

República de Colombia



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Penal**

Magistrada ponente: **Xenia Rocío Trujillo Hernández**

Radicación	110016500021 2015 01348 02
Procesado	Diego Pardo Cuellar
Delito	Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo
Procedencia	Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento
Asunto	Sentencia absolutoria
Decisión	Confirma

Aprobado mediante Acta No.07 /2021

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante la cual absolvió a **Diego Pardo Cuellar** de los cargos como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

Fue descrita por la Fiscalía en el escrito de acusación, así:

“De los EMP, ILO Y EF se puede afirmar con probabilidad de verdad que el imputado DIEGO PARDO CUÉLLAR identificado e individualizado en precedencia, atentó contra el bien jurídico de la FORMACIÓN,

*INTEGRIDAD Y LIBERTAD SEXUAL de su hija biológica la menor SPH nacida el día 10 de mayo del año 2011 en hechos que estarían ocurriendo en esta ciudad capital, pues conforme con los EMP y ILO habría ejecutado estos actos de contenido lascivo en contra de la ofendida, durante el tiempo que compartía con ella como consecuencia del acuerdo conciliatorio de regulación de visitas de fecha septiembre 15 de 2014 avalado por la Procuraduría Séptima Judicial II de Familia, celebrado con la madre de la menor, toda vez que se encontraban separados desde el año 2013, de manera que los encuentros con SPH estarían sucediendo cada quince **días, los sábados desde las 9:00 am hasta las 7:00 pm y el domingo desde las 9:00 am hasta las 5:00 de la tarde, así como también los días martes de 2:00 a 5:00 pm durante el lapso comprendido entre los meses de Septiembre 2014, hasta el mes de marzo de 2015**, mes éste último donde la menor hace una revelación del abuso investigado a la psicóloga particular Dra. Graciela Galán, a cuyo consultorio había sido llevada por su progenitora, en vista de que se habían detectado cambios de conducta y comportamientos tales como manifestaciones de rebeldía e intolerancia en el ambiente familiar y escolar. Es así que dentro del desarrollo de la investigación la menor reconoce que fue objeto de tocamientos lascivos en más de una oportunidad por parte de su padre el señor DIEGO PARDO CUÉLLAR ubicando algunos de los hechos "en su casa... en Bogotá... en el jardín" refiriéndose al hogar paterno (sic) del imputado, detallando principalmente que fue objeto de en varias oportunidades de besos en la boca con lengua, besos en su vagina, tocamientos en su vagina, con la mano y con el pene, así como también ubica un evento mientras estaban compartimiento en un centro comercial de esta ciudad"¹.*

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El 25 de agosto de 2017, ante el Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal con Función de Control Garantías de esta ciudad, la Fiscalía le formuló imputación a **Diego Pardo Cuéllar** como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en los artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal, cargos que, **el imputado no aceptó**².

El escrito de acusación³ se radicó el 11 de octubre de 2017 y le correspondió al Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, donde se realizaron las audiencias de

1 Folio 4 PDF cuaderno 03

2 Récord 6:55 a 29:35, 35:15 a 38:55 y 42:36 a 42:54 archivo 11001650002120150134800 (audiencia preliminar) (25-08-2017) y folio 35 PDF cuaderno 03

3 Folios 41-45 PDF cuaderno 03

formulación de acusación (25 de enero de 2018)⁴, preparatoria (10 de julio, 10 de agosto y 13 de septiembre de 2018)⁵ y juicio oral (inició el 27 de mayo de 2019 y culminó el 20 de noviembre de 2020)⁶. Se emitió fallo absolutorio.

El apoderado de la víctima interpuso y sustentó oralmente el recurso de apelación contra el fallo absolutorio, que fue concedido en el efecto suspensivo. El expediente digital se recibió en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de enero de 2021.

4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 20 de noviembre de 2020, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá absolvió a **Diego Pardo Cuéllar** de los cargos como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, tras considerar que no se demostró la materialidad del delito ni la responsabilidad del acusado.

Como fundamentos del fallo expresó que el testimonio de S.P.H. aportó muy pocos elementos para tener como acreditados los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, porque si bien admitió que su padre **Diego Pardo Cuellar** “*le beso la cuca*”, no recordó detalles como el lugar y la edad que tenía para ese entonces. Tampoco precisó “*el tiempo de ocurrencia*” de los hechos, ni refirió los besos en la boca con lengua, los tocamientos en su vagina con la mano y con el pene, enrostrados en la acusación.

4 Récord 08:40 a 12:07 archivo 11001650002120150134800 (audiencia preliminar) (25-08-2017) y folio 50 cuaderno 03
5 Folios 89, 91-93 y 95 PDF cuaderno 03
6 Folios 196, 211, 256, 260, 264, 267 PDF cuaderno 03

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el testimonio del menor, víctima de abuso sexual, es suficiente para condenar, siempre que brinde una versión clara, coherente y corroborable con otros datos que hagan más creíble su versión, claro está teniendo en cuenta las particularidades de rememoración, comprensión y expresión de quien, como los menores, está en proceso de formación; características que no ofrece el testimonio de S.P.H.

