

ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS E INCESTO – Se configura: se acreditaron todos los elementos para condenar al investigado.

“(…) no queda duda para la Sala que se ha demostrado que existen unos comportamientos que se adecuan a lo normado en el artículo 209 del C. Penal, denominados como actos sexuales abusivos con menor de 14 años agotados en la menor MGJ cuando ella contaba con 4 años de edad (…) por ello podemos hablar de una autoría de forma directa realizada, porque ha sido un ejercicio voluntario de su actuar, le era natural que comprendiera que a su edad la menor no podía tener comprensión de la naturaleza de tales actos y pese a ello dirige su albedrío hacia tales actividades ilícitas es por lo que se lo encuentra responsable penalmente de estos hechos (...). De la misma manera al realizarse el acto entre los miembros de la familia, como lo señala el artículo 237 del estatuto de las penas, con un descendiente se consuma también el delito de incesto”.

CONCEPTO DE “CORROBORACIÓN PERIFÉRICA” – Se aplica en este asunto, por tanto, se hace más creíble la versión de la víctima.

“Como con anterioridad se indicó la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de corroboración periférica, traído de la jurisprudencia española, dado que como se itera los sucesos de esta naturaleza ocurren a escondidas, en solitario, donde no hay mas evidencias que las que en la persona quedan, es por ello que la manifestación de su estado emocional, la afectación que presenta la menor y que ella a la edad con que ahora cuenta la atribuye al acto realizado por su padre, no deja duda que se ha presentado, y que el escenario fue la casa de aquel ubicada en el barrio LC, lugar donde la llevaba y que también lo aceptó el acusado que cree que en 10 oportunidades la menor estuvo en su casa, y que señaló la progenitora del acusado que él tenía su pieza separada, que se deduce lugar donde debía llegar la menor por ser hija de aquel, pero que la menor ha manifestado que no quiere regresar a la casa de su padre porque le da miedo”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	520016000485200905362-01
Número Interno	:	5300
Conducta Punible	:	Acceso Carnal Abusivo con menor y otro
Sentenciado	:	DAGA
Decisión	:	Revoca Sentencia
Aprobado	:	Acta N° 143 de 26 julio de 2021

San Juan de Pasto, treinta de julio de dos mil veintiuno

(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

En esta oportunidad corresponde que la Sala estudie el recurso de apelación que formuló el representante del ente instructor en contra de la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020 por medio de la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto (N), absolvió de los cargos presentados en su contra del señor DAGA.

1. Los hechos

De acuerdo con lo que se ha narrado en el presente proceso penal, se señala a DAGA como padre de la menor MGJ, de realizar con ella un juego denominado de la “serpiente rosada”, ejecutado en la casa del mencionado ubicada en el barrio LC, también en los baños del establecimiento comercial A; el juego consistía en tocar las partes íntimas y ponerla en las piernas de la menor, aquel elemento a decir de la infante era el miembro viril de su padre; de la misma manera se señala maltrato, de dejarla encerrada en el cuarto en casa de su abuela paterna donde residía e irse con los amigos. Se señala que de contar lo realizado daría muerte a la mamá o a los abuelos maternos. Que estos hechos se presentan para mayo o junio del año 2009 cuando la menor tenía escasos 4 años, lo cual generó miedo en regresar a la casa del padre.

2. Antecedentes procesales y providencia impugnada.

2.1 El día 24 de agosto de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto, se realiza la audiencia de formulación de imputación por los punibles de acto sexual con menor de 14 años e incesto de los artículos 209 y 237 del código penal. No se solicitó audiencia para imposición de medida de aseguramiento.

El día 22 de noviembre de 2016 fue presentado el escrito de acusación ante el Centro de Servicios de Pasto, correspondiendo en reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad su conocimiento, realizando la audiencia de formulación de acusación el día 25 de octubre de 2017 la que se desarrolla conforme los artículos 339 y siguientes del procedimiento penal, formulando cargos por los delitos de Acto Sexual con Menor de 14 años e incesto, en concurso.

Se realiza la audiencia preparatoria el 1º de agosto de 2018, teniendo como derrotero el artículo 356 de la Ley 906 de 2004 referida al descubrimiento de los elementos materiales probatorios, su enunciación, las estipulaciones, la posibilidad de allanamiento a los cargos por el acusado y la solicitud probatoria.

La audiencia de juicio oral se realiza en 4 sesiones, los días 22 de octubre de 2018 y 11 de marzo de 2019 para iniciar y practicar las pruebas del ente acusador; los días 22 y 23 de julio de 2019 para la práctica de las pruebas de la defensa. Los alegatos de conclusión se realizan el día 19 de septiembre de 2019, el sentido del fallo se profiere el 1º de junio de 2020 de carácter absolutorio, y la sentencia se emite el 16 de diciembre de ese año.

2.2 En cuanto a la providencia impugnada, una vez se recordaron los fácticos del asunto, la individualización del procesado y las intervenciones presentadas en los alegatos de conclusión se procedió a efectuar el análisis y valoración de los elementos probatorios.

Para el efecto, trajo a colación la importancia del pronunciamiento, esto dado que es una mujer la que se refuta víctima de una agresión sexual a una corta edad y por parte de su padre; no obstante, desde un principio sentó que la Fiscalía no había logrado cumplir con el compromiso planteado de llevar al juzgado a un convencimiento más

allá de la duda razonable, generándose así una duda sobre la responsabilidad endilgada que debía resolverse en favor del procesado.

Seguido a ello trajo a colación el material probatorio obrante en el expediente, comenzando por el relato de la menor, las conclusiones aportadas por la psicóloga URI; de ésta última destaca que fue la profesional que determinó la necesidad de prestar una atención por psiquiatría forense, pues encontró la existencia presuntamente una influencia de la madre de la presunta víctima en la versión de lo hechos; así mismo, que aludió a la presencia de un lenguaje adulto morfo, pues dio una explicación detallada sobre las serpientes, dónde viven, y que, pese a que la menor habla de un juego, la mamá señala que esas cosas no existen, generándose la confusión que ameritó la valoración por otra especialidad.

Destaca que, a juicio de la profesional, la menor vivió dos momentos, uno, frente a la presencia de la serpiente rosada y otro conforme a lo que la mamá le ha explicado, empero nunca se aportó la entrevista respectiva pese a que la víctima se presentó a declarar, por lo que, siguiendo la línea de la Corte Suprema de Justicia, esas apreciaciones no pueden ser consideradas en juicio oral.

Insistió en que de la valoración psicológica puede extraerse lo que aquella apreció al momento de entrevistar la menor, existiendo puntos conflictivos entre los recuerdos propios de la niña y lo que fue implantado por la madre, estando frente a una alineación parental. Suma que la profesional advirtió que no podía determinarse si las afectaciones psicológicas actuales son compatibles con conducta de tipo sexual o con la patologización que la madre le generó a la niña, último aspecto que además de formar parte del concepto que emitiera el psiquiatra presentado por la defensa, cuya conclusión no fue objeto

de contradicción, no fue objeto de pronunciamiento por parte del profesional de la misma especialidad aportado por la Fiscalía, pese a que se preguntó sobre el mismo en el contrainterrogatorio.

Agrega que las manifestaciones del último testigo en mención de 8 de abril de 2010 son escasas y limitadas, en tanto que sólo refiere que el tratamiento psicológico surtió efecto, sin que exista prueba de que el mismo se realizó, máxime cuando el psiquiatra no aduce siquiera que conoció la historia clínica o el seguimiento realizado, al turno que tampoco analizó la entrevista a la que hace alusión la psicóloga.

Continúa con el análisis de la opinión pericial y se cuestiona sobre los hechos posteriores narrados por la menor y que presuntamente tuvieron lugar en los baños públicos del supermercado A y frente a un abandono en un establecimiento público – asadero, indicando que se pueden considerar inverosímiles, pues, de un lado, son sitios de pública concurrencia, donde cualquier persona pudo notarlos, y de otro, la menor no recuerda cómo es la casa de su padre, donde presuntamente se incurrió en el ilícito con más frecuencia, y sí lugares públicos en donde estuvo una sola vez.

En línea con lo anterior, señaló que es difícil determinar hasta qué punto las vivencias referencias por la menor corresponden a lo realmente sucedido o producto de las interpretaciones y explicaciones que le hiciera la madre.

Explica que para lo anterior tampoco ayuda la declaración rendida por el psicólogo CAIVAS que conceptuó sobre la menor en un proceso de restablecimiento de derechos, pues basó su valoración en el relato que hiciera la madre de la niña, y que, aunque la declaración del médico forense si tuvo en cuenta la información que se recibió de la

menor, tomando en cuenta apartes de la entrevista psicológica, ésta última no se aportó al proceso y por tanto no puede ser corroborada.

Agrega que no puede desconocerse que se está frente a una relación conflictiva entre los padres de la menor dado que ya no mantienen su relación sentimental, que el papá tiene una nueva familia y que no cumple con sus deberes económicos, aspecto que podría ser un detonante para que se llegue a la venganza a través de la manipulación de la menor.

Finalizado ello trajo a colación la declaración de VLS, antigua pareja del procesado, quien manifestó que aquel recibía llamadas amenazantes, que cuando visitaba a su hija, la llevaba a la casa de sus padres, por lo que nunca estuvieron solos; a continuación, recordó los siguientes testigos que también aludieron al buen comportamiento del procesado y la presencia de conflictos con la antigua pareja, y señaló que tal aspecto no fue desvirtuado.

Después recordó que la Fiscalía fincó la presunta responsabilidad del procesado en un correo electrónico remitido el 25 de enero de 2010, en el que pedía perdón, acto que según la madre a lo menos surgieron porque a la sazón ya tenía conocimiento de que la niña había relatado lo sucedido; en contraposición a ello recuerda que según los testigos el procesado conoció del asunto cuando le llegó la citación de la Fiscalía, misma que se generó con posterioridad al acto de disculpas, quedando lo anterior en la esfera de la especulación.

Frente a lo anterior, afirma la *a quo*, lo que quedó demostrado fue el cariño que el procesado predica para su hija, aspecto que se refuerza con el concepto que emitió el psiquiatra respecto del procesado y con lo expuesto sobre el tema por otros testigos aportados por la defensa.

Agrega que, aunque los hechos como los que concitan el estudio no suceden a la luz pública, aspectos como las presuntas agresiones, como encierros, difícilmente pasarían desapercibidos en un ambiente donde residen varias personas, entre ellos, la abuela, tía, primos de la menor.

Con lo anterior y a manera de conclusión refiere que si bien es cierto tiene especial importancia la versión de la víctima, la misma debe ser evaluada en conjunto con la totalidad del conjunto probatorio practicado en el juicio oral, siendo que, para el caso, el dicho de la menor no cuenta con respaldo probatorio, no solo porque no se puede determinar de su declaración que hace parte de lo dicho por sí misma y qué se encuentra sesgado por la intervención de la madre.

Así mismo, explica que los conceptos rendidos por los peritos del ente acusador presentaron falencias que les restan poder suasorio y son insuficientes para sustentar la teoría de la Fiscalía.

En el anterior contexto, concluyó que no existe un grado de confirmación probatoria necesaria para superar el estándar probatorio que permita superar el límite de la duda razonable, por lo que procedió a privilegiar la presunción de inocencia, emitiendo un fallo absolutorio.

3. Sustentación del recurso e intervención de las partes

3.1. La Fiscalía como recurrente

El señor Fiscal 52 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Pasto, inconforme con la decisión de primera instancia, la apela buscando un fallo condenatorio, como sigue:

Recordó el fundamento principal para emitir la sentencia absolutoria indicando que se basa en el supuesto de que la menor fue manipulada por su madre para declarar en contra de su padre, esto, sin contar con el suficiente soporte probatorio y haciendo una interpretación parcial de la prueba que desfiló en juicio.

Destaca que en la declaración rendida por la psicóloga del CTI se dejó claro que la niña afectada sí mostraba signos o síntomas relacionados con maniobras sexuales realizadas en su contra, pero que se requería la intervención del psiquiatra forense para delimitar el alcance de la intervención de la madre, quien en el juicio dejó claro que lo que buscó fue encontrar una explicación razonable frente a lo expuesto por la menor, esto, teniendo en cuenta la edad de la menor que le impedía tener comprensión de los temas sexuales.

Descarta que exista una intención de inculpar al procesado por unos actos no realizados, pues de ser así el camino más fácil era inducir a la menor para que cuente de manera directa que el padre le había tocado las partes íntimas y no acudir a historias propias de la mente infantil, como lo es hacer alusión a la “serpiente rosada”, agregando que el relato de la menor cuando concurrió a declarar, pese a haber transcurrido 10 años, es persistente, aspecto que no se valoró por la primera instancia.

