunda valoración) tal variación en los hallazgos pudo tener cabida en tenor al carácter de variabilidad que posee la condilomatosis, esto es, que pueda presentarse y ocultarse con ocasión a tratamientos o aun sin ellos por el transcurso del tiempo, sin perjuicio esto de que signifique

una ausencia posterior de la enfermedad o una imposibilidad de que la misma se vuelva a presentar en el devenir de la vida de la menor.

Hecho anterior, que no solo ratifica lo plasmado en el primer informe rendido sobre la menor BLAA, sino que no descarta en ningún momento que la ausencia de los síntomas de la contaminación venérea en el segundo informe signifique que la misma nunca existió.

Adicionalmente, frente al foco de confrontación propuesto por el defensor de AZ, se tiene que la ausencia de sintomatología referente a la condilomatosis en la menor ADAA, frente al aspecto por el cual ambas menores fueron transgredidas por el mismo individuo, encuentran sustento científico avalado por el perito de cargo en la misma naturaleza del papiloma humano, esto es, la forma particular en que se presenta y los factores de variabilidad que puede tener según cada individuo, aunado al hecho de que tal enfermedad únicamente tiene posibilidad de contagio con relación al contacto sexual, mismo que no se limita a la penetración sino que tal como el derrotero de agresiones de esa índole, tiene cabida en contactos conceptuados como actos sexuales distintos del acceso carnal.

Conexo a ello que el testimonio pericial rendido por el galeno John Ortega, aun siendo objeto de directo por cada una de las partes, contrainterrogatorio y re directo respectivamente, fue enfático y firme frente al aspecto de comentario, esto es, que la intermitencia de los síntomas visibles de contagio y la presencia de la enfermedad en una de las menores en ningún momento era un factor que excluyera la presencia de un abuso sexual a ambas niñas por parte de un solo agresor sexual.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los dos aspectos señalados en contra del juicio de valor asignado al material probatorio anexo y

practicado en el caso versan (i) sobre la valoración psicológica del doctor OSWALDO PEÑA en lo atinente al señalamiento de la menor ADAA en el informe pericial como una menor con “fantasías sexuales” y las implicaciones de tal postulado frente a los hechos investigados en el proceso judicial contra AZ y en misma línea, (ii) sobre la incidencia de las presuntas relaciones sexuales de ADAA con su primo alias “T” y con respecto a la teoría del caso defensiva, ambos tópicos se analizarán en primer medida con base en el informe pericial de psicología suscrito por el galeno de mención y posteriormente se complementará el segundo aspecto con los aportes asignados por los demás medios probatorios.

En principio, al primer tópico, el informe pericial de psicología forense DSNRN-DRSOCCDTE-07093-2015 del 19 de octubre de 2015 realizado a la menor ADAA refiere:

“INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS - ANALISIS (...) le narra a su madre que quien la había accedido era N y no L. La menor manifiesta “...y me cogió y comenzó a tocarme la vagina y me introdujo (sic) el pene , en la vagina, sentí dolor, y le decía que pare y él decía que espere, después me quedo doliendo y entonces yo le dije porque me hace eso y él no me respondió y siguió hablando, me decía lo mismo, no vaya estar avisando, si no a su mamá el mando a la cárcel como él tienen gente por allá abajo los papás tienen, entonces el me dijo que no vaya avisar o a su mamá la mato o la mando a la cárcel. La vagina quedo como con una salivita, era como amarilla, era como especita, olía a feo, como a podrido, esa salía del pene de él... No me acuerdo de todas. Me acuerdo la otra vez a dentro ahí me dolió durísimo, me acabo de acordar, siempre me decía esas palabras que no vaya a decir a mi mamá, a la otra me acuerdo un poquito y ya no me deje hacer, le dije que pare, no me siga haciendo, ya no quiero que me haga eso y desde ese momento saco la plata...y otra vez me dijo que la saque a mi hermana y ella abrió la puerta y él se metió debajo de la cama, yo le dije que ya se había ido el “T”, y lo encontró debajo de la cama. El me besaba la vagina, me cogía y me echaba babas y me sobaba con la mano, en la vagina ...El me dijo que mintiera sobre L, que dijera cosas malas, que él me había

hecho las verdaderas cosas que él me ha hecho, que me ha violado, me ha tocado, me ha introducido el pene, cuando mi mamá se entero le dije, y ya...”
(...)