También aludió al testimonio de la psicóloga Graciela del Pilar Galán Picón no brinda información que permita concluir la existencia del delito y no ratifica lo dicho por la menor. Mientras la psicóloga dijo haber inferido que S.P.H. presuntamente era sometida a conductas inadecuadas en el hogar paterno, por haberla observado durante el juego, manipulando las piernas y las zonas genitales de las muñecas, la niña adujo que le contó a una doctora Galán lo que su papá le hacía.

Destacó lo extraño que resultaba que, durante la primera parte de la entrevista forense, S.P.H. negó cualquier evento de connotación sexual y después de haber salido de la sala, con el excusa de querer ir al baño, al que finalmente no fue para tener contacto con su madre, regresó pidiendo que apagaran la cámara, expresó que su mamá le dijo que hablara y le contara lo de él, y después reveló que su padre le daba besos con lengua en la boca y *“en la cuquita”*, incluyendo un relato fantasioso al señalar que *“le preparaba la cuquita con un batidor”*, lo que sucedió en el jardín de la casa de su papá, en presencia de su madre, a quien también le contó lo sucedido. Y cuando se le preguntó si había pasado algo más, la niña dijo que sí, pero que debía preguntarle algo a su mamá.

A su vez, recalcó que en las fotografías aportadas por el investigador de la defensa Holman Leonardo Vargas Roa, se estableció que el inmueble de los padres de **Diego Pardo Cuéllar** y el de su prima Alejandra Robledo, a donde era llevada la niña para cumplir con las visitas con el procesado, no tenían jardín. Y que las visitas siempre estuvieron supervisadas, por el acontecimiento familiar que les representaba acceder a la visita de la niña.

Enfatizó que le llamaba la atención que María Margarita Herrera Mercado, progenitora de S.P.H. manifestara que su hija no le contó nada sobre el abuso sexual y que la llevó a donde la psicóloga Graciela Galán por los cambios de comportamiento que presentaba, pero cuando esta profesional le entregó el informe donde le indica que la niña al parecer era víctima de abuso sexual, la madre no denunció, sino que le dio el documento a un abogado y permitió que la niña siguiera teniendo encuentros con su papá.

Analizó los testimonios e informes de los psicólogos y psiquiatras presentados por la Fiscalía y defensa. Y cuestionó que el fiscal presentara como prueba la valoración psiquiátrica forense de la perito Ángela Patricia Murcia Ballesteros, cuyo contenido contraría la teoría del caso del ente acusador, al explicar que la valoración psicológica de la doctora Graciela del Pilar Galán Picón carece de objetividad por no haber aplicado en debida forma los protocolos y, porque al valorarla, evidenció que el relato de la menor sobre el supuesto abuso no es espontáneo, que la niña tiene apego y vinculación afectiva con ambos

padres, sin signos de animadversión hacia el progenitor y con síntomas de ansiedad o presión con la presencia de la madre.

Citó algunos ejemplos de la teoría de la corroboración periférica, para concluir que, en este caso, la Fiscalía no cumplió con esa carga, dado que con la prueba de descargo se demostró que la relación entre el procesado y su exesposa, la madre de S.P.H., desde un inicio fue conflictiva, al punto que él se distanció de su familia para evitar problemas con ella; pero, cuando nació la niña, los problemas se acentuaron dado que la madre mantenía al padre al margen y a su núcleo familiar.

Sobre un supuesto daño psicológico de S.P.H., el diagnóstico de ansiedad dictaminado por la psiquiatra de Medicina Legal no cuenta con fundamento, según la perita Jazmín Andrea Guerrero Zapata, testigo de la Fiscalía, lo controvirtió y explicó las razones científicas de tal conclusión.

El estado anímico de la menor durante la entrevista forense se evidenció sin alteración ya que la niña se veía tranquila, feliz y comunicativa. A eso se suma, que la psicóloga Graciela del Pilar Galán Picón, quien la valoró por primera vez, aseveró que el estado emocional de la niña era estable y adecuado.

La menor no reveló que el procesado le diera regalos o dadas para propiciar actos lascivos.

En lo que atañe al acontecimiento del Centro Comercial Andino, referido en la acusación, de los testimonios de S.P.H. y María Margarita Herrera Mercado no se infiere relevancia jurídico penal, ya que el hecho de que el padre tomara a la niña a la fuerza para llevársela, como lo refirieron someramente las testigos, no se ajusta a la descripción del tipo penal enrostrado.

Ordenó el levantamiento de las medidas personales y reales que con ocasión de este proceso se emitieron en contra de **Diego Pardo Cuellar**, incluida la del Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, por medio de la cual se le prohibió acercarse a su hija y se suspendió, provisionalmente, el régimen de visitas⁷.

5.- DE LA APELACIÓN

El apoderado judicial de la víctima solicitó revocar la absolución para que en su lugar se profiera sentencia condenatoria, con los argumentos que a continuación se resumen:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸, ha establecido que, una cosa es el principio de suficiencia y otra es el *in dubio pro reo*.