Indica que también se perdió de vista que el hecho causó un grave daño psicológico a la víctima, al punto que lo sigue recordando a pesar del tiempo transcurrido,

Cuestiona que se tache de inverosímil los hechos relatados frente al presunto abuso ocurrido en el baño público del supermercado A y el abandono en un asadero, arguyendo que son lugares de amplia concurrencia donde alguien se pudo percatar de lo ocurrido,

explicando que, frente al primero, no es un lugar de acceso al público, por lo que no pudo ser observado por otras personas, y frente a lo segundo, no se ahondó en el interrogatorio de juicio sobre lo ocurrido con posterioridad, por lo que no es válido restarle credibilidad al dicho de la menor, sólo por no recordar cómo era la casa de su padre, máxime cuando el concepto del psiquiatra forense dejó claro que no existían alteraciones emocionales que sugieran la ausencia de credibilidad en las acusaciones de la niña, aspecto que tampoco se tuvo en cuenta por la primera instancia.

Finalmente aludió a que en el caso no se probó durante el juicio oral que se esté frente a la figura de la alineación parental, así como tampoco que la acusación haya derivado de las desavenencias presentes entre los padres de la menor, pues, aunque se conoce que tal relación no se consolidó, la madre afirma que su pretensión se limitaba a que el padre asumiera sus deberes como tal, y que continuó con su vida sentimental con otra persona.

Así mismo, indica que de los testimonios aportados por la defensa y que aluden a las desavenencias, dos de ellos, el de la actual pareja del procesado y un amigo, señalaron no conocer a la madre de la menor, y la última, madre de DAGA, lógicamente buscaría favorecerlo, por lo que no es prueba suficiente para llegar a la conclusión que sobre el tópico extrajo la primera instancia.

3.2. El Ministerio Público como no recurrente

El señor Procurador 144 Judicial II Penal, se pronuncia frente a la apelación presentada por la Fiscalía, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, en tanto que no es posible emitir una sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que

conduzca más allá de toda duda razonable de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Explica que, en el caso, la Fiscalía argumenta que la madre de la menor buscó dar una explicación racional a las manifestaciones de la menor frente al juego de la “serpiente rosada”, fruto de lo cual, según el informe de la psicóloga CAIVAS, la progenitora tuvo múltiples intervenciones generando en la niña un lenguaje adulto morfo, creando un relato confuso.

Destaca el estado emocional de la madre de la menor frente al fracaso de su relación con el padre de la misma, aunado a la presencia de una nueva pareja para aquel.

Así mismo, el testimonio rendido por el perito forense Fernando Alfonso jurado, según el cual los menores no fantasean sobre lo vivido sexualmente, por lo que necesitan una vivencia, por lo que, sin aquella, su explicación deviene de una patologización que se había detectado en un principio por la profesional en psicología, generando que el relato de la menor se creó o basó en las explicaciones dadas por la madre.

Finalmente hizo amplia acotación jurisprudencial sobre el principio de presunción de inocencia y la sana crítica.

3.3. La Defensa como no recurrente

José Abdón Botina Insuasty, representante judicial del procesado, se manifestó sobre la apelación presentada por el ente acusador, buscando que se confirme la decisión adoptada en primera instancia.

Para sustentar su postura afirmó que la Fiscalía no logró demostrar su teoría del caso respecto de la existencia del delito y menos sobre la responsabilidad el procesado, base sobre la cual la primera instancia emitió la sentencia absolutoria.

Explicó que una de las bases de esa decisión fue la existencia de una alineación parental, por lo que es posible que la menor aprendió un discurso en el que da a entender la existencia de posibles actos sexuales de los que fue víctima, mismo que ha sostenido hasta los 14 años cuando rindió testimonio en juicio con lenguaje enseñado por su madre, ahora, sorprendiendo con hechos relacionados con circunstancias de modo, tiempo y lugar donde su progenitor supuestamente la habría agredido.

Agrega que de conformidad con lo explicado por el perito en psiquiatría no es posible que una persona de 4 años de edad pueda recodar unos hechos tiempo después, pues la ciencia sólo admite esa posibilidad a partir de los 6 años.

Indica que, de conformidad con varios testigos, el origen de la denuncia fue la ruptura sentimental sufrida entre los padres de la menor y la frustración que ello generó en la madre, siendo que se dejó de valorar que, a juicio de la profesional en psicología, la menor pudo estar manipulada por su progenitora.

3.4. La Representación de Víctimas como no recurrente.

La Dra. Luz Marina Rodríguez, apoderada de víctimas, comienza por indicar que el día de la audiencia de fallo tuvo problemas con la conexión, por lo que no pudo manifestar su deseo de recurrir la decisión de primera instancia, por lo que en esta oportunidad manifiesta su disidencia con el fallo absolutorio.

Señala que la primera instancia no otorgó valor probatorio a la declaración de la víctima, quien presentó un relato coherente, dando a conocer circunstancias sobre las cuales se presentaron los hechos, y en general al conjunto de pruebas que sin lugar a duda denotan la existencia del hecho y la responsabilidad de DAGA.

En línea con ello, indicó que no comparte el criterio de la juzgadora según el cual en el caso la víctima declaró o actuó bajo el síndrome de alienación parental al utilizar términos inadecuados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.

La Corporación tiene la competencia para desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante del ente acusador en contra de la sentencia del 16 de diciembre de 2020 emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto (N), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2.- Problema a resolver.

En esta oportunidad el problema radica en determinar si de acuerdo con el acervo probatorio producido al momento de la audiencia de juicio oral, existe el conocimiento suficiente que pueda quebrantar el principio de presunción de inocencia del acusado DAGA, como lo reclama el representante del ente acusador en el recurso de alzada, o por el contrario descolla la duda favoreciendo dicha situación al acusado como lo sustenta en su fallo la primera instancia.

3. De la valoración probatoria y el caso en concreto

Como primer aspecto que deviene trascendental es el anclaje constitucional de nuestro sistema procesal penal, por ello que la gama de derechos que emergen del artículo 29 de la norma superior deben tener estricta aplicación en el sistema penal acusatorio que nos rige, y que para el desarrollo legal se convierten en principios y garantías procesales, de ahí lo significativo de la máxima contenida en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 cuando indica que toda persona se presume inocente y que así debe ser tratada hasta que se defina su responsabilidad penal, señalando en el inciso siguiente que por tal virtud la carga de la prueba la tiene el ente acusador y que en caso de que no haya demostración a esa escala, toda duda debe resolverse a favor del vinculado penalmente.

Es por lo que, en la actual sistemática procesal penal, solo se puede hablar de medios de convicción a los que se practican y producen en la audiencia principal de esta ritualidad en la que obligatoriamente debe estar presente el Juez, el fiscal y la defensa para la validez de la actuación, aquí debemos indicar que debe citarse al acusado cuando está privado de su libertad, pero tiene la facultad de renunciar a su comparecencia lo que no afecta el desarrollo de la audiencia en el entendido que se encuentra representado por el abogado defensor.

Como se trata de un procedimiento de corte adversarial, resulta lógico que la obligatoriedad de su comparecencia sea para quien acusa, quien puede controvertir la acusación, y el tercero imparcial que debe tomar la decisión. La norma procesal penal permite la presencia de intervinientes sea la representación judicial de la víctima y el Ministerio Público.

Con la presencia de los actores antes mencionados en la audiencia de juicio oral se debe producir la prueba con aplicación de los

principios de inmediación, publicidad, contradicción, oralidad, concentración y otros necesarios para garantizar la adecuada recolección de la prueba con la cual debe tomarse la decisión que corresponde tal como lo estipula el artículo 381 de la misma normatividad procesal.

Importante resaltar lo anterior, que la prueba con la que se debe tomar la decisión es la producida ante el Juez competente, ello debido a que con mucha frecuencia las partes sea en el momento de la fabricación sea en el momento de los alegatos de conclusión hacen alusión al contenido de elementos materiales probatorios descubiertos pero que no ingresaron al torrente probatorio.

En este marco procesal, se procede al análisis de los medios de convicción allegados por parte del ente persecutor, que inicio con la declaración de la menor MGJ¹, quien al momento de rendir su testimonio con las previsiones del artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia tiene 14 años de edad y respecto de los hechos que se investigan indica que fue víctima de agresiones físicas y abuso sexual por parte de su padre, que la maltrataba cuando estaba en su casa, se iba a tomar con los amigos y la dejaba encerrada en el cuarto, le pegaba y en ocasiones le decía que tenía una serpiente rosada (minuto 12:04) y pretendía tocarle su parte íntima, le decía que era un juego y que no era malo, solía poner la serpiente entre sus piernas e intentaba tocar sus genitales, indica que la serpiente eran sus genitales (minuto 13:35), que era un juego con el que quería tocar sus partes íntimas; manifiesta que recuerda con exactitud que también sucedió en los baños públicos del establecimiento comercial A y en la casa del padre, de la casa solo recuerda que tenía 2 pisos, solo recuerda que la encerraba en el cuarto, que sucedió en muchas ocasiones, tenía 3 o 4 años, que no quería ir a aquella casa, le decía

¹ Minuto 7:20 audio 1 de la audiencia de juicio oral del 11 de marzo de 2019

que si contaba mataba a la mamá, que lo dicho es verdad, que desde los 4 años no visita al padre, no lo volvió a ver, no tiene una relación afectiva con él, no quiso regresar a aquella casa le da miedo (minuto 18:20), que no tiene relación afectiva con él, agrega que en otra ocasión se fue a tomar y la dejó en un asadero de pollos le dijo que esperara que ya iba a regresar, que otra vez se cayó y en la herida le echó limón; que arrimaba sus genitales a su parte íntima (minuto 21:34), que no le gustaba ese juego, que en los baños del A por cuanto nadie lo miraba realizaba su juego, que la serpiente es su pene y se lo pone en las piernas (minuto 22:28), que su recuerdo es claro. Al contrainterrogatorio por la defensa señala que es un hecho trascendental que marcó su vida y por ello lo recuerda, que nadie le indicó como declarar, solo dice lo que ha sucedido, que, si le permiten ver televisión en su casa, que no había contado lo del asadero porque no lo recordaba, que no había dicho lo del A porque al principio estaba amenazada que mataría a la mamá, a la abuela, al abuelo, que tenía miedo, sentía que no podía más, tenía mucho miedo pero decide contarle a la madre a quien ama mucho.

Como se informó se trata a la fecha de la declaración de una niña de 14 años, y con un buen recuerdo de los hechos que han tenido ocurrencia hace 10 años, y al analizar porque recuerda dicho suceso cuando ha pasado tanto tiempo y de lo encontrado la Sala advierte dos aspectos por los que puede tener esa permanencia de los hechos en su mente, uno es que ella como lo ha dicho fue un hecho que marcó su vida, y que la trascendencia que ella indica puede haberla adquirido en el desarrollo que va teniendo de su vida, donde como lo dirá su madre, hay lugares, objetos, cosas que ella no sabía como se llamaban y a medida que crece obtiene el conocimiento que le da claridad de las confusiones que podía tener al inicio. Dos, que ha relatado aquel episodio en 2009 ante la psicóloga y en abril de 2010 ante siquiatra, es decir que por varios años de su infancia debe contar

lo que dice ella le ha sucedido, entonces no es un hecho que ocurrió y del cual 10 años después se va a preguntar, es un hecho que ella dice ha sucedido, lo ha narrado varias veces y por ello puede al momento de declarar recordar.

Aunque no fue objeto de prueba, se dice que la menor estuvo bajo tratamiento psicológico para superar esta difícil situación, pero hay un lenguaje no verbal que si resulta importante a efectos de valorar el testimonio y se refiere a que durante la práctica de su testimonio presentó una característica muy especial, al tocar el tema objeto de la investigación se presenta llanto, sollozos, nerviosismo mueve su extremidad izquierda donde descansa el brazo de ese mismo lado que por momentos le trasmite el movimiento, por momentos su otro brazo también tiembla, su tono de voz es bajo, su rostro agachado, una posición de abatimiento, hay pausas mientras toma aire suficiente para hablar, de lo cual la funcionaria de primera instancia también se percata y le manifiesta que si es su deseo continuar con la declaración que si no quiere hacerlo está en su derecho, pero la menor decide continuar, la defensora de familia que está realizando las preguntas le dice que esté tranquila, y al término del interrogatorio directo entre sus manos le toma su mano izquierda para dar tranquilidad a la declarante a quien se nota con la respiración agitada.

A pregunta de la defensa indica que nadie le dijo que declarara, que dice lo sucedido, y es que bajo el marco antes descrito puede pensarse que se trata de una persona que está adiestrada para rendir la declaración entonces no solo debería pensarse que esta manipulada para dar esta versión sino también preparada para realizar esta escena de angustia como lo observado; es que no es solo tener en cuenta el contenido debe complementarse para aquel fin que en este proceso se persigue otear la forma como entrega su

testimonio en directo y concontrainterrogatorio, absolutamente derrumbada, en un estado de alteración fácilmente notable.

Claro es que la víctima es testigo del evento que padece, a esta fecha la menor hace una mejor descripción de lo ocurrido hace 10 años, no porque le hayan dicho lo que debe relatar, sino porque a sus 14 años el entendimiento del evento es más evidente para ella, y al adentrarse en su siquis va a encontrar como lo dice mas vivencias de un llamado por ella, mal trato, ello tiene lógica.