Los hallazgos de la entrevista psicológico forense practicadas a las menores hermanas DA y BL AA (sic), que la menor DA tiene fantasías sexuales que se vislumbra es sus antecedentes, además presenta signos y síntomas de tener una conducta problema, desacato a normas pre establecidas por lo tanto requiere de valoración y tratamiento psicológico donde pueda ventilar, clarificar y elaborar los sentimientos y disfunciones asociados con los hechos referidos.”³⁴ (Subrayado fuera del original)

De lo cual, adicionada la explicación realizada por parte del psicólogo de cargo en el decurso del interrogatorio como prueba del ente persecutor se observa lo siguiente:

“¿doctor, a las conclusiones a que usted llega respecto de la menor AD donde dice que tiene fantasías sexuales yo le pregunto doctor una menor de 11 años puede tener fantasías sexuales con lo que efectivamente dijo y sobre todo remitiéndome a lo que le dijo a la mama y lo que dijo en su entrevista de haber sido accedida en varias oportunidades, que tuvo penetración en su vagina, habla de dolor, habla de semen, eso puede ser producto de su imaginación o fue lo que realmente le hicieron vivir? Sicólogo: Es muy difícil determinar es difícil decir que una menor pueda hablar en este sentido, sobre todo los menores no hablan de semen o de la constitución del semen, de cómo es porque no tienen conocimiento a no ser que hubieran visto unas películas pornográficas o algo por el estilo, además los menores tampoco se refieren ni al olor, porque eso tendrían que haber sido vivenciado para poderlo determinar que es un olor fétido como ella lo manifiesta ¿ósea doctor usted corrobora que evidentemente lo dicho por la menor fue lo que le hicieron vivir? Sicólogo: Correcto.”³⁵

³⁴ Folio 112

³⁵ Récord 53:58 Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_4 – Interrogatorio directo de la Fiscalía sobre el Dr. VICTOR OSWALDO PEÑA HERNANDEZ

A lo cual, en misma sede, bajo la figura del contrainterrogatorio el Defensor de AZ obtuvo del psicólogo de medicina legal lo siguiente:

“(…) ¿dentro de sus conclusiones y con referencia a la menor ADAA usted expone de que ella tiene fantasías sexuales Explíquenlos claramente ese término y qué compone ese término dentro de una menor de esa edad? Sicólogo: Es difícil encontrar una niña de esa edad que comience a hablar sobre una relación sexual sobre una penetración hablaba ella, “lo que pasa es que el me penetro, pero lo raro era que yo no sangraba” si, una niña de esa edad hablando en esos términos es raro, hablar de semen es raro, hablar del olor del semen es raro, de ahí viene, de donde nace eso? ósea que ella su léxico no es para una niña de esa edad ¿se puede decir que ya tenía conocimientos anteriores a eso? Sicólogo: Correcto, había un conocimiento, había un saber o había una vivencia porque como ella manifestaba que era T porque a una menor preguntarle sobre el olor son cosas que una menor no puede referir, pero ella manifiesta un olor y manifiesta una textura, entonces no ¿en este caso se podría asegurar de que ella ya tenía antecedentes sobre eso, es decir el olor o esas vivencias para concluir en esto? Sicólogo: Correcto”³⁶

Y de manera adicional se complementó en el re directo ejecutado por el ente persecutor, lo siguiente:

“(…) ¿respecto a una de las preguntas que hace la defensa cuando habla de imaginación por parte de la menor BL y se refiere a que evidentemente lo que ella manifestó fue porque ya le habían hecho vivir no tanto como antecedente sino como nos remitimos al momento preciso al que la niña fue abusada es decir que ella hace referencia es a lo que vivió, a lo que percibió a lo que olo? Sicólogo: Correcto una menor para poder expresar que hubo una penetración o no, tuvo que haberlo vivenciado porque ni siquiera ellos en su vida pueden hacer una comparación, digamos que va a saber una niña a que olor tiene el semen, entonces eso es parte de que tuvo que haberlo vivido como tal ¿una niña que no ha sido abusada sexualmente puede hablar de que sintió dolor?