Cuando el ente instructor ha presentado, respecto de una situación fáctica, una explicación razonable que satisfaga "*aquellos aspectos anormales o intrincados al fenómeno*" y esté apoyada en los medios de prueba que obran en el expediente, la duda o ausencia de certeza solo

⁷ Folios 1-17 cuaderno 01 pdf

⁸ Sentencias de 4 de abril de 2003, radicación 14636 y de 23 de octubre de 2014, radicación 39538

procederá cuando la solución alternativa que se brinde logre reunir un nivel similar de explicación. Y refiriéndose al estándar de más allá de toda duda razonable, señaló la Corte⁹, que la certeza absoluta sobre la responsabilidad y la existencia del hecho es una utopía, por lo que se requiere una verdad racionalmente construida.

Contrario a lo indicado por la falladora de primer grado, sí se cumplen los presupuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar y no existe duda, en la medida en que no se observa una teoría alternativa a aquella que fuera fundada por la Fiscalía General de la Nación, con base en los elementos materiales probatorios.

El hecho o la materialidad del suceso se acreditó con las pruebas debatidas en el juicio.

El informe de evaluación psicológica presentado por la doctora Graciela del Pilar Galán Picón, en el que realizó un *test* de familia, da cuenta de que el procesado realizó unos comportamientos de tipo sexual en contra de su hija S.P.H. Y en él se aplicaron "*todos los criterios científicos*".

La niña suministró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, de acuerdo con su precario nivel de descripción o de interlocución, atendiendo su edad. En lo que tal vez se cimienta la duda, es si este se dio de manera reiterada o no.

El despacho reconoció en algún momento, que la menor sí reveló la ocurrencia de un suceso, pese a las imprecisiones en los contextos en que este se desarrolló.

⁹ Sala de Casación Penal, sentencia de 16 de abril de 2015, radicación 43262

La forma en la que se valoró el testimonio de la ofendida no se compadece con la que corresponde a un menor de edad que no está familiarizado con este tipo de sucesos, ocurridos hace muchos años y que no se puede medir con el mismo rasero del testimonio de un adulto.

Para indagar si el delito ocurrió o no, debe atenderse a la naturaleza de los hechos que se desarrollan de puertas para adentro y acudir al rastro que quedó en la víctima y a la memoria que, a los 3 años es frágil¹⁰.

6. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA NO RECURRENTE

El defensor del procesado solicitó confirmar el fallo absolutorio de primera instancia, en el que se hizo valoración probatoria detallada y conjunta.

Cuestionó la legitimidad del apoderado de la víctima para apelar, dado que en los alegatos de conclusión expresó que se atendería a lo que decidiera el juzgado y con sorpresa, luego de la lectura, recurrió la sentencia.

Destacó que la Fiscalía en sus alegatos de conclusión pidió la absolución y que las representantes del Ministerio Público, pese a haber solicitado la condena, no apelaran el fallo absolutorio.

En la breve argumentación del apelante, no hizo alusión a la diferencia entre el principio de suficiencia e *in dubio pro reo*.

¹⁰ Récord 1:52:53 a 2:01:11

Desconoció el recurrente que el juzgado hizo una valoración periférica del testimonio de la menor, al comparar lo dicho en la entrevista y en el juicio, su comportamiento en una y otra diligencia, y al tener en cuenta que los peritos de la Fiscalía dictaminaron que el relato de la menor es fantasioso y poco creíble.

Pide al Tribunal que observé la versión alternativa que echa de menos el censor y que probó al defensa, concretada en que la incriminación en contra de su defendido se suscitó por la culminación de la relación matrimonial conflictiva y el deseo de "*la familia materna de la niña*", de separarla no solo de su padre **Diego Pardo Cuéllar**, sino de todo el entorno paterno (sus abuelos, tíos y primos).

Y tener en cuenta que, Graciela del Pilar Galán Picón, reconoció la falta de experticia y los peritos de la Fiscalía explicaron que, en el informe rendido por aquella, la psicóloga no siguió las reglas mínimas para valorar a la niña. Además, el juzgado puso de presente las inconsistencias entre el contenido del informe, lo manifestado en juicio por la psicóloga Galán y lo dicho por Margarita Herrera¹¹.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal se pronuncia sobre los planteamientos del recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación de conformidad con el contenido del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

El problema jurídico por resolver se concreta en determinar si la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado se

¹¹ Récord 2:01:46 a 2:20:39

demonstraron, en grado de certeza, o en su defecto se impone confirmar la absolución.

En los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*. Y *“la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*.

En el presente asunto, la Fiscalía acusó a **Diego Pardo Cuéllar**, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, por haber realizado tocamientos en la vagina de su hija S.P.H. con la mano y el pene, por haberle dado besos con lengua en la boca y en la vagina, durante el período comprendido entre septiembre de 2014 y marzo de 2015, cuando se cumplían las visitas acordadas con la madre a través de una conciliación, *“cada quince días”, “los días martes de 2:00 a 5:00 p.m.”, “sábados desde las 9:00 am hasta las 7:00 pm y “el domingo desde las 9:00 am hasta las 5:00 de la tarde”, en el jardín de la casa del hogar paterno y en una ocasión en “un Centro Comercial” de la ciudad de Bogotá. Conducta agravada por el parentesco.*

El artículo 209 del Código Penal tipifica la conducta de actos sexuales con menor de catorce años así:

“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

Con el registro civil de nacimiento¹² indicativo serial N° 41267943, incorporado como estipulación probatoria N° 2, las partes dieron como hecho probado, la minoría de edad de S.P.H. quien nació el 10 de mayo de 2011.