Lo que debe entrar es en comparación si a la fecha que se produce su testimonio, su contenido guarda relación con los hechos que fueron puestos en conocimiento de las autoridades que permitieron iniciar la ruta de atención para restablecimiento de derechos de esta menor.

Es por ello que resulta relevante el dictamen pericial del siquiatra forense del INML médico Fernando Alfonso Jurado Rosero², quien realiza valoración el día 8 de abril de 2010 a la menor MGJ, al momento tenía 5 años, quien relató que su padre era grosero, le decía que era mala estudiante, sacaba una serpiente de su bolsillo, le hacia tocarla, le tocaba acá abajo, señala los genitales, le quitaba el pantalón, le ponía la serpiente en las piernas, que antes vivía con él, fueron varias veces; al dicho de la madre la menor era grosera e irritable y dejó de ver al papá y cambió hasta contar las cosas, que el padre no ha vivido con la hija, que está en tratamiento por sicología; señala este profesional que la menor no logró discernir la magnitud de los hechos de los cuales fue objeto, presentó cambio notorio como rebeldía e irritabilidad que recibió manejo por sicología, que la información no es erótica ni repetitiva de alteración de la verdad, no ausencia de credibilidad, que su función sicológica está dentro de la

² Minuto 29:59 audio 1 de la audiencia de juicio oral de 11 de marzo de 2019

normalidad y su versión es creíble y coherente, que la versión de la serpiente esta referida por la menor en un lenguaje apropiado, que no hay trastorno para expresarse, que la presencia de la madre no tuvo incidencia para influenciar, que la menor actúa voluntariamente, que no hay patología mental para mentir, no hay idea delirante, que los niños a esa edad no conocen frases del vocabulario de adultos pero es la parte genital del papá, que el relato es consiste con la edad, que hablan en sentido figurado, que influye la edad, el nivel cultural, que el cambio que refiere la madre es típico del abusado sexual, que en los niños no hay llanto ni tristeza, si irritabilidad, rebeldía, fuga escolar, que no tiene problema mental por ello es coherente y creíble, que se trata de un discurso lógico y acorde, que no percibió síntomas de manipulación. Al conainterrogatorio por el abogado defensor, indica que, si la entrevistó y que el tratamiento psicológico es bueno, que no evidenció que sea influenciada, que los niños no tienen fantasías de lo sexual para decirlo deben tener vivencia, que el hogar es desestructurado de padres separados, reitera que la versión de la menor es creíble, que con lo que contó es suficiente porque ellos tratan de olvidar.

El dictamen es emitido valorando en conjunto todas sus funciones mentales en concordancia con lo informado por la madre sobre los comportamientos que la menor estaba presentando y que desaparecen con el tratamiento psicológico a que la han sometido e indica que los menores no tienen fantasías sexuales, que para que realicen el relato deben haber tenido dicha vivencia, claramente también señala que no encontró evidencia de sugestibilidad en su relato.

Es este testigo perito quien escuchó la versión de la menor a un año de sucedidos los hechos y la niña da a conocer lo relacionado con la serpiente que el papá saca del pantalón, se la hace tocar, le toca sus

genitales, en esencia la misma situación que en su testimonio ahora ofrece la menor, claro hay otros datos sobre sucesos en otros lugares pero no le quita la coherencia que desde un inicio ella ha señalado, es por lo que a la luz del artículo 404 del procedimiento penal se tiene un testimonio creíble, y que como se verá a lo largo de esta providencia será coherente; como ya lo expresamos como víctima el conocimiento que tiene de lo sucedido lo aprehende por sus propios sentidos, si bien inicialmente le dicen que se trata de un juego y que a aquella edad en los menores no hay erotismo, si da cuenta del juego que le practicaban con la serpiente rosada, ella lo ha vivido y por tal narra lo vivenciado.

Esta palabra “vivenciado” resultará importante porque denota la experiencia que tal vez en su momento, por su inmadurez, su inocencia, estar iniciando su desarrollo cognitivo, lo hace como un juego pero que al exponerlo a la madre y con el paso del tiempo da cuenta que no era una forma de recreación, sino que han abusado de ella afectando su formación sexual.

Como se describió, el 90% de su testimonio fue entre sollozos y llanto, que con la ayuda de la Defensora de Familia del IBCF que a su lado realizaba las preguntas era quien le suministraba palabras de calma para adelantar aquel cuestionario en el que se exploró lo sucedido hace 10 años; pese a su situación de profunda tristeza, sus respuestas fueron serias y evacuó todas las preguntas formuladas.

La defensa indica que se trata de un testimonio manipulado, que no es verdad lo sucedido y que todo se debe a retaliaciones entre la pareja, ante tal postura se debe tener en cuenta que el testimonio de los menores tal como lo ha dicho la amplia jurisprudencia de la CSJ en su Sala de Casación Penal, es que como todo medio probatorio debe someterse al tamiz de la sana crítica, debe analizarse

correlacionado con los otros medios probatorios legalmente aducidos al proceso, se trata de una prueba más que debe acrisolarse en relación con el acervo probatorio allegado, por tanto debe haber sustento de lo que se indica.

Ahora en cuanto al testimonio en sí, dice la literatura³ que si bien por la temprana edad no conocen el concepto de verdad, todo le inquieta poco con tal que le divierta, el juego lo es todo para el menor, por ese proceso de formación que tienen, son susceptibles de ser sugestionados, siempre conlleva una razón y se indica que bajo la forma de sugestión son educados, pero basado en el sistema de preguntas también sugestivas puede develarse dicha manipulación o con la ayuda de peritos siquiátricos. Y en el radicado 23706 del 26 de enero de 2006 de la CSJ Sala de Casación Penal, al referirse a una connotada tratadista sobre el relato de los menores se indica que si a ellos desde los dos años se les permite hacer su relato en sus términos resultan bien claros y que pueden evocar con facilidad los hechos que son rutinarios, para ello pone el ejemplo de ir al restaurante, las vacunas, etc.

Lo anterior por cuanto no puede demeritarse el testimonio de la menor por el solo hecho de ser menor y que puede ser susceptible de sugerencias, todo deberá ser objeto de demostración, como de igual manera deberá haber prueba de la manipulación que se dice se ha producido en la menor.

Volviendo al caso, como se ha señalado la menor tiene un mismo relato desde sus 4 años relacionado con el juego respecto de lo que ha llamado una serpiente rosada que colocan en sus partes íntimas y que si bien puede iniciarse como un juego, y que de manera inicial la

³ LA CRITICIA DEL TESTIMONIO. François Gorphe. 8 ed. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Pág. 90 y ss.

menor no se sintiera afectada, al exponerlo ante su madre y las autoridades se considera no son actos que ayuden a la formación que en ella se estaba sucediendo.

En cuanto lo dicho por el perito en siquiatría, señala que su relato es creíble, en un relato directo al profesional por la víctima en la exploración sobre el motivo de valoración por aquella área y que como parte del protocolo del dictamen se suele denominar anamnesis. Ya en lo relacionado con la valoración por la manifestación de la madre indica que hay irritabilidad en la menor pero fundamental para nuestro análisis es que señala que no hay evidencia de elementos que determinen la alteración de la verdad en el relato de la menor y por ende ofrece credibilidad, su valoración es solicitada por presumir que fue objeto de abuso sexual y del análisis también indica que no ha percibido síntoma alguno que la versión haya sido manipulada. Pericia que merece credibilidad por haber tenido ese contacto directo con la menor, es la colaboración que esta ciencia ofrece a la administración de justicia para la claridad de lo sucedido, donde se cuestionaba la versión de la menor por su temprana edad.

El dictamen se rinde junto a su testimonio, fue objeto de la controversia y de la contradicción por parte de la defensa, entrega su conocimiento en el análisis que realiza a la menor sin que sea objetado o desacreditado el perito, por tanto, obtiene total validez.

En este orden de ideas, encontramos que el testimonio de la menor encuentra sustento, respaldo en lo conceptualizado por el profesional de la siquiatría, que la valoración se produce en abril de 2010 mientras que el testimonio se ofrece en marzo de 2019, apreciando similitud en lo afirmado en las dos oportunidades, que pese a en aquella oportunidad la menor no logra discernir la dimensión de lo ocurrido

ello unido a las reacciones indicadas por la madre, de rebeldía e irritabilidad, dan cuenta de que se ha ejecutado un acto en contra de la formación sexual de esta menor.

Rindió su testimonio el psicólogo Javier Hernán Almeida España⁴, adscrito al ICBF, que realizó una verificación de derechos de la menor MGJ de 4 años, pareja sin convivencia, pobre comunicación, conflicto reactivo del vínculo, la madre refiere que la niña esta siendo manipulada en su zona genital por el padre con juego de serpiente, que la paciente ha mostrado cambios, se indica que no hay relato de la menor, pero se señala que está alerta, orientada, pensamiento sin ideas delirantes, lenguaje fluido, comportamiento acorde a su edad, como hipótesis señala que la paciente presenta alteraciones emocionales compatibles con exposición a maniobras erótico sexuales, pudo ser expuesta a un delito de actos sexuales abusivos; que la madre dio información y dice lo observado por ella, que las redes de apoyo fueron importantes para que se regule la menor. Al contrainterrogatorio por la defensa indica que los hechos son basados en lo dicho por la madre, que la menor no hizo relato, que tal vez por edad no quiso exponerse, que no es fácil de narración el tipo de violencia que se presume.

Se trata de una valoración por psicología realizada el 14 de julio de 2009, dentro de la ruta de restablecimiento de los derechos de la menor por presunto delito de abuso sexual de que es objeto, no se trata de una valoración solicitada para ver el estado de sus funciones mentales, por tanto en las actuaciones administrativas del ICBF tiene importancia, a efectos del proceso penal se ha criticado que se emite un dictamen sin obtener una información de la menor, todo es presentado por la madre, lo que debe observarse desde dos aristas, la primera es que de los hechos jurídicamente relevantes se señala

⁴ Récord 1:03:40 audio 1 de la audiencia de juicio oral de fecha 11 de marzo de 2019

que lo sucedido se presenta antes de mediados del mes de junio de 2009, se estaría hablando que aquella valoración se presenta al mes siguiente que la menor ha dado cuenta sobre la situación irregular de que era objeto y lo que el perito señala es que tal vez por la edad no quiso exponer.

De inmediato tal situación que se está planteando ni mas ni menos de un testigo de referencia, nos remite al análisis del testimonio de GFJR⁵, la madre de la víctima, quien indica que ha vivido con su hija, que su hija los últimos 10 años no ha tenido contacto con su padre, los primeros 4 si y fue ocasionalmente cuando se requería el cuidado de la niña, cuando no podía cuidarla ahí se la llevaba para su casa, iba porque le solicitaba el apoyo; en junio de 2009, un sábado en la mañana la niña le habla de la serpiente rosada que era cariñosa que salía del bolsillo del pantalón, o se bajaba el pantalón, que se acercaba y se ponía en las piernas, era relato de juego, era normal para la niña; que de tal hecho le preguntaron al padre y dijo que la niña mentía pero se puso demasiado nervioso y le dijo que iba a poner en conocimiento de profesionales y que su padre desapareció, que en alguna ocasión hablo con la hermana del acusado de nombre Marcela y le contó lo sucedido quien le refirió algo sobre el comportamiento difícil de aquel, que reportaron caso a la Uri y se activó la ruta; que el 25 de enero de 2010 le envió correo diciendo que era la mejor mamá; que la relación sentimental fue conflictiva, fracturada, fue el primer año de nacida la menor, tuvo problemas de convivencia y no pudo conservar la relación; un año después conoce a su actual esposo, cuando la niña tenía 6 años le dijeron que Diego tenía mujer y un niño; señala que no sabe cuál es la religión de Diego, que ella es cristiana, que cuando lo conoce era católico, que no lo obligan a pertenecer a su culto; de los hechos el acusado guardó silencio y distancia, lo buscaba para que firmara autorizaciones para

⁵ Minuto 2:37 audio 2 juicio oral del 11 de marzo de 2019

que la menor saliera del país; que la afectación de la menor es grande ha luchado por años para que se empodere como mujer (minuto 23:29), de esa época la niña ya no quería ir donde el papá, antes que la niña contara se escondía para no ir donde el padre porque era grosero y bravo; ahora que se removi6 la investigación la mamá de Diego llamó para que retire los cargos, realizó visitas a sus padres; que en correo pide perd6n debe ser por la irregularidad realizada, no hay otro motivo, que para 2015 regularon la cuota alimentaria que fue motivo utilizado para pedirle le diera la patria potestad, le dijo que ya le había hecho da6o, a lo cual el se6or manifest6 que lo iba a pensar, pero no hizo alusi6n a este proceso penal porque sabe que tiene que terminar un curso normal (minuto 29:55); que no ha manipulado a su hija solo trasmite el relato hecho. Al contrainterrogatorio de la defensa indica que fueron novios desde el colegio y que hasta un a6o despu6s de nacida la menor intentaron arreglar, que fue madre a los 17 a6os, que en su casa conocían del noviazgo y se concret6 con el embarazo, que fue duro el impacto emocional para su familia, pero le dan apoyo, que nace la hija y la relaci6n continua pero esperaba que el padre lo hiciera con entereza, que era constante enterarse de relaciones amorosas de 6l con otras mujeres, que no asumía su compromiso con la ni6a, no hubo expectativa de matrimonio, si creía que podían dar buena crianza a su hija, al quedar en embarazo le pidi6 que no fuera y cuando nace ya lo reciben bien; que en ocasiones cuid6 la ni6a en su casa en gran mayoría de veces; que solo conoce el relato de su hija, si supo que la dej6 abandonada en asadero de pollos, que es un proceso de catarsis poco a poco ha ido relatando y ahora conoce nombre de lugares que a los 4 a6os no sabía, que al colocar la denuncia solo se sabe el juego de la serpiente nada m6s; que a los 4 a6os tenía el contacto del padre e iba cuando quería verla, pero antes de ella conocer los hechos la ni6a ya no quería ir donde el papá.