³⁶ Récord 1:20:30 Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_4 – contrainterrogatorio de la Defensa sobre el Dr. VICTOR OSWALDO PEÑA HERNANDEZ

Sicólogo: Por lo general digamos eso no porque ellos no saben que es, porque cuando le refería algo así como “no te preocupes que hay esta penetración, te quitamos la telita y listo ya no te va a doler más”, más o menos es lo que le refería, es decir ellos tienen que haberlo vivenciado para poderlo expresar.”³⁷

Y que, en valoración inicial de los hechos por parte del A quo, dio cuenta al respecto:

“(…) Y si bien es cierto algunos niños pueden mentir o fantasear frente a conductas sexuales, lo innegable en nuestro caso, es que las víctimas utilizan expresiones que no pueden ser inventivas, tal como nos lo asegura el Médico Psiquiatra forense, especialista que menciona que una menor que no haya sido accedida difícilmente podría hablar de color, olor del semen y características del pene de su atacante, particularmente que tenía verrugas. Es un testimonio técnico, especialista en la materia, con mas de veinticinco años, de allí que atrevido sería no valorar su dictamen, amen de que no fue desvirtuado por otro profesional en la materia. (...)”³⁸ (Subrayado por la Sala)

En ese orden de ideas, para esta Sala de decisión respecto al tema de apelación encuentra que la valoración realizada por la primera instancia resulta atinente a la fortaleza del testimonio técnico del doctor Oswaldo Peña vertido en la práctica procesal en el decurso del juicio oral, que *per se*, no solo sustenta peso probatorio en las versiones dadas por las menores en lo atinente a la credibilidad de los dichos iniciales y sobre ello, a los vicios que tuvo la retractación, así como al tenor literal, al sustento por el cual, las “fantasías sexuales” de que habla el perito, en ningún punto se interpretan ni se observan bajo el velo que el defensor pretende poner en el foco de la judicatura, pues es de resaltar, el apoderado de AZ, busca ceñir un manto equívoco sobre una presunción de una vida sexual avanzada en la menor AD y por tanto una imaginativa tendiente a generar una imputación negativa

³⁷ Récord 1:33:00 Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_4 – redirecto de la Fiscalía sobre el Dr. VICTOR OSWALDO PEÑA HERNANDEZ

³⁸ Folio 185

sobre AZ, situación que es por demás diferente al concepto dado por el perito de cargo, por cuanto expresó que el termino de “fantasías sexuales” dan cuenta de la verdad en la ocurrencia de tales hechos sobre la integridad de la menor, pues una infante que no ha sufrido tales vejámenes no tiene conocimiento específico referente a color, textura, olor y sensaciones de dolor o molestia específica, pues el único medio para que poseer conocimiento del tema recae en una experiencia netamente empírica de tales hechos.

Planteamiento que se encadena secuencialmente con el último aspecto a determinar, esto es, los señalamientos atinentes a que la concurrencia de presuntas relaciones sexuales de la menor ADAA con su primo N alias “T” y su incidencia sobre los dichos por los cuales tanto la niña ADAA como su hermana BLAA inculpan a AZ como autor de las conductas sexuales desplegadas en su contra.

De lo cual encuentra que tal precepto tiene relación con lo aclarado ya por esta Sala acerca de la plena credibilidad atestada a los dichos iniciales de las menores y en contrario de ello, los vicios, inconsistencias y debilidades halladas en la versión de retractación promulgada por las niñas, no es menester dar recuento específico a todo el marco fáctico que envuelve tal situación, refiriendo entonces un acápite preciso de la sentencia condenatoria expedida por el juzgador de instancia sobre el asunto referente a las relaciones sexuales que presuntamente ocurrieron entre la menor ADAA y su primo alias “T”, esto en los siguientes términos:

“Ahora bien, es posible que la menor AD haya tenido otros encuentros sexuales, se menciona a un familiar conocido como “el t”, de lo que debe tomar nota la fiscalía; pero ello, per se, no desvirtúa que A también haya abusado de la menor, tal como se ha demostrado, pues su exposición no se

advierte fantasiosa, mas bien es vivencial, se ajusta a una realidad vivida.”³⁹
(Subrayado por la Sala)