Pero como el tipo penal atribuido no exige que se trate de un menor de edad, sino que sea menor de catorce años, la Sala debe precisar que tal condición se acreditó con el referido documento, pues entre septiembre de 2014 y marzo de 2015, época en que, de acuerdo con la acusación, se ejecutaron los hechos, S.P.H. tenía la edad de 3 años cumplidos.

Igualmente, existen otros elementos estructurales del tipo, que se concretan en: *i)* la realización de actos sexuales diversos del acceso carnal en un menor de 14 años; *ii)* la realización de actos sexuales diversos del acceso carnal en presencia de un menor de 14 años; o, *iii)* la inducción a prácticas sexuales, por lo que el Tribunal procede a analizar la prueba para determinar si alguno de ellos se demostró.

En el juicio, S.P.H. dijo que no le gustaba que le hicieran cosas que ella no quería que le hicieran, como *"cuando personas que me besan mi parte privada"*, la que ella denominó inicialmente *"cuqui"* y luego *"cuca"*, situación que le ocurrió a ella¹³.

El fiscal la interrogó, pero modificó el verbo utilizado por la menor (besar) al preguntarle *"Tu nos dices que alguien ha tocado esas partes privadas ¿quién lo hizo?"*, la menor guardó silencio un rato, luego dio una respuesta inaudible y finalmente contestó: *"mi papá"*¹⁴. Al indagársele *¿cuándo lo hizo? y ¿dónde ocurrió eso?*, la niña respondió

12 Folio 208 cuaderno 03

13 Récord 51:47, 1:12:45, 1:12:55 a 1:13:12 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (22-10-2020)

14 Récord 1:13:21 a 1:14:47

“cuando era muy chiquita”, “en su casa” (refiriéndose a la vivienda de su padre), donde “había un piano” y “cree” que quienes vivían con su papá, eran los padres de él y no recuerda si la hermana (sus abuelos y su tía)¹⁵.

Cuando se le cuestionó si le había contado a alguien sobre los besos que el papá le daba en la cuca, dijo: *“A nadie. Pues creo que una doctora Galán, doctora Galán, cuando era chiquita le conté a una doctora Galán, pero a nadie más”¹⁶.*

En seguida todos los interrogantes que se le hicieron para tratar de precisar detalles sobre los acontecimientos, fueron respondidos por la niña con palabras como, *“no recuerdo”, “eso fue hace mucho” o “era muy chiquita”.*

Solo hizo alusión a un evento en el Centro Comercial Andino de Bogotá, cuando tenía 4 años, en los siguientes términos: *“mi papá dijo que me despidiera de él y después me cogió a la fuerza y se fue. Como se fue corriendo. Estábamos creo que en el Centro Andino en Bogotá y se fue corriendo, me llevó. Mi mamá se fue detrás de mí, pero su familia la estaba empujando”¹⁷.*

En el contrainterrogatorio de la defensa, aseveró que no veía a su papá desde que tenía dos años. Cuando se separaron, *“cree”* que lo visitaba, pero después de lo del Centro Andino lo dejó de hacer¹⁸.

Cuando la juez la interrogó sobre la relación con su padre, dijo que no era tan buena, en palabras de la niña: *“porque cuando me hizo esas cosas y*

¹⁵ Récord 1:18:50 a 1:21:22

¹⁶ Récord 1:22:32

¹⁷ Récord 1:15:53 a 1:16:30

¹⁸ Récord 1.36:33 a 1:37:08

más, pues como cuando mi mamá y mi papá rompieron, en Facebook decían cosas malas a mi mamá. Eh, me cogió a la fuerza en el Centro Andino. Eh, me hizo lo de la cuca, creo que me hizo más pero no recuerdo que era”.

El Tribunal no desconoce que para la época de los hechos (septiembre de 2014 a marzo de 2015), S.P.H. tenía 3 años y que desde ese entonces hasta cuando rindió el testimonio en el juicio oral (22 de octubre de 2020), transcurrieron 6 años, lo que hace posible que la niña no recuerde todo con detalle.

Sin embargo, no puede obviarse que la ausencia de un relato sobre los actos lascivos que la Fiscalía le enrostró a **Diego Pardo Cuéllar** en la acusación, consistentes en besos en la boca con lengua y los tocamientos en la vagina con la mano y el miembro viril, hace inviable deducir la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, para emitir una condena en su contra, dado que, en ningún momento, la testigo hizo alusión a esas acciones.

El único evento de connotación sexual que refirió la menor en el juicio consistió en que su padre le besó la cuca. Pero tal afirmación no se puede tener como una verdad absoluta, ya que la ley (artículo 380 del Código de Procedimiento Penal) y la jurisprudencia exigen una valoración de la prueba en conjunto.

Sobre la apreciación del testimonio del menor de edad, la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado:

“los menores de edad no deben desecharse como testigos por el solo hecho de su edad, sino que corresponde al Juez, dentro de la sana crítica, evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarles el alcance a que haya lugar. (...).

(...). Y se enfatiza que la Corte, de la misma forma que ha rechazado la tesis de considerar falsos los testimonios de los menores de edad por ser fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, en ningún momento ha expresado que deba creérseles en todos los casos, sólo por su condición de posibles víctimas de un abuso sexual. Como testigos que son, deben examinarse sus dichos de conformidad con los criterios de apreciación del testimonio previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda.”¹⁹.