Como se observa, el relato que la madre realiza de la situación que se investiga resulta similar a la presentada por la menor, y es que esta madre cuenta que para un sábado del mes de junio es cuando con inocencia la menor cuenta sobre el juego que realizan de la serpiente rosada, que lo expresa la madre era un juego normal para su hija, que al parecer sale del bolsillo del pantalón del papá y se posa en las piernas de la niña y es el que la menor al momento de la declaración con 14 años ofrece al auditorio, lo que indica que si bien se trata de un testigo de referencia, en esencia lo dicho guarda armonía con lo expuesto y con lo que para el año 2009 y 2010 se ha indicado. No cabe duda de que existen otros aspectos que rodearon la relación de los padres de la menor, que como es lógico al darse una separación hay aspectos que son contenciosos, análisis que se realizará más adelante dado que corresponde a la teoría presentada por la defensa.

Finalmente del grupo de testigos de la FGN el médico forense Francisco Villota Basante⁶ del INML dio su dictamen, con la base de opinión pericial entregada indica que examinó a MGJ de 4 años de edad, el 1º de julio de 2009, a la anamnesis indica que es la madre de la menor la que informa sobre los hechos conocidos desde 13 de junio de 2009 en entrevista que aporta, que con los hallazgos no permiten determinar si fue o no víctima de abuso sexual, que de la valoración por sicología se toma lo de la serpiente, señala que las maniobras de tocamiento o visuales no dejan lesión en el cuerpo. Al contrainterrogatorio de la defensa indica que la menor no hizo relato, que el dato fue tomado de la valoración por sicología del 6 de julio de 2009. A pregunta del despacho judicial, señala que los hallazgos no descartan que haya actos sexuales.

Se trata de la valoración sexológica que se realiza a la menor, no encontrando rastro alguno que permita determinar que hay lesión a

⁶ Récord 1:12:25 audio 1 de la audiencia de juicio oral del 11 de marzo de 2019

nivel genital, indica que el conocimiento de los hechos es por una entrevista realizada a la menor para esa época, por cuanto la menor no hace relato, al final indica que los actos no dejan evidencia y que el no hallazgo de lesiones no descarta que se haya producido.

Lo que se debe decir es que de este grupo de testigos del ente instructor se tiene demostrado que la menor MGJ fue objeto de un juego cuando contaba con 4 años de edad, que lo realizaba su padre en el cual le mostraba una serpiente rosada para ponerla en sus piernas y partes íntimas, que se trata de un relato consistente, que al dicho de la madre se han presentado elementos de corroboración y que tal como se exponen en sentencia penal 3332 de la Sala de Casación Penal de la CSJ del 16 de marzo de 2016 con radicado 43866 como elementos para dar mayor credibilidad al dicho, en este caso de la menor, tenemos que para la época ha informado la madre que existía irritabilidad y rebeldía, conforme a la forma como dio su testimonio la menor no se requiere ser un perito psicológico para evidenciar la afectación que padece, si bien se ha señalado que ha tenido un tratamiento a ese nivel, la nueva exposición al tema dejó ver palmariamente la angustia de la menor en su narración, la posibilidad que se haya dado ese contacto es claro, como padre la llevaba a su casa, o como lo ha dicho la menor en su intervención dando a conocer al parecer otro elemento de lo sucedido, lo cual es viable que con el trascurso del tiempo pueda identificar lugares, o que ahora por su desarrollo mental producto de la asistencia a la educación comprenda la situación que se presentó que en su momento como lo dijo el siquiatra no discernió la magnitud de los hechos de que fue objeto, y como ya se indicó bien determinante resulta que tal evento no se haya borrado de su mente por el paso del tiempo y que a contrario sensu, pueda evocar otros eventos ocurridos, que como ella lo dijo fue un hecho trascendental que marcó su vida, por tanto si hay evidencia de una corroboración que le da consistencia

al testimonio de la menor y por ende credibilidad. Anejo debe tenerse en cuenta como la menor indica que además había una amenaza de atentar contra la familia de la menor para evitar que ella contara lo que estaba sucediendo.

En relación con los testigos de la defensa, se inicia con la técnico investigadora II Catalina Muñoz Guzmán⁷, quien para la época laboraba en Caivas de Pasto, de profesión sicóloga, recibió la misión de entrevistar a la menor y valorarla en su área, por lo que lo encontrado se plasmó en informe de investigador de campo; el 6 de julio de 2009 realiza su labor con la menor, la entrevista está en un informe FPJ 14; la menor tiene 4 años se encuentra con su madre, que realiza análisis mental, análisis forense y conclusión. Que el conocimiento de los hechos lo obtiene directamente de la niña, que es una narrativa que hace la menor de cuando está en compañía de su padre, narra lo que vivenció que es serpiente rosada que salía del pantalón del papá, que le comentó a la mamá y ella le dice que así no existe, pero para la menor si existe y ocurre en la casa del padre. El análisis forense indica que es una menor sin antecedente de enfermedad mental; la madre indica el relato de la menor y que al ponerse cariñosa la serpiente le da besos y se la pone en parte vaginal, que el padre consume mucho licor, la deja encerrada y se porta grosero; la madre trata de enseñar que la serpiente de ese color no existe le explica que es de color café y está en la selva (minuto 20:57) por ello indica la testigo que hay adecuado hilo conductor de dos momentos lo vivido y lo que le dicen que no existe, con lenguaje adulto morfo porque hace explicación de lo dicho por la madre, mimetiza un discurso creado por su madre y verbalizaciones reales, se identifica afectación psicológica actual (minuto 25:12) compatible con conducta de tipo sexual, patologización por lo explicado por la madre, que al pedir a la menor un dibujo o plastilina lo hace con facilidad de

⁷ Minuto 5:07 audio 1 audiencia juicio oral del 22 de julio de 2019

serpientes (minuto 25:40), como conclusión posibles maniobras de tipo erótico sexual (minuto 26:36), pero que dado antecedentes de patologización de la madre y la disfuncionalidad familiar la menor debe ser atendida por psiquiatría forense, porque no se sabe el efecto de la patologización en la niña expresa lo vivido y tiene angustia; explica el término adulto morfo porque expone lo explicado sobre tal elemento con terminología no acorde a su edad, para la niña lo vivido era un juego y la mamá le dice que no es así (minuto 35:10) que la afectación puede ser por una cosa o por la otra. Al contrainterrogatorio realizado por el representante del ente acusador, en cuanto al examen mental señala es colaboradora, orientada en tiempo y espacio, persona de adecuado nivel de atención, no afectación de memoria, narra eventos de días anteriores, no alteración en pensamiento, rasgos de ansiedad relacionado con el tema de la serpiente, inteligencia adecuada, en cuanto al sueño refiere que sueña con serpiente rosada y con su padre (minuto 40:38), que la menor dice que había serpiente rosada que se ponía cariñosa le daba besos, se desabrochaba el pantalón de ahí salía e indica la aproximación que le hacía la serpiente a ella, la niña insiste en que eso pasó. Que la menor a sus escasos 4 años explica que es lo que le ha indicado su madre y que es lo que ella refiere que vivió (minuto 44:09). Al re-contrainterrogatorio señala que la niña esta en una dualidad que es lo que sucede y que es lo que le explican, que la madre le dice que no existe. A preguntas del representante del Ministerio Público señala que la menor estaba angustiada por lo vivido y lo explicado, por ello indica la presunta maniobra erótico sexual; que la patologización es porque en su dinámica familiar le dicen que no existe, como se perturba el desarrollo en el tema, el hecho es lo vivido y lo explicado, que no puede decir qué sucedió.

Es un testigo importante porque a criterio de la Sala se ha malinterpretado su contenido, la psicóloga que tiene su cargo como

técnico investigador, tenía por misión entrevistar a la menor y realizar una valoración, una vez entrevistada se da cuenta que la menor tiene una confusión, para mejor claridad no es porque el hecho no haya existido, es porque la menor si ha vivenciado el evento, pero en casa de su madre le explican que las serpientes no son rosadas y que no salen del pantalón del padre, la menor se encuentra en una encrucijada es lo que la sicóloga explica, por un lado su vivencia, así lo dice, ello significa que a criterio de esta profesional la menor si tuvo aquel contacto, si tuvo aquella experiencia que a su nivel por tomarlo como un juego era real, porque la menor está explorando la vida y como lo dice Françoise Gorphe en su obra, que por su escasa edad tienen limitada su mente y se compagina con lo dicho por el siquiatra, no discernió la magnitud del daño; solo que al confrontar con lo dicho por la madre no encuentra una clara explicación, y por ello la sicóloga dice hay patologización porque es la madre la que le dice a la menor que su narración no es acorde al conocimiento de los adultos, pero en ningún aparte de su testimonio indica que los hechos no hayan sucedido, siempre fue reiterativa en señalar que la menor narra lo que vivenció que es que la serpiente rosada salía del pantalón del padre. Al punto que en el análisis forense como parte de su experticio indica que no presenta antecedentes de enfermedad mental y que por ello hay un adecuado hilo conductor de los dos momentos, lo vivido y lo que la madre le enseña. Cuando dice que se mimetiza un discurso de la madre, se refiere a las explicaciones sobre la existencia de las serpientes con otro color y en otro lugar que es lo dicho por la madre y que repite la menor de ahí el lenguaje adulto morfo que también indica la testigo perito que tenía demasiado conocimiento en cuanto al tema de serpientes.

La presente valoración no está diciendo que la menor no haya vivenciado los hechos, al punto que señala y es un elemento más de corroboración, que al sueño la menor sueña con la serpiente rosada

y con el padre y que al pedir un dibujo o una figura en plastilina hace una serpiente, es por lo que la sicóloga solicito un análisis por psiquiatría, valoración que fue realizada y que le da pleno crédito al dicho de la menor.

Para la Sala este testimonio no riñe con la prueba de cargo, porque está manifestando lo que la menor ha vivido, posibles maniobras de abuso sexual, recordemos que la entrevista es realizada a pocos días de conocerse la situación, el 6 de julio de 2009.

En su testimonio VLS⁸ manifiesta que conoció al acusado a finales de 2007, tuvo una relación sentimental con el acusado, fruto de ella hay un niño que nació el 9 de enero de 2009, sabía de la existencia de la niña MGJ, no sabe si tenían relación sentimental, si la conoce la llevaban al éxito no fueron muchas ocasiones, debía quedarse a cierta distancia cuando iban por la niña, no volvió a tener contacto con la niña que era avispada. Que el padre iba a recoger la niña y la llevaba al barrio LC donde vivía, cree que de su romance se enteró la mamá de la niña porque habían llamadas de amenaza de desquitarse. No tiene ninguna relación con el acusado actualmente, que hace 3 años le contó de la denuncia penal, para 2016, cree que no se ha sobrepasado, tiene buen comportamiento con el hijo de los dos y no cree lo denunciado. Se refiere a la relación del acusado con la madre de la víctima en la que señala que ella no dejaba salir al señor Diego queriendo controlarlo, que en la casa de la mamá del acusado además está la hermana, que la niña iba donde había niños; que cuando recogían a la niña era amorosa, especial; que al acusado le gusta salir a disfrutar con sus amigos, pero cumple con sus deberes. Al contrainterrogatorio de la FGN señala que no todo el tiempo estuvo con él, que hubo días que no lo acompañó, que él no tenía frecuencia para salir con sus amigos, que su relación inicia en

⁸ Récord 1:39:09 del audio 1 audiencia de juicio oral de fecha 22 de julio de 2019

semana santa de 2008 y termina en julio de 2009. A las preguntas del Ministerio Público indica que no vivió bajo el mismo techo, que amenazaban al acusado por la ira. A la pregunta de la Juez señala que en tiempo de embarazo no acompañó al acusado a recoger la niña.