De la que, del decurso del redirecto tomado al perito psicológico la Fiscalía General de la Nación sin mayor contradicción alguna obtiene la siguiente explicación sobre las conclusiones finales del primer informe forense analizado y adherido al juicio sobre la menor ADAA:

“¿De lo dicho por la defensa cuando usted sugiere una nueva investigación respecto de los actos abusivos cometidos por alias T pues porque evidentemente usted en ningún momento descarto como autor a LAA de similares hechos? Sicólogo: NO en ningún momento estaba descartando, más bien por eso decía, el cambio de actor que había, entonces yo como tenía ese, estaba basado en lo que ella me decía no podía yo de otra manera porque ella dijo dos veces con T y después dijo hartas entonces a uno le queda como que.. cuantas fueron con T, cuantas fueron con L o que hubo esa fue el objetivo. (...)”⁴⁰ (Subrayado por la Sala)

Situación de la que nuevamente se puede inferir el adecuado manejo dado en por el sentenciador primario en el sentido de encontrar una correcta correlación de los elementos materiales probatorios sobre el tópico específico y más allá de esto, una interpretación objetiva y basada en experticias técnicas con alto grado de aceptación y sin mayor discernimiento en este juicio; sin embargo, la premisa de que en el caso de cargo, de acuerdo a las versiones e interpretaciones periciales observadas en el asunto, concurre la presencia de actos lesivos por parte de AZ, pero en igual medida puede hallarse culpabilidad de otros actos de misma naturaleza, no excluyentes entre sí, por parte del primo de la menor, situación que en reiteración tanto de los galenos como del juzgador primario, esta Colegiatura considera deben ser investigados por el ente persecutor.

³⁹ Folio 185

⁴⁰ Récord 1:33:00 Audio No. 52838600880620150000300_528383104001_4 – redirecto de la Fiscalía sobre el Dr. VICTOR OSWALDO PEÑA HERNANDEZ

Como corolario respecto de los cuestionamientos basados en el principio de “*in dubio pro reo*” y en igual línea, al análisis de la teoría del caso de la defensa frente al material probatorio y su práctica en el juicio oral, así como la superación de los postulados señalados como presuntos yerros procesales en el decurso del asunto, esta Sala de decisión penal resalta el carácter de equivoco que se presenta sobre las afirmaciones vertidas como manto de duda por el defensor de confianza de AZ, lo anterior, en cuanto a que se demuestra más allá de toda duda razonable la ejecución de acciones sexuales sobre las menores ADAA y BLAA, para la primera, acciones determinantes al acceso carnal⁴¹ y a la segunda, actos⁴² sexuales de diversa índole, realizadas por el acusado LAAZ.

Sustento de lo anterior, que este Tribunal proceda a confirmar en integralidad el fallo plasmado en la sentencia condenatoria del veintisiete (27) de junio de 2017 proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N) en contra de LAAZ por las razones plasmadas en el decanto anterior.

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:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integralidad la Sentencia condenatoria proferida en contra de LAAZ el 27 de junio de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N).

⁴¹ Artículo 208 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano.

⁴² Artículo 209 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano.

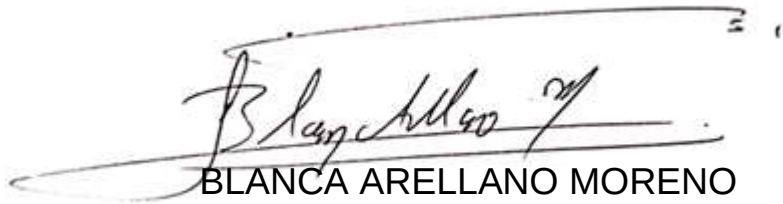
SEGUNDO: Se notifica en estrados y se informa que en contra de esta determinación cabe el recurso extraordinario de casación, que debe interponerse en los 5 días siguientes a la notificación.

TERCERO: A su ejecutoria devuélvase el asunto al despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase



HECTOR ROVEIRO AGREDO LEON
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

1043



SILVIO CASTRILLON PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 118

**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 30 junio del cursante, mediante Acuerdo PSCJA20-11567, 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, 16 de septiembre de 2020.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

Proceso N°: 528386008806201500003-1
No. Interno: 22773
Conducta Punible: Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años y otro
Acusado: LAAZ