Como el recurrente adujo que la evaluación psicológica de Graciela del Pilar Galán Picón dio cuenta de la ocurrencia de los hechos, la Sala destacará los aspectos relevantes de su testimonio, para determinar si, en efecto, se puede llegar a tal conclusión.

La psicóloga clínica Graciela del Pilar Galán Picón indicó que en marzo del año 2015 hizo una valoración emocional de S.P.H., a quien la llevó la madre a la consulta porque presentaba cambios de comportamiento y de actitud, en la casa y en el colegio, pues *“se mostraba dispersa, en ocasiones su actitud con los compañeros no era muy amable. A veces con la autoridad había un poquito de reto hacia la madre”*²⁰.

Se basó en la teoría de orientación psicoanalítica y aplicó pruebas proyectivas como la figura humana, el *test* de la familia, una hora de juego y la prueba CAT-A.

Halló *“situaciones emocionales adecuadas, estabilidad emocional donde la niña en su ambiente familiar estaba sintiéndose bien”, pero “en la hora del juego, encontré unos indicadores a través del juego y la narración del mismo, que, pues me indicaron que pudiera estar, existía la posibilidad que en el ambiente*

19 CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia de 23 de febrero de 2011, radicación 34568, reiterada en SP849-2020, sentencia de 11 de marzo de 2020, radicación 53755
20 Récord 40:15 a 52:45 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (31-05-2019)

paterno estuviera teniendo una serie de situaciones que no eran adecuadas para su edad y que apuntaban a su buen desarrollo emocional y a su estabilidad". Explicó "la niña, especialmente, como les digo en la actividad del juego, realiza manipulaciones de las piernas de la muñeca y de sus genitales. Y al preguntarle sobre por qué está realizando ese juego, dice que es un juego que realiza con su papá y que es un secreto entre los dos".

Y "en el test de la familia, la niña menciona cómo su padre le daba besos en la boca con lengua"²¹. En ese test "dibuja a su familia, hay preguntas relacionadas con los sentimientos y relaciones que tiene con los miembros de su familia"²².

Por eso, concluyó: "es una niña que tiene una estabilidad emocional. Pero parece ser que estaba siendo sometida a situaciones inadecuadas en el ámbito familiar paterno, debido a los juegos que realizó durante la observación del mismo. Y, por lo tanto, se sugiere que se tomen las medidas preventivas, pues tratando siempre de la protección de la menor"²³

Cuando el defensor la contrainterrogó, admitió que no entrevistó a la niña y expuso "es que la entrevista como tal es diferente al hecho de que la niña realice unas pruebas. En la aplicación de las pruebas, yo obtengo una información que me permite determinar cómo está funcionando la niña y pues obviamente eso hace parte de la información que recibo de la menor"²⁴.

De lo anterior, se extrae que S.P.H. no le manifestó de su propia boca a la psicóloga Galán Picón, que su padre le dio besos en la vagina, como lo indicó la menor en el juicio. Lo que se evidencia es que la psicóloga

²¹ Récord 57:56 a 1:01:46 y 1:06:55 a 1:07:23

²² Récord 58:52

²³ Récord 1:03:30

²⁴ Récord 1:26:20 a 1:26:36

dedujo que la niña, al parecer, era objeto de abuso sexual por parte de su progenitor, tras observarla manipulando los genitales de la muñeca en la hora de juego, que es distinto a decir que la niña le contó o le hizo la revelación de un suceso.

Además, existe una notoria la diferencia entre el hecho mencionado por la menor (que el papá le beso la *cuca*) con lo que dice la psicóloga observó en el juego (manipulación de los genitales) y en el *test* de la familia (que el papá le daba besos con lengua en la boca).

Igualmente, la Sala no puede pasar por alto que la psicóloga Jazmín Andrea Guerrero Zapata (perita adscrita al Colegio Nacional de Psicólogos) resaltó las falencias en las pruebas proyectivas aplicadas por su colega Graciela del Pilar Galán Picón, echando de menos que no anexara a su informe los dibujos que la niña hizo en el *test* de la figura humana, ni las respuestas que suministró la menor en el *test* de la familia, por lo que lo catalogó como incompleto²⁵.

Tampoco puede pasar inadvertida la opinión de la experta, en el sentido que esas pruebas proyectivas son sugestivas y lo que expuso, especialmente sobre la relativa al juego:

“Cuando un niño juega, fantasea y al fantasear puede incurrir incluso en dar información verbal de cosas que no necesariamente. Explicaba que estas técnicas de juego lo que hacen es elicitarse, no necesariamente recuerdos reales que tenga un niño sino la fantasía.

Cuando un niño juega, un palo de madera puede ser convertido en una espada, en un animal, en cualquier objeto, incluso en un objeto fálico. No necesariamente lo que un niño haga con un objeto o haga en una circunstancia de juego necesariamente obedece a un aspecto que le haya ocurrido al niño.