Se trata del testimonio de la madre del hijo del acusado, un menor que nace en enero de 2009 y que al cotejar con lo que ha dado a conocer sobre los posibles hechos ocurridos antes del 13 de junio de 2009, significa que para ese momento el acusado era padre por segunda vez hacia pocos meses, y es la testigo que señala que ha sido un buen padre para su hijo, tanto ella como el acusado que se conocen a finales de 2007, en el 2008 inician una relación sentimental, producto de este amor hay un niño que nace en enero de 2009 y la relación finaliza en julio del mismo año. Necesario realizar este planteamiento cronológico dado que se señala como motivación para que se iniciara esta investigación una posible retaliación o animadversión de la madre de la víctima MGJ por la existencia de esta dama y posterior su hijo. Confrontado este relato con el dado por GFJR, manifiesta que la relación no era estable, que lucha por sostenerla hasta el primer año o año y medio de su hija MGJ; si la menor nace el 25 de enero de 2005 como hace parte de lo estipulado, estamos indicando que hasta mediados de 2006 se procuro mantener la relación, lo cual es indicativo que para el año 2007 finales como lo dice la testigo, ya no existía relación sentimental alguna entre los padres de la víctima, mas cuando la madre de MGJ señala que a los dos años de edad de su hija conoce a quien hoy es su esposo, lo que significa ni mas ni menos que para el año 2007 cada uno estaba por sendas distintas. Ello permite entender que era posible que VLS sí acompañara al acusado a recoger a su hija, ya que para el 2008 la menor tenía 3 años de edad, pero no resulta posible que esta testigo se haya dado cuenta de una actitud

controladora por GFJR hacia DAGA, dado que cuando ellos se conocen (Viviana y Diego) ya la relación sentimental de Guissett y Diego había llegado a su final, por sendas distintas como se dijo dado que cada uno había conseguido pareja, por lo que no podía limitar el accionar de quien ya no hacía parte de su vida y por la misma razón no pudo escuchar llamadas amenazantes de desquitarse provenientes de aquella.

Se recibe el testimonio del perito Álvaro Chaves Cabrera⁹, siquiatra señala que valoró al acusado que fue examinado el 27 de febrero de 2019, señala que no ha realizado vejámenes, que la casa es pequeña y no estuvo solo, que se puede oír son piezas intercomunicadas, que la conclusión es mentalmente sano, infancia y bachillerato normal, cursa 2 carreras, no antecedentes patológicos de importancia, que el acusado dice que no realiza tal acción. Del testigo se solicita un análisis de los elementos entregados por la FGN, señalando que hay malas relaciones entre el acusado y la madre, mas cuando se consigue otra persona, animadversión, que los padres son inmaduros y eso puede ser motivo de denuncia; que la menor utiliza lenguaje no usual, que la niña es orientada para que diga cosas en contra de su padre, la niña es manipulada, hay alienación parental, hay luchas internas entre familia, que debieron ir a exponer sus disputas ante autoridad, que el señor le prometió muchas cosas y no cumplió, que eso dolió. Se refiere a lo dicho por la menor en contrainterrogatorio de defensa; se refiere a la memoria de los niños. Que el acusado no es pandillero, no es borracho, no es agresivo haciendo un cruce de variables no hay realidad en lo que lo acusan, que ninguna persona lo hace en centro comercial en público, que el cuento de la serpiente rosada no es producto del sueño, que puede ser de juego que ella tenga más la influencia del medio donde vive; como conclusiones que no hay criterio clínico para que sea verdad lo de la menor, que hay

⁹ Minuto 1:22 audio 2 audiencia juicio oral de fecha 22 de julio de 2019

tendencia a alienación parental y que el acusado no tiene tendencias libidinosas hacia niños o niñas, no presenta rasgos de personalidad erótico sexual que constituyan pedofilia (Récord 1:00:21). Al contrainterrogatorio del ente acusador, indica que en algunas cosas lo dicho es probabilidad que la valoración siquiátrica es certeza; que no entrevistó a la víctima lo que no es necesario ya que hay una entrevista y que no es importante el lenguaje no verbal, pero para ciertos casos sí, pero mas importante lo escrito, que si bien no es aceptado científicamente la teoría de la alienación parental está en discusión y en miras de ser reconocido. A preguntas del Ministerio Público indica que en la menor no está la palabra erótico, que las primeras desavenencias es pasarse de religión, que el padre no hace nada, que no ha vivido con la niña. A preguntas de la Juez señala que si la situación es traumática la menor puede recordar, que la expresión “ya no aguanto más” y decide contar, no es expresión de niño, al hacerla es porque la escucha de otra persona, que venía con recuerdo satisfactorio jugaba con boa rosada y ahí no hay temor, ahí no sabe diferenciar de acto bondadoso o acto que la afecte.

Importa abordar el tema de este testigo por cuanto es llamado a dar su testimonio como perito sobre dos aspectos uno relacionado con la valoración realizada al acusado; dos relacionado con la valoración a los elementos materiales probatorios. Del primer punto la Sala no tiene objeción alguna y más adelante nos adentramos en dicho análisis. Del segundo tópico si se encuentra un enorme reparo dado que si el testigo es investigador criminalístico como lo dijo al presentarse, su labor de análisis de los elementos materiales probatorios que no pruebas, debía hacerla como desarrollo de ese programa metodológico de la defensa para orientar el camino a seguir, pero no puede acudir a un escenario en donde empieza a emitir conceptos de los testigos peritos que ya han desfilado y cuyo experticia no fue objetada, lo cual desdibuja la sistemática penal

acusatoria, por cuanto sin enmarcarse en los procedimientos y técnicas adecuadas procede a desacreditar o a presentar teorías respecto del análisis que ejecuta de entrevistas o otros elementos materiales probatorios, lo cual solo puede ser ayuda para la defensa pero no puede exponerse en audiencia más cuando lo analizado como se dijo no eran pruebas, era un simiente de prueba no consolidado en los documentos que le allegan, por tanto dicho análisis no puede ser de recibo para el esclarecimiento de los hechos que se verifican en este proceso.

En este orden de ideas, solo debemos tomar sus manifestaciones como perito respecto de la valoración efectuada al acusado DAGA y que también debe enmarcarse en cuanto al análisis de sus funciones mentales, dado que se trata de un dictamen que al hacer la valoración del acusado analiza la veracidad o no del dicho de la menor, para concluir que lo dicho por la menor no obedece a la verdad y que el acusado tiene una mente sana, de la misma manera señala dentro de la valoración de su exploración al analizado que no pertenece a pandillas, no es borracho, no agresivo, por lo que no tiene tendencias libidinosas hacia niños, no tiene rasgos de pedofilia.

El otro aspecto que no se debe aceptar en las valoraciones que realiza el perito es el análisis a la entrevista de la menor, lo cual no se ha solicitado y obviamente para emitir un concepto profesional necesario era la atención personal de ella para que proceda un estudio de acuerdo a los hallazgos respecto de sus funciones mentales y no en conjetura con lo que cree o considera debe ser, de lo que no existe sustento probatorio, además por cuanto se hace un análisis de un elemento que no ha ingresado al torrente probatorio como es la entrevista a la menor, olvidando que ya obra como medio de convicción su testimonio vertido en audiencia pública.

Como se ha dicho en radicado 49047 del 23 de enero de 2019, lo que al Juez le interesa es el procedimiento y las técnicas utilizadas para llegar al cierre, dado que a la luz del artículo 420 de la Ley 906 de 2004 para apreciar el dictamen se debe tener en cuenta la idoneidad técnico científica y la aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya la decisión, por tanto, la manera como llega a tal conclusión es lo que resulta relevante.

En este tópico, el perito en su testimonio centra su análisis en la valoración a los elementos materiales probatorios para llegar a conclusiones como que la menor no dice la verdad, que existe alienación parental y finalmente indicar que el procesado no presenta rasgos de pedófilo. Y de lo que se observa que para llegar a estas conclusiones el análisis es de los elementos materiales que la defensa le entregó, claro indica que ha realizado una atención personal al acusado, pero de las técnicas utilizadas y la aceptación en la comunidad científica de las mismas, es escaso lo señalado en su relato, más lo dedica al análisis de las condiciones de la casa, sin saber si fue a realizar inspección o solo lo manifestado por la defensa amen que a la fecha del juicio oral ya no residen en aquel sitio y del acusado su valoración se hace a 27 de febrero de 2019, sobre sus condiciones actuales, que son totalmente distintas a las del año 2009, se desconoce de donde obtiene la información sobre su comportamiento social y a qué temporada pertenece, que hay luchas internas entre familias, lo cual no está demostrado dado que por la defensa se expone disputas entre pareja más la intervención de otros integrantes solo se expone tangencialmente como que la madre del acusado llamó, o como expuso la madre del acusado que acudió a dialogar con la madre de la señora GFJ, pero solo existe tales manifestaciones.

El perito en su exposición analiza y expone su posición respecto de lo que ya obra en el proceso penal como pruebas periciales vertidas con anterioridad caso del siquiatra Jurado Rosero y de la sicóloga Muñoz Guzmán, pruebas que ya han tenido su práctica y producción y el análisis corresponde en los alegatos finales a las partes y al Juez en la decisión, bajo la lente de la sana crítica.

Y en toda esta exposición manifiesta que ante las problemáticas existentes entre la pareja determina que existe una alienación parental, figura que aún no es reconocida por la Organización Mundial de la Salud ni por las asociaciones de psicólogos y psiquiatras, dado que no hace parte de los manuales de diagnóstico, así lo ha expuesto nuestra guardiana de la Constitución Política¹⁰ en sus fallos, explicando que lo realizado es crear odio en los hijos respecto del otro padre para obtener la guarda, la patria potestad o la custodia, pero que debe darse seguimientos a los menores debe haber una valoración psicológica que ante la presencia de una sintomatología así lo permita concluir.

Descendiendo al caso, a la conclusión que el perito llega no se encuentra soportada en un análisis a la menor MGJ, ni a su madre, es solo una exposición producto de las entrevistas que ha sostenido con el acusado y quien es la parte que lo está contratando para que emita su valoración, por tanto, es notable el sesgo en tales apreciaciones.

Se toma el testimonio de JAPP¹¹ quien dijo tener una fuerte amistad con el acusado, que se han desarrollado en el mismo barrio, que con una prima de aquel tiene un hijo y que son confidentes, que es muy cercano a la familia, indica los lugares donde trabajó el acusado, que

¹⁰ Corte Constitucional sentencias T-311 de 2017; T-033 y 536 de 2020

¹¹ Récord 2:06:10 audio 2 audiencia juicio oral del 22 de julio de 2019

sabe que tenía una novia controladora por lo que era objeto de burla, que como padre llevaba a su hija a su casa para que jugara con sus sobrinos, que Fernanda no compartía tal vez por la religión, que había temor religioso y que a la niña la disfrazaban a escondidas, que eran los padres de Fernanda quienes decían lo que tenía que hacer y el detonante es que Diego ya tenía otra persona, la madre del niño, que hubo amenaza de no ver mas a la niña, que era amoroso, afectivo, pendiente de la niña, responsable, que de esta situación cree que fue de los primeros en enterarse fue hace 4 o 6 años, que lo acompañó a la diligencia que se programó. Al contrainterrogatorio señala que estaba incomodo con los abuelos de la niña, no le consta directamente; que escuchó por celular que debía cambiar; que de amenazas no es testigo directo.

Es un amigo del acusado que va a declarar sobre el comportamiento que ha tenido, pero que no esclarece en nada los hechos materia de la investigación, indica una infancia y crecimiento normal en el barrio, que llevaba a su hija para que jugara con sus sobrinos, se refiere al culto practicante y que la novia de su momento era controladora, lo que acorde a lo expuesto por la testigo VLS, debió ser antes del conocimiento a esta persona, cuando la relación de aquella pareja estaba finalizando, tal como lo dice la testigo GFJR, que luchó por esta relación hasta un año después de nacida su hija, porque claramente ya ha quedado expuesto que tanto DAGA como GFJ para el año 2007 ya estaban en relaciones diferentes.

Es por lo que el testigo JAPP, al emitir su testimonio de una forma general, no ofrece claridad en cuanto a los momentos referidos además que sobre los hechos jurídicamente relevantes no es un testigo directo.

En su testimonio MEA de Guerrero¹², madre del acusado señala que para mayo junio de 2009 vivían en el barrio LC, con el hijo, la hija y nietos, que para esa época era novio de Fernanda relación que empezó desde el colegio y duraron tres años y medio de buena relación, que luego empiezan peleas porque es rumbero, que durante este tiempo todos los días visitaba a la niña, salía del trabajo y se iba a donde la niña hasta dejarla dormida, que las peleas empiezan desde que empezó a salir con Viviana y después del embarazo fue peor, no dejaron ver la niña, que también tenían problemas por la religión, que en los tres años y medio pocas veces la llevó y cuando se dan los problemas la lleva cada ocho días; que su hijo llevaba la niña al parque y donde los amigos que hay otros niños, de este problema se entera hace tres años que llegó la citación. Al contrainterrogatorio por la FGN señala que llegaba con la niña a su casa y estaba con ella todo el día, que no todas las veces lo acompañó, que él le contaba que debía estarse hasta que la niña se dormía; las peleas son desde que se entera de otra relación y por el embarazo no dejan ver mas la niña, escuchó en el teléfono fijo el motivo de las discusiones, que era buena con su nieta ahí veía televisión; que luego de enterarse de citación llamó a Fernanda quien le dijo que iban a llorar todo lo que ella había sufrido, que acudió a la casa de Fernanda y que el padre de ella Fabio le dijo que lo deje ir a la cárcel para que siente cabeza. A pregunta del Ministerio Público indica que su hija Angela actualmente tiene 26 años, su nieto Andrés tiene 21 años; Sarita 12 años, que estaba recién nacida, que son hijos de la hija mayor que trabaja, que Diego jugaba mucho con los nietos.

Se trata de un testimonio que empieza dando la razón a la madre de la menor víctima, habla del inicio de la relación en el colegio cuando aún están en bachillerato, tal cual lo refiere el acusado, él en 11 ella en 10; dice la testigo de una relación de tres años y medio de buena

¹² Minuto 3:57 audiencia de juicio oral fecha 23 de julio de 2019

relación y ya nos dice que había nacido la niña a cuyo hogar su hijo iba todos los días, lo que se adecua en tiempo a lo que se ha establecido como época en que se mantiene aquella relación sentimental. Luego da un salto hacia el embarazo de la señora VLS para argumentar que los problemas se radicalizan, lo que nos saca del contexto por cuanto las testigos que dan cuenta en tiempo de la vida afectiva de los padres de MGJ indican que para el embarazo de VLS ya la relación estaba definida.

La testigo también da cuenta que la menor si era llevada a la casa, señala que, en pocas ocasiones, luego dice que cada 8 días, pero hace una narración como tercera persona que observa lo que estaba sucediendo, cuando el acusado va a señalar que su madre era una de las personas que le ayudaba en los cuidados de la menor. Funda como motivo de impedir ver la menor el embarazo de la señora VLS, de lo que se ha dicho que conforme el tiempo que se conocen y que se presenta el embarazo cada uno tiene su vida definida con otra pareja por lo que resulta difícil entender una actitud controladora y de reclamos cuando ya hace vida con otra persona.

De las llamadas realizadas cada una tiene una versión mientras la madre de la menor señala que evidentemente la testigo llama y visita a su familia, lo hace para que retiren los cargos, la testigo señala que se le dice lo debe padecer, lo cual se pudo aclarar utilizando en debida forma el contrainterrogatorio con cada testigo sin que lo hicieran, quedando en el plano de la manifestación sin sustento probatorio.

Renunciando a su derecho a guardar silencio, el acusado DAGA¹³, ofrece su testimonio, indica como inicia la relación con FJ, él tenía 19 años ella 17 años; conoce a la familia de ella, iba a la iglesia cristiana;

¹³ Minuto 28:10 audiencia de juicio oral fecha 23 de julio de 2019

que los inconvenientes se dan luego de nacida la hija, que ella y la familia no estaban de acuerdo con la vida que llevaba, que era mundana; que empieza a trabajar para responder, que habló de matrimonio, hizo muchas promesas le prometió cielo y tierra (sic), las peleas constantes era porque compartía con amigos en ocasiones especiales, lo cual llegaba a oídos de ella y se presentaban los disgustos, todos los días salía del trabajo iba a donde la niña hasta que se dormía; que para 2007 conoce a VLS, en semana santa de 2008 ya tienen una relación sentimental, con F terminaban la relación y volvían, intentó ocultar la relación con V y ya en embarazo no pudo, en casa de F negó todo, que se enteran y no lo dejan visitar a su hija, que F es controladora y lo amenaza de no dejar ver más a su hija, que de ello se dieron cuenta sus amigos y V; que cuando tuvo a su hija la llevó a juegos a centros comerciales, que V lo acompañó antes del embarazo, que nunca estuvo solo con su hija, no visitó a su hija en estado ebrio, si castigó a la niña hablándole, no físicamente, no la ha dejado encerrada en casa habían más personas, era su adoración, no frecuentaba el centro comercial A, porque la sacaba a parques, no la ha dejado en asadero, hubieran llegado las autoridades y encuentran a menor extraviada, que van a la casa de justicia en el año 2015 para acordar la cuota alimentaria, F le pide la patria potestad, que de no hacerlo hay demanda que va a remover y en agosto de 2016 le llega la citación para indagatoria en fiscalía 52. Del correo enviado explica que trató de entregar un regalo de cumpleaños, que la busca por la mañana, al medio día y por la tarde que al no poder hace llamada para que le pasen a su hija contesta la madre y le dice que él había elegido a otra familia, por ello envía correo pidiendo disculpas por todo el daño que le ha causado a F, todo lo prometido y le dice que es buena madre, sabía que la traición causa daño (minuto 59:00). En el conainterrogatorio indica el motivo de la terminación es porque lo descubren con otra mujer en embarazo, que al presentarse a la fiscalía dijo que el motivo de

separación no practicar el mismo culto, la rumba y la presencia de otra mujer; se presenta documento para refrescar memoria y señala haber dicho que F tenía una relación con otro y por ello se aparta definitivamente. Que en su casa su madre compartía con su hija, que al frente hay un parque y casas de amigos que tienen niños, en su casa tiene su propia habitación, que una vez que la niña se enferma se queda en la casa por tres días, cree que en otra ocasión de un paseo familiar también se quedó, que fueron contadas veces, indica aproximadamente 10 ocasiones; el correo electrónico enviado es por daño causado, no dice qué daño. Al Ministerio Público le indica que sus carreras se las ha costeado con préstamos, que la explicación dada en fiscalía no es solamente enterarse que ella tiene contacto con otro hombre también por celos de ella y porque se enteró que él estaba saliendo con otra persona.

El análisis que del testimonio debe hacerse es frente a lo expresado por la madre de la menor, de lo cual se vuelve a exponer lo ya indicado respecto del uso de los instrumentos que ofrece el sistema penal acusatorio, como es el adecuado interrogatorio directo y el puntual contrainterrogatorio, porque no es del caso dejar los temas planteados, recuérdese que con otros elementos probatorios puede encontrarse la solución pero si lo pretendido es dejar sentada una posición, el acusado tuvo la garantía de estar presente en la práctica de toda la producción probatoria, el acusado escuchó todos los testimonios que desfilaron en la presente audiencia de juicio oral, y pudo buscar mejor claridad en lo debatido.

No puede perderse de vista que estamos en presencia no de una familia desestructurada, porque ellos no tuvieron una convivencia como familia, siempre tuvieron claro que fue una relación de la cual nace la menor MGJ, que había colaboración del padre en el cuidado de la menor, no hubo un acuerdo de regulación de visitas, pero estas

se presentaban normalmente y que, bajo el derecho a tener a su hija, el padre la llevaba a su casa, ubicada en el barrio LC de esta ciudad. La pareja profesaba distinto culto, lo ha dicho la madre, no era obligado a participar del culto de ellos, y lo ha dicho el padre, acudió en varias ocasiones a dicho culto, lo que deja entrever que había un tácito convenio, quedando fuera de contexto que se haya presentado una represión por no alinearse en la misma forma de devoción de FJ.

Lo ha dicho ha dicho DAGA que departía mucho en su vida social, lo que le generaba dificultades con su pareja hasta ese momento, y ella también lo acepta que se trataba de una vida conflictiva, pero es ella quien indica que no avizora buen augurio en ese contexto da la batalla por algún tiempo que ella indica es el primer año de su hija y luego de ello finaliza la relación conociendo al año siguiente a quien es hoy su esposo. Esta exposición la hace delante del acusado sin que sea objetada o se solicite aclaración, por tanto, se da por probado que así se dio el fin a tal relación sentimental.

Lo expresado en el párrafo anterior resulta muy normal dentro de la finalización de una relación sentimental, es claro que debe haber un motivo para que se rompa aquel periodo de enamoramiento, y ello genera conflicto, disgustos, reclamos, llamadas, peleas, en fin distintas maneras de mostrar la inconformidad sobre la situación presentada, y en un anhelo de hogar para su hija, era evidente que la madre esperaba una actitud de compromiso del padre y no presentar una imagen de vida social activa, hasta aquí es en lo que ambos coinciden y que al no darse finaliza la relación. Ya que el padre de la menor haya realizado ofrecimiento de matrimonio y otras cosas más, no lo declaró la madre y como se dijo estuvo presente en la declaración el padre para que confrontara dicha situación sin que se lograra aclarar tal tema.

Si como ya lo ha manifestado GFJ, cuando su menor hija tiene dos años, ella inicia una relación sentimental con otra persona de lo cual da cuenta el acusado cuando en el contrainterrogatorio la fiscalía mencionando la impugnación de credibilidad, pero utilizando la técnica de refrescar memoria, le hace recordar que uno de los motivos para que se finalizara la relación es que ella tenía una relación con otro y que por ello se aparta definitivamente, ello evidencia que la pretensión de traer al escenario como motivo de separación la presencia de otra mujer en la vida del acusado se halla fuera de contexto porque a decir de los dos ella había empezado otra relación, la cual conforme los tiempos contados de acuerdo a lo dicho por VLS tienen total demostración.

En cuanto a la presunta amenaza de no dejar ver mas a su hija, veamos que conforme lo que se ha demostrado esta queda sin piso probatorio, dado que para el año 2007 la madre de la menor MGJ empieza otra relación, es este el momento que el acusado quiere llevarlo a dos años después en atención a que los hechos se producen para junio de 2009 para así procurar la justificación de su actuar, lo que ni más ni menos significa que luego de finalizada la relación amorosa, por dos años más tuvo contacto con su hija, son dos años en los que la lleva a su casa y a centros comerciales, observa la Sala una diferencia en tiempo mayúscula de la ruptura y de la denuncia de los hechos materia de investigación.

Porque se ha querido por la defensa señalar que se trata de una retaliación ante una nueva relación sentimental que avoca el acusado y que también da lugar al nacimiento de un menor, pero tal situación ocurre 2 años después y se otea que cuando la madre declara, como se ha dicho en presencia del acusado, y señala que al acusado le piden explique lo que la menor MGJ dice respecto del juego de la “serpiente rosada” se indica solo señala que la niña miente y que

asume una actitud de profundo nerviosismo, sin elucidar nada, lo que tampoco fue objetado ni solicitado aclaración, y es cuando la madre señala que la actitud asumida por el padre de la menor desde aquel momento fue *guardar silencio y distancia*¹⁴, manifestación que tampoco se refuta.

Es el mismo acusado quien entra en contradicciones sobre el motivo de terminación de aquella vida de pareja, señala no con seguridad que lo que cree es que descubrió que había otra mujer en embarazo y que nace su hijo, de lo que debe decirse que entre que conozca a otra persona y se produzca el alumbramiento de un bebe el factor tiempo es notable; luego ante la pregunta de la fiscalía en conainterrogatorio si ha dado alguna explicación sobre el tema ante aquel órgano investigador dice indica que por no adherirse al culto que ella practicaba, también problemas generados por su vida social de rumba y que no recuerda si dijo de la existencia de otra mujer, ante el uso del documento tal como se ha dicho que refrescó memoria es que manifiesta que ahí ante tal entidad indica la presencia de otro hombre en la vida de Fernanda, ello deja en claro que no es cierto aquel hecho llamado detonante de la presencia de otra mujer en su vida y que ha generado resentimiento en la denunciante.

En cuanto a un tema del correo electrónico como un elemento probatorio debe decirse que por el contenido y el contexto en el que se presenta la interpretación que realiza la madre de la menor parece ser la más correcta, veamos: se presenta un día de cumpleaños de la menor MGJ el 25 de enero de 2010, señala el acusado que ese día buscó a su hija en la mañana, al medio día y en la tarde, que también realizó una llamada y que ante tal situación decide enviar el correo. Lo primero que se debe señalar es que en audiencia el acusado señala que pide perdón por el daño causado, pero en el correo la

¹⁴ Minuto 21:11 Testimonio de GFJR audio 2l del 11 de marzo de 2019

palabra daño no se plasma solo dice que así no le dejen ver la niña es lo que más ama y: “...*LES PIDO PERDÓN DE CORAZON, OJALÁ ALGUN DIA ME PUEDAS PERDONAR.*” (sic), termina ensalzando la labor como madre de la niña, es decir lo explicado en audiencia no se adecua al texto expuesto.

Debe la Sala decir que se trata de un mensaje al correo electrónico para el año 2010, donde el tema de pareja no está en debate, dado el análisis realizado al testimonio de VLS en armonía con el dicho de GFJ, aquella lucha por sostener la relación termina en el año 2007 a tal punto que es a finales de aquel año que Diego conoce a Viviana, y la relación toma su inicio para semana santa de 2008, lo que denota mayor tiempo desde la finalización de la relación con la madre de la víctima, y si en gracia de discusión la pretensión de perdón sea por esa situación debía dirigirse solamente a la dama, pero vemos que la demanda de perdón es en plural “les pido perdón” se infiere que también es a la menor pues parte del contenido es referido a que la ama mucho; por lo que, ante la ausencia de una motivación distinta que le ha impedido ver a su hija, necesariamente se relaciona con los actos ejecutados en contra de la menor y que son objeto de este proceso.