25 Récord 1:02:05 a 1:03:03 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (15-08-2019)

Elicitar procesos de fantasía, pues para nosotros los psicólogos forenses, no debería estar permitido porque a la larga no obtenemos un relato real de cosas que realmente el niño haya vivido. Por eso no recomendamos estas técnicas, ni siquiera en escenarios terapéuticos”²⁶.

Nótese que es la misma prueba pericial de la Fiscalía, la que critica, cuestiona y pone en duda, la efectividad de los métodos (pruebas proyectivas) aplicados por la psicóloga Graciela del Pilar Galán Picón para inferir la materialidad del delito contra la libertad, integridad y formación sexual, máxime cuando la misma admitió en el juicio, cuando fue contrainterrogada por la defensa, que desconocía la inexistencia de un *test* psicológico que mida abuso sexual²⁷.

Por otra parte, el Tribunal no puede omitir la particularidad de lo acaecido en la entrevista forense realizada a S.P.H. por la psicóloga del CTI Yaneth Eliana Velásquez Vargas, que se incorporó al proceso mediante la reproducción de su contenido en el juicio, lo que obliga a esta instancia a valorar su contenido.

En el video de la entrevista forense se aprecia que, en los primeros 20 minutos, la niña no hizo alusión a los hechos. Luego expresó la necesidad de ir al baño porque tenía popó, salió de la sala de entrevista por espacio de 5 minutos y 43 segundos²⁸ y regresó, pidiéndole a la entrevistadora con insistencia, que apagara la cámara, se sentó, miraba la cámara con cara de angustia frunciendo el ceño, hizo una mueca cerrando sus ojos y apretando sus dientes y dijo: “*es que mami dijo que habla contigo y te lo dicieraa (sic)*”²⁹. Enseguida mencionó los actos lascivos que supuestamente ejecutó su padre (besos con lengua en su boca y en

26 Récord 1:25:24 a 1:27:06

27 Récord 1:38:58 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (31-05-2019)

28 Este tiempo se contabiliza en el video, porque la servidora del CTI no detuvo la cámara y la dejó grabando. La niña sale en el minuto 20:00 y regresa en el minuto 25:43

29 Récord 26:11 Entrevista

su cuquita) y cuando la entrevistadora le interrogó sobre el lugar donde eso ocurrió, la niña se levantó del sofá, intentó salir de la sala y dijo nuevamente que tenía popó, pero no se le permitió la salida, por lo que se sentó nuevamente.

El cuestionario continuó y en la medida que se le formulaban las preguntas para obtener información del lugar y la forma, la niña añadió múltiples tintes de fantasía, como cuando aseguró que su mamá estaba presente mientras su padre la besaba, que su papá le contó a su mamá lo que le hacía, que el papá guardó la cuca en un cajón de *Frozen* y que le preparaba la cuquita con un batidor. Incluso, en un aparte, cuando se le interrogaba si el día que el papá le regaló una muñeca de *Frozen* había pasado algo, la niña dijo "*si, pero tengo que preguntarle algo a mamá*"³⁰. Luego expresó que se estaba aburriendo, que no quería hablar más y así culminó la entrevista.

Sin desconocer que el protocolo SATAC, se encuentra en uso en nuestro país y se tiene implementado para la recepción de las entrevistas forenses, la Sala no puede desatender los criterios expuestos por los peritos en el juicio, en el sentido que este contiene preguntas sugestivas, que podrían llevar al entrevistado a implantar ideas en su mente sobre un suceso no acaecido, simplemente por el hecho de habérselo representado, para poder dar respuesta a los interrogantes que se le formulen al respecto.

Esto en el caso particular, por el hecho de que al inicio S.P.H. inicialmente negó cualquier acción de connotación sexual y solo después de tener contacto con su progenitora, reveló acciones sexuales

30 Récord 53:40, 54:09 a 54:12, 54:28 y 55:09 Entrevista

ejecutadas por el progenitor en su contra, las que describió con respuestas incoherentes e ilógicas, que conducen a inferir la duda razonable sobre la existencia del hecho.

No en vano la servidora del CTI Yaneth Eliana Velásquez Vargas, en el juicio, oral aseveró que cuando la niña pidió ir al baño, la dejó con su mamá, pero la menor se negó a ir al baño y por eso consignó tal situación en el informe, ya que le pareció importante³¹.

Y aunque María Margarita Herrera Mercado (madre de S.P.H.), negó que le hubiera sugerido a su hija que hablara sobre lo que el papá le hacía, las palabras de la menor a la entrevistadora, en el sentido que su mamá le había dicho que hablara con ella y le dijera lo de él, el deseo de salirse nuevamente y la manifestación de tener que preguntarle algo a su mamá, hacen cuestionable la espontaneidad del relato.

Resulta relevante lo dicho por María Margarita Herrera Mercado, sobre el día de esa entrevista en el CTI, cuando narró que la entrevistadora le entregó a su hija para que la llevara al baño, le comentó que el tiempo, por protocolo, se estaba agotando y la niña no le había contestado las preguntas. El abogado que la acompañaba le expresó que *“esa era una entrevista muy importante”* y por eso, ella habló con su hija para que estuviera tranquila y respondiera las preguntas. Después de eso, la entrevistadora salió y le dijo *“mamá hubo hallazgo”*³².