De igual manera ha referido el acusado el no saber de su hija por largo periodo de tiempo, pero vemos que ha estado acudiendo a diligencias unas privadas otras con fines judiciales, en las que se requiere su intervención en favor de la menor, sin embargo en ninguna deja constancias sobre su deseo de ver a su hija, en el documento de conciliación sobre cuota alimentaria de fecha 30 de julio de 2015 la señora GFJR indica su no aceptación sobre visitas y el señor DAGA al tema no dice nada, no se opone, tampoco hace tal reclamación ante las autoridades correspondientes. De conformidad con los documentos admitidos como prueba, se define lo relacionado

con el restablecimiento de derechos de la menor el 1º de julio de 2009 y ante tal procedimiento el padre de la menor tampoco realiza actuación alguna tendiente a demostrar lo contrario dado que desde aquel momento se refiere al presunto abuso sexual de la menor; y lo ha dicho la madre de la menor que lo ha convocado para que dé su autorización cuando ha requerido sacar a la menor del país, entregando su beneplácito, pero no se ha demostrado que tienda a buscar la compañía de su hija, que tienda a compartir con ella, no hay demostración de acudir ante las autoridades judiciales para realizar tal reclamación, lo cual encuentra eco en lo afirmado por la madre de la menor cuando señaló una vez lo cuestionan por lo contado por la menor, luego del impacto ante tal interrogante aquel *guardó silencio y distancia*.

Tampoco tiene cabida lo explicado por el acusado, por cuanto señala que aquel día 25 de enero de 2010 trató de visitar a su hija manifiesta que todo el día y por ello envía el correo, pero el correo tiene aquella fecha y como hora de recibido las 10:36 de la mañana de aquel día. Lo que no concuerda con que la estuvo buscando todo el día de ser así el correo debía tener una hora de finalizada la tarde o la noche y no en la mañana; de este evento también se refirió la madre del acusado que acudieron a la casa de la menor y no abrieron la puerta.

Se itera, no se puede pretender generar dudas cuando han desfilado los testigos y del tema no se buscó obtener la claridad, ello por cuanto la madre de la menor dio su testimonio y sobre este tópico de pretender entregar un detalle el día de cumpleaños de la menor nada se dijo, menos de haber tenido una conversación por teléfono para tal fin, la madre de la menor lo que afirma es que no ha tenido contacto alguno con al acusado, no habla de llamadas¹⁵, tampoco indica que pretendió buscar a la niña, o explicar lo sucedido, solo menciona el

¹⁵ Minuto 14:03 audio 2 de 11 de marzo de 2011

mensaje al correo electrónico un día que su hija cumplía años. Sin que se lo hayan propuesto del análisis se puede aclarar no ha habido llamadas, tampoco han buscado a la niña, ello lo expuso aquella delante del acusado sin que encontrara objeción alguna.

Situación similar se presenta con el hecho que dice el acusado se da luego de la regulación de cuota alimentaria del mes de julio de 2015, en el que como ya se dijo, no se vislumbra ningún animo del acusado por ver a su hija, y que se relaciona con que la madre de la víctima profirió una amenaza ante la negativa a conceder la patria potestad de la menor, al tema debe decirse que la señora GFJR si se refirió y si dijo que tal citación la había utilizado para encontrarse con el padre de su hija, además dijo que no había recibido ayuda económica y que pretendía era la patria potestad pero dijo que no había mencionado la existencia de este proceso dado que como tal debe seguir un curso normal, que es a lo que el acusado se refiere que le manifestó, de lo que se debe decir le asiste la razón a ella, por cuanto una vez dado a conocer a las autoridades correspondientes son ellas quienes deben adelantar las actuaciones correspondientes, no es una situación de la que pueda la denunciante disponer dada la naturaleza de delito que se investiga, es por ello que el continuar con la investigación o solicitar la preclusión es facultad de que dispone el ente acusador.

De todo este conjunto de pruebas que se ha recaudado, vemos que emerge diáfano el testimonio de la menor, que ahora en sus 14 años continúa presentando el dolor por haber sido objeto de aquel acto libidinoso que, si bien a sus escasos 4 años no entendía, y creyó que era un juego, por la naturalidad y seguridad en su exposición al decir de la sicóloga de la fiscalía Catalina Muñoz Guzmán, es después que ella entiende que tal serpiente era el miembro genital de su padre, con el que ella jugaba, no por voluntad de ella sino por el querer del padre, dado que como lo explican su vocabulario adulto morfo solo

podía provenir del dicho del sujeto activo quien le propuso el juego de la serpiente rosada, para de esa manera realizar aquellos actos aprovechando la inocencia de la menor, inocencia que fue tan evidente que la menor se había creído la historia y entra en confusión cuando le explican que no eran de dicho color y no estaban en el pantalón del padre, porque ella si asumía tal acto como un juego, que es lo que se ha dicho los niños a esa edad actúan y aprenden a través del juego, sin embargo entendió el deshonesto acto y como lo dice su progenitora tiene temor de volver a aquella casa y se presenta la profunda afectación de la cual señala ha procurado que su hija estuviera mejor, indica que estuvo en tratamiento psicológico, sin embargo el enfrentarse nuevamente a la descripción de la situación vivida indica que tal afectación se encuentra latente a la fecha.

Como con anterioridad se indicó la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de corroboración periférica, traído de la jurisprudencia española, dado que como se itera los sucesos de esta naturaleza ocurren a escondidas, en solitario, donde no hay mas evidencias que las que en la persona quedan, es por ello que la manifestación de su estado emocional, la afectación que presenta la menor y que ella a la edad con que ahora cuenta la atribuye al acto realizado por su padre, no deja duda que se ha presentado, y que el escenario fue la casa de aquel ubicada en el barrio LC, lugar donde la llevaba y que también lo aceptó el acusado que cree que en 10 oportunidades la menor estuvo en su casa, y que señaló la progenitora del acusado que él tenía su pieza separada, que se deduce lugar donde debía llegar la menor por ser hija de aquel, pero que la menor ha manifestado que no quiere regresar a la casa de su padre porque le da miedo.

La existencia en la casa de otras personas y otros menores no descarta la realización de los hechos, pues se trataba de menores de edad, hasta un bebe de un año de nacido, otro de 11 años y una niña

de 16 años según del dicho de MEA, como vemos la existencia de aquella niña de un año obligaba a los mas adultos a preocuparse por el cuidado de esta menor y había más responsabilidad del acusado en estar con su hija en su casa, por tanto aquella situación de la presencia de la menor en casa del acusado a cargo de este es evidente.

Y con seguridad que algunas veces la llevó donde sus amigos, pero dada la edad tampoco podía dejarla, o quisa la llevó a centros comerciales en compañía de VLS, lo que no es descartable por cuanto los hechos se presentan es en la casa del acusado y en el establecimiento que la menor mencionó A, no en la parte pública como lo cree el perito de la defensa, sino que con claridad lo expresó la menor en audiencia, lo hacia en los baños donde nadie lo miraba. Aquellas personas con las que estuvo son claros en señalar que no todas las veces lo pudieron acompañar, y si en este proceso se está dando total credibilidad al dicho de la menor, dicho que desde la valoración siquiátrica del 8 de abril de 2010 se dijo es creíble, y que el acervo probatorio de la defensa no lo ha derruido, lo lógico es que se tomen los hechos como la menor al momento de la audiencia los ha narrado que tienen similitud absoluta con lo narrado en junio de 2009, por lo que se observa ha persistencia no solo en el relato sino en el señalamiento al agresor.

Quiso la defensa explotar un tema que estuvo presente en la vida de la pareja, y son los conflictos se presentan por los actos realizados, si bien la madre de la menor MGJ no los negó, a la sazón de la activa vida social del acusado, si indicó que presagiando aquel comportamiento decide poner fin a su lucha por conservar la relación y para el año 2007 rehacer su vida sentimental, por lo que niega reclamos de tal naturaleza en fecha posterior, lo que se corroboró con la declaración de la dama que para el año 2008 fue la novia del

acusado y posterior madre de otro hijo, este era el total argumento para determinar que todo se debe a una retaliación por el nuevo romance y nuevo hijo del acusado, también se quiso señalar que la veneración por determinada fe fue exigencia de la familia, sin encontrar eco probatorio, por el contrario dijo el acusado que si había acudido a aquel culto y dijo GFJ que desconocía la religión que profesaba, lo conoció profesando la religión católica y después no sabía cuál practicaba, pero no se logra demostrar obligatoriedad alguna de parte de la familia de la madre de la menor víctima. Se indicó por los testigos de la defensa que le querían controlar la vida al señor DAGA, lo cual queda sin piso cuando se hace el análisis cronológico al tiempo de duración de la relación sentimental, y ello pudo ser posible al interior de la relación, pero no para el año 2009.

En este orden de ideas, se ha desvanecido probatoriamente la teoría de la defensa en el sentido que todo se debe a una retaliación, a venganza, a resentimiento por una nueva relación que el acusado empezaba a tener, dado que no se acomoda en el tiempo de como han transcurrido la vida de los padres de MGJ.

Itera la Sala que la defensa se preocupa por establecer una coartada que favorezca a su prohijado y han descuidado que a sus 14 años la menor MGJ entrega su testimonio en el cual hace una narración completa de lo sucedido con la explicación clara de cual era la serpiente rosada y en partes de su cuerpo era colocada, que si bien ha manifestado la contraparte que se trata de un testimonio manipulado tal situación no fue demostrada, habida consideración que tímidamente se le preguntó y ella manifiesta que nadie le ha recomendado como declarar, que solo ha dicho lo sucedido, por tanto es este testimonio el que no fue confutado, se refirieron a una entrevista que como ya se dijo no ingresó, y respecto de desacreditar este testimonio no se hizo, por tanto ahora su dicho explicado y

aclarado es el que tiene plena validez que merece credibilidad. Que ha manifestado que su padre lo hacía también en los baños de un centro comercial determinado, solo tuvo dos reproches que era un lugar público y lo dicho por el acusado que no acostumbra a ir a aquel sitio, de lo que se puede manifestar que evidentemente la menor clarificó que no era en lugar público sino en los baños especificando donde nadie lo observaba, ahora puede que se confunda de centro comercial, recordemos lo dicho por la madre de la menor víctima, con el paso del tiempo ella va conociendo lugares y palabras a las que le encuentra sentido al relacionarlo con aquellos actos lascivos de que fue objeto. Igual sucede con lo informado en audiencia que su padre la deja en un asadero de pollos, lo cual debe mirarse en el contexto que la menor expone respecto de una forma de maltrato, como también que le pegaba, pero tampoco se indagó más si minutos después la va a recoger o que sucedió, ante la falta de información todo lo que se diga no deja de ser conjetura, pero ello es para denotar un hecho de maltrato que también indicó la menor, que en nada afecta su relato sobre los actos de tocamientos efectuados de índole sexual.

Conforme este análisis no queda duda para la Sala que se ha demostrado que existen unos comportamientos que se adecuan a lo normado en el artículo 209 del C. Penal, denominados como actos sexuales abusivos con menor de 14 años agotados en la menor MGJ cuando ella contaba con 4 años de edad, lo cual como se ha evidenciado a lo largo de la investigación alteró su formación sexual, al pretender despertar a temprana edad a su hija a actividades lujuriosas, que tal como lo ha indicado la menor, realizó tales actos utilizando como juego “la serpiente rosada” para poder colocarla entre las piernas de la infante, juego inventado por el acusado de lo cual podemos extraer el dolo directo con el que ha obrado, el cual se refleja en esa intimidación que lanza a la menor para que no contara lo que estaba realizando, por ello podemos hablar de una autoría de

forma directa realizada, porque ha sido un ejercicio voluntario de su actuar, le era natural que comprendiera que a su edad la menor no podía tener comprensión de la naturaleza de tales actos y pese a ello dirige su albedrío hacia tales actividades ilícitas es por lo que se lo encuentra responsable penalmente de estos hechos que manifiesta la menor MGJ se realizaron en contra de su libertad, integridad y formación sexuales. De la misma manera al realizarse el acto entre los miembros de la familia, como lo señala el artículo 237 del estatuto de las penas, con un descendiente se consuma también el delito de incesto.

No se allegó prueba alguna que demuestre que se trata de una persona que no comprendía lo que realizaba y que no podía dirigir su accionar conforme esa comprensión, por ello se indica su imputabilidad.

Con la anterior motivación se llega a la clara conclusión que no existe duda alguna en el presente proceso, y que del conjunto de pruebas producidas se tiene las suficientes que reclama el artículo 381 del procedimiento penal para imponer una sentencia condenatoria por lo que deberá revocarse la decisión de primera instancia.

3.1 Punibilidad.

Tanto al momento de presentar los cargos en la audiencia de formulación de acusación, como en los alegatos de conclusión, el ente instructor solicitó se emita sentencia condenatoria por los delitos de acto sexual con menor de 14 años e incesto en concurso homogéneo, por lo que debe darse aplicación al artículo 31 del estatuto de las penas que regula dosificación de las conductas punibles que de forma concursal se realizan.