Desde luego, se desconoce el contenido de la conversación entre madre e hija durante el receso de la entrevista forense, pero tampoco puede

31 Récord 2:29:41 a 2:30:13 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (31-05-2019)
32 Récord 50:45 a 55:45 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (18-10-2019)

ignorarse la posibilidad de que la menor fuera aleccionada para hacer esos señalamientos contra su progenitor.

Esto también lo percibió la psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Ángela Patricia Murcia Ballesteros, quien, por petición de la Fiscalía, valoró personalmente a la niña y evidenció:

“Bueno, como yo ya le informé, cuando la niña ingresa, ingresa muy demandante y especialmente se evidencia una interacción con la mamá muy angustiada, donde la niña esta marcadamente inquieta, donde se muestra muy aprehensiva con la mamá, donde se muestra agresiva. La mamá tiene que estar constantemente dándole muchas cosas para que la niña se pueda estar tranquila. Camina mucho por el consultorio. Situación la cual cambia de manera importante ante la ausencia de la mamá. O sea, eso desde el punto de vista, desde una perspectiva psiquiátrica denota que el vínculo de alguna manera genera una incapacidad importante de estabilizarse, de tranquilizarse, de organizarse en una niña tan pequeña”³³.

En el acápite del examen mental destacó que: *“A pesar de reconocer sus partes íntimas y privadas del cuerpo, en ocasiones al referirse a su vagina señala el ombligo, y sobre el relato de los tocamientos supuestamente realizadas (sic) por el padre indica, dando vueltas con su dedo en el ombligo, manifestando “me gustan mucho, son graciosas”³⁴.*

Le resultó llamativo que la madre no presentara la denuncia de forma inmediata, después de la supuesta revelación y que el proceso se promoviera justo cuando se iba a permitir la pernoctada de la niña en la residencia del progenitor, lo que *“sugiere que de pronto hay otro tipo de motivaciones para hacer este proceso legal”³⁵.*

33 Récord 1:14:40 a 1:25:25 Archivo 110016500020150134800 (juicio oral) (25-07-2019)

34 Folio 223 cuaderno 03

35 Récord 1:30:16

Entre las conclusiones de su peritación, expuso:

“(…)

3. El relato aportado por la menor en el presente respecto a los presuntos hechos, no cuenta con características que sustenten su consistencia interna y externa. Las manifestaciones de la niña se advierten inespecíficas, poco claras y espontáneas, incluyen información inconsistente, desorganizada y descontextualizada, además de no acompañarse de un respaldo ideoafectivo adecuado.

4. Considerando el contexto familiar en el que surge la acusación, el acusado conflicto entre los padres y las características del relato proporcionado por la peritada frente a lo hechos en estudio, no es preciso desde la perspectiva forense, caracterizar y argumentar una dinámica abusiva de índole sexual, ni establecer fundamentalmente que los hechos que narra, corresponden con un fenómeno de victimización de esa índole”³⁶.

Las críticas que recibió este dictamen, en el contradictamen del psiquiatra Luis Alberto Ramírez Ortegón (testigo de la Fiscalía), se centraron, básicamente, en que los peritos están obligados a discernir entre la fantasía y la realidad, que no se indicó con precisión qué tipo de entrevista se utilizó con la menor, que la misma se hizo en presencia de la madre y que no se evaluó al padre³⁷.

Tales censuras no resultan suficientes para restarle valor a las conclusiones de las servidoras de Instituto Nacional de Medicina Legal, si se tiene en cuenta que: *i)* el perito no valoró a la niña; *ii)* omitió observar que en el informe de medicina legal se destacaron esos aspectos de fantasía de la niña, como cuando dijo que la mamá tenía un bebe que se salía de la barriga y se volvía a meter y que ella también lo podía meter en su barriga³⁸, entre otros, lo que no requiere de una distinción sobre la realidad y la fantasía; *iii)* en el documento sé anotó

³⁶ Récord 1:36:08 y folio 219 cuaderno 03

³⁷ Récord 2:02:19 a 2:14:40 Archivo 110016500020150134800 (juicio oral) (25-07-2019)

³⁸ Folios 220 cuaderno 03

que la niña fue evaluada a solas³⁹ y *iv*) la valoración del padre no dependía de las peritos, sino de la solicitud del ente acusador, quien no la hizo en esos términos.

En el contradictamen de la psicóloga Jazmín Andrea Guerrero Zapata, los reparos se basaron en que no se diferenció lo que valoró la psicóloga y lo que efectuó la psiquiatra porque en el informe no se discriminaron y las dos profesionales lo suscribieron y que se diagnosticara un trastorno de ansiedad de la niña. Pero ello no es motivo para restarle validez a las conclusiones de la valoración psiquiátrica, dado que se trata de profesiones distintas, como la misma psicóloga Guerrero Zapata lo aseveró al inicio de su testimonio y que esta reconoció el cumplimiento de los protocolos del Instituto Nacional de Medicina Legal, en dicha labor.

Aunado a lo anterior, la misma psicóloga Jazmín Andrea Guerrero Zapata, cuando se refirió a su análisis sobre la entrevista forense, reseñó: *“De alguna forma podría entenderse que, haber observado a la madre, haber tenido un contacto con ella, pudo haber generado algún tipo de presión, para que la niña hiciera este tipo de manifestaciones”*⁴⁰.

El psicólogo clínico forense Roberto Sicard León (testigo perito de la defensa), quien también analizó el contenido de la entrevista forense, durante el juicio, mediante su reproducción minuto a minuto, dando la explicación de lo que observaba en su opinión como experto, resaltó la falta de espontaneidad y sugirió que la niña recibió una lección de un tercero⁴¹.

39 Folio 161 cuaderno 03

40 Récord 2:29:10 a 2:29:20 Archivo 110010650002120150134800 (juicio oral) (30-09-2019)

41 Récord 1:23:50 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (03-03-2020)

El recuento probatorio precedente abre paso a la incertidumbre, generando duda sobre la ocurrencia de los hechos, que por mandato legal (artículo 7º de Código de Procedimiento Penal) debe resolverse a favor del procesado.

El recurrente ha planteado como motivo de desacuerdo con el fallo de primer grado, además de la errada valoración probatoria, la ausencia de una tesis alternativa a la de la Fiscalía y que la consecuencia es la condena, por haberse probado una verdad racionalmente construida, en virtud del principio de razón suficiente.

No obstante, pierde de vista el apelante que, durante el juicio, la defensa sí planteó una hipótesis contraria, concretada en que la atribución de los hechos materia de investigación y juzgamiento, pudieron motivarse por la conflictiva ruptura de la relación matrimonial entre el procesado y la progenitora de S.P.H., la que, de acuerdo con la prueba del ente acusador y de la defensa, también sería plausible.

Algunos familiares del enjuiciado que declararon en el juicio (Alejandro Robledo Pardo⁴², Diego Roberto De La Asunción Pardo Kopell⁴³, Marcela Cristina Rueda Vargo⁴⁴ y Beatriz de la Torres Cuéllar⁴⁵), dieron cuenta de esa situación quienes aseguraron, en su mayoría, que el noviazgo fue bueno, pero cuando nació la niña empezaron los problemas y luego de la separación la situación se tornó difícil, a tal punto que ellos poco podían ver a la niña. Tensión que se percibió en el juicio, por parte de María Margarita Herrera Mercado, en una de las

42 Récord Archivo 1100164002120150134800 (juicio oral) (18-10-2019) (2)

43 Récord 32:47 Archivo 1100164002120150134800 (juicio oral) (18-10-2019) (2)

44 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (25-10-2019)

45 Récord 19:41 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (25-10-2019)

respuestas en el contrainterrogatorio de la defensa, cuando se le preguntó si sabía la razón por la que **Diego Pardo Cuéllar** se quería llevar a la niña en el Centro Comercial Andino, al responder en tono agresivo "*pregúntesela a él*"⁴⁶.

Los peritos psiquiatras del Instituto Nacional de Medicina Legal (Ángela Patricia Murcia Ballesteros - testigo de la Fiscalía-)⁴⁷ y el de la defensa (José Gregorio Meza Azuero)⁴⁸, también plantearon la posibilidad de que el conflicto de pareja, fuera el generador de este proceso, de acuerdo con lo expuesto en sus apreciaciones y conclusiones.

En consecuencia, cuando la prueba de cargo resulta compatible con la tesis de la defensa, como se vio en este caso, no puede concluirse que el ente acusador probó su teoría del caso. Tanto es así, que, en los alegatos de conclusión, el fiscal delegado solicitó fallo absolutorio⁴⁹.

Así las cosas, es claro que no se dan los presupuestos exigidos por la ley y la jurisprudencia para emitir una sentencia condenatoria, lo que conduce a confirmar la absolución proferida por la primera instancia.

Por las anteriores razones la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

46 Récord 1:49:28 Archivo 11001650002120150134800 (juicio oral) (18-10-2019)

47 Récord 1:36:08 Archivo 110016500020150134800 (juicio oral) (25-07-2019)

48 Récord 15:22 a 18:40 Archivo 110016500020150134800 (juicio oral) (12-03-2020)

49 Récord 3:30 a 12:50 Archivo 110016500020150134800 (juicio oral) (27-10-2020)

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia absolutoria emitida el 20 de noviembre de 2020, por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, a favor de **Diego Pardo Cuellar**, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta decisión.

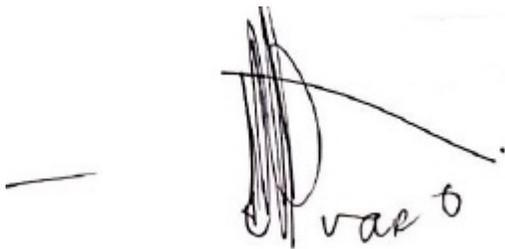
SEGUNDO: Advertir que contra esta determinación procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: Devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo, una vez quede en firme lo aquí decidido.

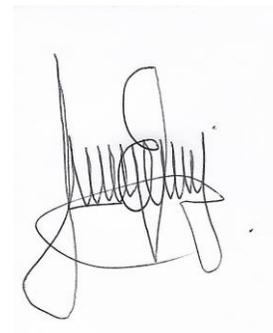
Las partes e intervinientes quedan notificadas en estrados.



Xenia Rocío Trujillo Hernández
Magistrada



Álvaro Valdivieso Reyes
Magistrado



Jorge Enrique Vallejo Jaramillo
Magistrado