De conformidad con lo anterior, ante el análisis realizado en el cual se encontró responsable penalmente al acusado DAGA en calidad de autor material, por lo que de conformidad con el artículo 209 de dicha normatividad, los límites punitivos para el delito de acto sexual con menor de 14 años es de prisión de 9 a 13 años (108 a 156 meses) de prisión.

Establecido al ámbito punitivo de movilidad se procede a determinar los cuartos correspondientes, en meses de prisión:

Un cuarto mínimo:	De 108 a 120 meses
Un primero cuarto medio:	De 120 meses y un día a 132 meses
Un segundo cuarto medio:	De 132 meses y un día a 144 meses
Un cuarto máximo:	De 144 meses y un día a 156 meses.

Se indica en el artículo 61 inciso 2 del código penal, que cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran solamente circunstancias de atenuación punitiva enrostradas al acusado, la pena debe estar en el cuarto mínimo, es decir un rango de discrecionalidad de 108 a 120 meses de prisión.

En el presente evento, al momento de la formulación de acusación se manifestó el ente fiscal que no había imposición sobre circunstancias de mayor o menor punibilidad, por lo que la pena deberá estar en el cuarto mínimo.

En este orden de ideas tenemos que se trata de un comportamiento grave por cuanto se atenta contra el normal desarrollo de la menor, observa la Sala que la víctima en su testimonio señala que su afectividad hacia su progenitor ya no existe, dada la realización de este accionar, y que conforme lo expuesto por la psicóloga del CTI la menor entra en una confusión por llegar a un conocimiento que no

era acorde a su edad y que proviene de adultos; en cuanto al daño causado es evidente lo ocurrido pudo observarse en lo que fue la practica de su testimonio donde la menor se desmorona al hacer su relato y que es casi en todo su relato que ella llora, solloza, respira profundo y debe recibir la ayuda de quien está a cargo del interrogatorio, por tanto el daño es evidente; se ha obrado con un dolo directo en tratándose de una menor de escasos 4 años y aprovechando esa relación padre hija se presentan los actos reprochables lo que denota pocos valores morales porque la acción la ejecuta en contra de su hija, es por ello que se hace necesario la imposición de una pena con unas funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y reinserción social.

Por lo antes expuesto, la pena a imponer será de ciento catorce (114) meses de prisión.

Respecto del delito de incesto, como se encuentra establecido en el artículo 237 del estatuto punitivo, extractamos que el ámbito punitivo de movilidad corresponde a 16 a 72 meses de prisión, por tanto, los cuartos se elaboran de la siguiente forma:

Un cuarto mínimo:	De 16 a 30 meses
Un primero cuarto medio:	De 30 meses y un día a 44 meses
Un segundo cuarto medio:	De 44 meses y un día a 58 meses
Un cuarto máximo:	De 58 meses y un día a 72 meses.

Como antes se ha indicado, se escoge el cuarto mínimo en atención a que al momento de la formulación de acusación no se enunciaron circunstancias de mayor punibilidad. El bien jurídico que protege el este delito es la familia, que de acuerdo con la Carta Política es la institución básica de la sociedad¹⁶, el núcleo fundamental de la

¹⁶ Art. 5º Constitución Política.

sociedad¹⁷, lo anterior unido a que para los menores se constituye en un derecho fundamental tener una familia a la luz del artículo 44 de la misma obra, se deduce que se convierte en una institución fundamental como que de ella emana la conformación de la sociedad dando cabida a todo el sistema de Estado, por ello como familia la protección se enfila a evitar el cambio de los roles de cada ciudadano, y en especial a la protección a los hijos como parte importante de este bien, es por ello que se sanciona el hecho que el padre desconozca los derechos y deberes que como tal tiene y que solo procuran una satisfacción individual, en desmedro de la salud mental del menor. Es por lo que el acto en la forma como se ha presentado reviste gravedad, el papel del padre respecto de su menor hija se encamina a una orientación para que enfrente la vida de acuerdo a buenas experiencias y ello aquí no se ha dado; al trastocar el orden al interior de la familia causa daño porque confunde el rol de cada uno como célula principal de la sociedad; para lo cual se ha obrado con un dolo directo de querer ejecutar su acción, por ello requiere que la pena cumpla con las funciones establecidas en la ley.

La pena que se determina para el presente caso es de 23 meses de prisión.

No solo por la existencia de un concurso heterogéneo sino porque lo ha formulado en la acusación y es lo dicho por la menor MGJ los hechos ocurren varias veces, se presenta un concurso homogéneo de conductas punibles, por lo que debe darse aplicación al artículo 31 de la misma normatividad, pero deberá en favor del acusado ante la indeterminación del número de veces solo contabilizarse una vez más.

Para el caso ya se encuentran debidamente dosificadas las penas por

¹⁷ Art. 42 Constitución Política

lo que deberá partirse de la más grave que resulta ser la de acto sexual con menor de 14 años, que se estableció en 114 meses de prisión a ella deberá incrementarse en otro tanto que fija en 9 meses por el delito en contra la libertad, integridad y formación sexual y por el incesto en concurso homogéneo se incrementa en 4 meses.

En resumen, la pena que debe purgar el acusado DAGA por el concurso homogéneo y heterogéneo de conductas punibles de acto sexual con menor de catorce años e incesto será de ciento veintisiete (127) meses de prisión.

Como penas accesorias deberán imponerse la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tal como lo establece la normatividad penal en su artículo 52 inciso 3º que establece que en todo caso la pena de prisión conlleva esta pena accesoria por un periodo igual al de la pena que se impone, es por lo que por esta expresa consagración legal se impone al sentenciado esta sanción.

De la misma manera, por la naturaleza del delito, por la situación fáctica sucedida que tiene que ver con la afectación en el desarrollo y evolución de la menor por los actos del padre, vemos que se debe imponer la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría del artículo 47 del estatuto de las penas por cumplirse lo normado en el inciso 1º del artículo 52 de la misma obra, al tener una relación directa con la conducta desplegada y que constituye una prevención en la realización de conductas similares a la que ha sido encontrado responsable DAGA.

La figura de la patria potestad tiene su definición en las normas del código civil, artículo 288 cuando expone: La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Ejercicio que corresponde de manera conjunta a ambos padres y que finaliza con la emancipación del hijo.

La CSJ en su Sala de Casación Penal se refirió a este importante tema de la patria potestad cuando analizaba el derecho a la intimidad de los menores frente al derecho que tienen los padres de su cuidado, orientación y protección en el marco del acceso a las plataformas de redes sociales y mensajería que reciben los menores, análisis que para nuestro caso nos ilustra de mejor manera sobre este significativo derecho de los padres sobre sus hijos:

“Por tanto, los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno, motivada en su situación de indefensión, vulnerabilidad, debilidad y la necesidad de ofrecerles un desarrollo armónico e integral que les provea las condiciones indispensables para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Para la materialización de este imperativo, el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia define el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como la obligación de todas las personas de garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Esta obligación de asistencia y protección se impone como responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, quienes participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos.

En la familia, la ley civil¹⁸ les atribuye al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados, el ejercicio de la patria potestad, la cual se define como el conjunto de derechos y facultades otorgados a aquellos, para facilitar el cumplimiento de los deberes que su condición les impone.

La Corte Constitucional, en sentencia CC C-1003/07, precisó que la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección

¹⁸ Artículo 288 y s.s. del Código Civil.

del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia del matrimonio y que se aplica exclusivamente como un régimen de amparo a hijos menores no emancipados.

Y agregó que:

«Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.»

*También precisó que la Constitución Política y la ley le otorgan a los padres, en ejercicio de la patria potestad, los siguientes derechos y obligaciones sobre sus hijos: (i) al usufructo y administración de sus bienes; (ii) al de representación judicial y extrajudicial; (iii) a su guarda, dirección y corrección; (iv) al **cuidado personal de la crianza**, y (v) a su **educación e instrucción, con la facultad de corregirlo, la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del menor.***

*Advierte la Sala, que por mandato del artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en ejercicio de tales derechos y en cumplimiento de la obligación de asistencia, la labor de los padres se debe complementar con la responsabilidad parental, entendida como la obligación inherente a la orientación, cuidado, **acompañamiento** y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye el compromiso compartido y solidario del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.»*

Con esta exposición tan clara queda plenamente definido los alcances de la figura de la patria potestad, lo cual tiene que ver con el cuidado y la crianza aspecto que son vulnerados con este accionar por ende procede la imposición de esta pena accesoria.

El artículo 51 del código penal que establece la duración de estas penas, indica que la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad tiene un ámbito de movilidad entre 6 meses y 15 años, como lo ha definido la jurisprudencia¹⁹ de nuestra máxima Corporación debe efectuarse el sistema de cuartos, es por lo que los cuartos quedan de la siguiente forma:

Cuarto Mínimo:	De 6 meses a 49,5 meses
Primer cuarto medio:	De 49,5 meses 1 día a 93 meses
Segundo cuarto medio:	De 93 meses 1 día a 136,5 meses; y
Cuarto máximo:	De 136,4 meses 1 día a 180 meses.

Como ya se ha expuesto con antelación no hay circunstancias de mayor punibilidad enrostradas por ello la duración de la sanción deberá estar en el cuarto mínimo y siguiendo los criterios para la determinación tenemos que la situación fáctica ha fracturado la natural relación de afecto entre padre e hija lo que no resulta normal, dado que el deber de los padres se encamina al velar para aportar buenas enseñanzas a sus hijos; hay daño psicológico en la menor que ni con el paso del tiempo ha podido superar, por tanto la imposición de la medida accesoria que se indica se vuelve necesaria y con un fin de prevención general, especial y de protección a la menor.

Por ello se considera que el lapso para esta pena accesoria debe ser de 27,5 meses y en tratándose de un hecho concursal se incrementa en 2,5 meses para un total de 30 meses de inhabilitación de la patria potestad respecto de su hija MGJ.

3.2 Subrogados y Sustitutos Penales.

¹⁹ CSJ Sala de Casación Penal radicado 41511 del 4 de diciembre de 2013; radicado 54324 del 4 de marzo de 2020

En tratándose de menores que son víctimas de delitos sexuales, el código de infancia y adolescencia tiene establecido:

Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. *Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

(...)

4. *No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el Artículo 63 del Código Penal.*

(...)

8. *Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva. (Subraya fuera de texto)*

Bajo esta prohibición legal, es claro que resulta inane realizar el análisis de subrogados o sustituto alguno, por lo cual deberá ordenarse la captura del sentenciado señor DAGA, para que cumpla la condena que ha sido impuesta.

4. Del principio de doble conformidad.

En garantía de los derechos de las personas que resultan condenadas en segunda instancia con el propósito que se cumpla con lo normado en la Constitución Política en el artículo 29 y en la norma procedimental penal artículo 20, relativo al derecho a impugnar la decisión que le sea adversa en mayor medida cuando está de por medio el fundamental derecho a la libertad, la jurisprudencia de nuestra Alta Corporación ha determinado que se debe permitir la interposición del recurso de apelación para que sea revisado por el superior de quien emite la primera condena y es a lo que ha llamado derecho a la doble conformidad.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en decisión del 03 de abril de 2019 con radicado 54215 ha indicado que mientras legisla el congreso sobre este vital tema, y con el fin de salvaguardar este principio de impugnar la sentencia condenatoria emitida por primera vez en segunda instancia se deben cumplir estas directrices:

“(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a

los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación. (viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría -según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 196, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la

determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.”

III. LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

1°. **REVOCAR** la sentencia absolutoria de primera instancia y en su lugar **CONDENAR** al señor DAGA, de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso penal, por haberlo encontrado responsable penalmente como autor material de los delitos de actos sexual con menor de catorce años en concurso homogéneo, e incesto también en concurso homogéneo, a las siguientes penas:

PRINCIPAL: Ciento Veintisiete (127) meses de prisión.

ACCESORIAS: Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, y la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad respecto de su hija MGJ por un tiempo de 30 meses.

2°. No conceder al señor DAGA, ni la suspensión de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

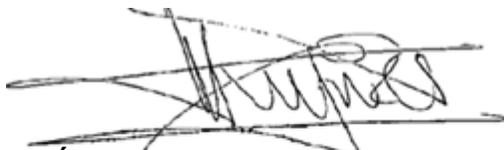
3° Confirmar en lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

4º Ejecutoria esta sentencia, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

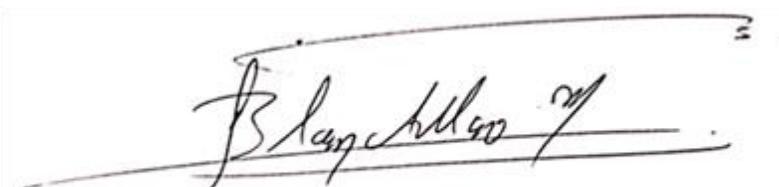
5º En firme el fallo se dispondrá el envío del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas de esta ciudad, para lo de su competencia.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para los procesados y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de los sujetos procesales, en los términos explicados en precedencia.

Notifíquese y Cúmplase



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

2725



SILVIO CASTRILLON PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 137

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 han ampliado de manera progresiva mediante acuerdos 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 el proceso penal de la referencia.

Pasto, 21 de julio de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario