REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
MARIO CORTÉS MAHECHA

Radicación:	110016000015 2019 02837
Contra:	Víctor Teodoro Amaya Velásquez
Delito:	Acto sexual con menor de 14 años agravado
Procedencia:	Juzgado 41 Penal del Circuito
Motivo:	Apelación de sentencia condenatoria
Decisión:	Revoca y absuelve
Aprobación:	Acta N° 131

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito de Bogotá condenó a **Víctor Teodoro Amaya Velásquez** como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo.

HECHOS

Según los términos de la acusación, en abril de 2019 **Víctor Teodoro Amaya Velásquez**, progenitor de A.J.A.S., desplegó actos sexuales sobre su menor hija, entonces de 6 años, los cuales consistieron en tocamientos en su zona glútea y vaginal, con sus manos y miembro viril, hechos que tuvieron ocurrencia en la vivienda ubicada en carrera 3C sur No. 49-12, de esta ciudad.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de abril de 2019[1] y ante el Juzgado Cincuenta y siete Penal Municipal, la Fiscalía formuló imputación a **Amaya Velásquez** como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, de conformidad con los artículos 208, 211, numeral 5º y 7º del Código Penal. Por solicitud del ente acusador se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Radicado el escrito de acusación el 16 de mayo del mismo año[2], su trámite correspondió al Juzgado Cincuenta Penal del Circuito[3], que realizó la respectiva audiencia el 16 de julio siguiente[4], en donde le atribuyó haber cometido la conducta en concurso homogéneo y sucesivo. Luego celebró la preparatoria[5] y el juicio oral, a cuyo término, después de presentarse los alegatos de conclusión, manifestó que el sentido del fallo sería condenatorio, procediendo a emitir posteriormente la decisión anunciada, objeto de apelación por la defensa.

SENTENCIA APELADA[6]

El juzgado dio por demostrada la ocurrencia del delito atribuido y la responsabilidad penal del acusado, a partir del testimonio de A.J.A.S., en cuanto señaló en el juicio oral que el "*monstruo*", refiriéndose a aquél, le realizó tocamientos en sus genitales y le enseñaba videos de hombres y mujeres desnudas. Al respecto, puso de presente cómo la menor representó, mediante el uso de un peluche, la forma como le efectuaba la manipulación en los glúteos e, incluso, la manera como posaba su miembro viril en esa misma zona del cuerpo.

---

[1] Folio 7 Cuaderno en PDF.
[2] Folios 10 a 12, por ambas caras, *Ibídem.*
[3] Folio 13 *Ibídem*.
[4] Folios 18 y 19 *Ibídem.*
[5] Folios 26 a 28 *Ibídem.*
[6] Folios 66 a 91 *Ibídem*.

Para el sentenciador, el testimonio de la víctima resultó coherente, en tanto durante su relato ubicó el lugar donde ocurrieron los hechos, precisando tratarse de la habitación de sus progenitores, así como en el baño y en la cocina, al tiempo que describió las personas que para entonces integraban la unidad doméstica, y aun cuando no indicó la fecha o época de su acaecimiento, entendió que ello obedeció a su corta edad.

A dicho testimonio, sumó el de su hermano V.M.A.S., también menor de edad, quien en el juicio oral relató que observó al procesado llevar a cabo tocamientos sobre los genitales de su hermana. Al efecto, destacó cómo el menor narró que estando en la cama junto con su papá y hermana, observó, "*haciendo un huequito con las cobijas*", que éste le enseñaba videos a la niña y luego los replicaban, para lo cual le bajaba los pantalones y él después hacía lo propio con su ropa interior, tras lo cual rozaba con su miembro viril los glúteos de su consanguínea.

Según el juzgado, los referidos testimonios coinciden, en lo esencial, con las declaraciones previas expuestas por la víctima ante el médico que le práctico dictamen sexológico; con la entrevista forense que le recepcionó la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, y con lo transmitido por los menores a su progenitora, conforme a lo relatado por ésta en la vista pública.

Desestimó las conclusiones expuestas por Paola Rocío Benítez, la psicóloga de la defensa, conforme a las cuales "*existieron falencias*" en la realización de la entrevista forense practicada por la profesional del C.T.I., por cuanto no se aplicaron de manera adecuada las etapas del protocolo SATAC y, además, a la niña se le hicieron preguntas sugestivas.

Para el *a quo*, tales afirmaciones no son ciertas, la primera porque la investigadora de la Fiscalía llevó a cabo la fase de simpatía, tanto que le hizo preguntas con el fin de "*entrar en confianza con la menor*" sobre aspectos

familiares, escolares y personales de la niña. Y la segundo, dado que ello se debió a los problemas en el lenguaje que la experta advirtió en el desarrollo de la entrevista.

En todo caso, en su criterio, la menor no tuvo ningún inconveniente en señalar las partes del cuerpo que el acusado le tocaba, lo cual permite concluir, contrario a lo expresado por la psicóloga de la defensa, que en la entrevista forense sí se abordó suficientemente la etapa de tocamientos que prescribe el protocolo SATAC.

Tampoco acogió el planteamiento de la perito Rosalba Flores Hernández, quien pretendió aplicar a la entrevista forense un análisis de credibilidad basado en criterios CBCA, a pesar de que "*sus posturas no fueron fundadas en prueba científica*", no siendo posible la incorporación del informe rendido por la psicóloga.

Para el sentenciador, por lo demás, el testimonio del acusado confirmó las circunstancias temporo-espaciales que le permitieron llevar a cabo la conducta punible en las condiciones relatadas por la víctima y su hermano.

Al dosificar la sanción, determinó el mínimo previsto en la ley, esto es, 144 meses de prisión, guarismo al cual le sumó 6 meses, debido al concurso homogéneo, obteniendo así 150 meses de prisión, que le impuso al acusado a título de pena principal, mismo término en el cual le irrogó las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones púbicas e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Finalmente, atendida la prohibición prevista en los numerales 4º y 8º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, le negó los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

RECURSO DE APELACIÓN[7]

El recurrente empezó por indicar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la corte Suprema de Justicia (citó la radicación 47303), la prueba en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes está compuesta, "*como un todo*", por la entrevista forense practicada al menor víctima y por el testimonio que rinde en el juicio oral.

En ese sentido, llamó la atención por las contradicciones existentes entre el testimonio de la menor y la entrevista forense practicada durante la instrucción del proceso.

Al respecto, destacó cómo en la declaración previa al juicio oral la menor no manifestó haber sido abordada por el procesado en actitud lasciva, tampoco afirmó que los presuntos tocamientos se llevaron a cabo en varias oportunidades, ni en el baño, mucho menos le atribuyó indicarle a la niña cambiarse la ropa luego de la actividad sexual, ni lo tildó de "*monstruo*", como aconteció en el juicio oral.

En todo caso, en su opinión, aun cuando podría pensarse que durante el testimonio lo inculpó, no puede pasarse por alto que la declaración en la vista pública se practicó mucho tiempo después de los presuntos hechos, por cuya razón estuvo expuesta a la contaminación de su relato por su progenitora.

Eso explica, añadió, que lo llamara "*el monstruo*" e hiciera mención a eventos constitutivos de actos sexuales cuando, contrariamente, en la entrevista forense se refería a él cariñosamente como "*yogogo*" y no aludió a la existencia de tales sucesos y, antes bien, negó cualquier acercamiento de dicha naturaleza, a pesar de lo cual la entrevistadora "*trató de dar una connotación*

[7] Folios 62 a 65, por ambas caras, *Ibídem.*

indebida a los hechos" mediante preguntas sugestivas, que terminaron, en su criterio, distorsionando la prueba.

Al juicio de la defensa, el testimonio del menor V.M.A.S. resulta inverosímil, pues no es posible, como lo afirmó éste, observar a través de un agujero de una cobija los videos que supuestamente el procesado le hacía ver a su hija y, es más, esta última no hizo mención en el juicio oral a los señalamientos que aquél le hizo al procesado, esto es, que le bajó la ropa interior a la niña y luego se retiró la suya, como tampoco que le introdujo por vía anal su miembro viril, acceso respecto del cual tampoco dio cuenta la valoración sexología que se le practicó.

Finalmente, hizo énfasis en la versión de Patricia Amaya, hermana del acusado, según la cual el menor V.M.A.S. en alguna oportunidad le indicó que estaba siendo obligado por su progenitora a hacer afirmaciones en contra de su papá.

Solicitó así revocar la sentencia condenatoria y, en su lugar, proferir fallo absolutorio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como el *a quo* se valió de las manifestaciones anteriores al juicio oral expresadas por la menor A.J.A.S. para sustentar la sentencia y el recurrente, a su turno, hizo lo propio para pretender la revocatoria de esa decisión, es necesario empezar por determinar si uno y otro procedieron correctamente.

Es preciso recordar que la víctima declaró en la sesión del juicio oral realizada el 2 de julio de 2020, siendo sometida al respectivo interrogatorio cruzado y aun cuando tuvo dificultades al narrar los hechos objeto de acusación, derivadas de su edad, del lenguaje y de la afectación emocional causada por el hecho mismo de rendir el testimonio, señaló que su progenitor,

a quien identificó como "*monstruo",* la abusó sexualmente, precisando que le besó los labios, le tocó los glúteos, que llamó como "*trasero*", y la vagina, zona del cuerpo que identificó como "*pipí*", cuyos hechos, según la menor, ocurrieron en la habitación y en el baño, por cuya razón es dable concluir que estuvo bajo disponibilidad plena. A pesar de ello, el funcionario de primer nivel permitió incorporar las declaraciones anteriores al juicio oral expuestas por la menor.

Al respecto, es necesario precisar que cuando se trata de menores de edad víctimas de delitos sexuales que acuden a testificar al juicio oral, las manifestaciones rendidas por ellos antes de ese escenario procesal adquieren el carácter de prueba de referencia admisible sólo si (i) existió disponibilidad relativa del declarante y (ii) la manifestación previa se incorporó tras el cumplimiento del procedimiento establecido para el efecto.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia, recordó el criterio que ha expuesto sobre el primero de dichos presupuestos, así:

> *"… la Sala ha admitido que, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, sus declaraciones anteriores se usen como pruebas de referencia así aquéllos concurran al juicio:*
>
> *A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:*
>
> *En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la*

aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño ***no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos****,* ***bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan rememorar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones****. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa****, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia* (énfasis de la Sala)
(…)

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario"[8]*.*

En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»[9] *o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada"*[10]*.*

En la citada sentencia, la alta Corporación en mención también remembró su postura relacionada con el segundo de los comentados requisitos. Obsérvese:

[8] SP 14844, 28 de octubre de 2015, rad. 44056.
[9] SP 5295, 4 de diciembre de 2019, rad. 55651.
[10] SP 934, 20 de mayo de 2020, rad. 52045.

"Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. ***Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente****»*[11] (resalta la Sala*).*

Los dos presupuestos deben ser acreditados por quien pretende hacer valer como prueba de referencia las manifestaciones anteriores al juicio oral. Sobre el particular, en la citada sentencia SP934 se expresó lo siguiente:

"En específico, y de acuerdo con las precisiones que anteceden, si se pretende la incorporación de las manifestaciones de un menor víctima de un delito sexual como prueba de referencia aun cuando aquél ha comparecido al juicio (esto es, bajo el presupuesto de que su disponibilidad es relativa), quien así lo procura debe demostrar argumentativamente, además de la satisfacción de las condiciones reseñadas, que el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado".

[11] SP 606, 25 de enero de 2017, rad. 44950.

En el asunto que concita la atención de la Sala, como se señaló, cuando la menor A.J.A.S. testificó en el juicio oral, aun cuando con cierta dificultad, relató lo ocurrido con el acusado, incluso, ejemplificando con un oso de peluche los tocamientos a los cuales, según expresó, éste la sometía, de modo que, en su caso, se insiste, hubo una disponibilidad plena.

Lo anterior constituye razón suficiente para concluir que no resultaba válido apreciar las declaraciones anteriores expuestas por la menor. Por ende, la Sala no las tendrá en cuenta y, en consecuencia, sólo valorará el testimonio del médico legista que le practicó examen sexológico dentro de este proceso, así como el de la psicóloga que le recepcionó la entrevista forense, y el de su progenitora, aun cuando, exclusivamente, lo relativo a los hechos que de manera personal y directa hayan percibido.

Es de anotar que si la defensa pretendía hacer uso de las manifestaciones anteriores al juicio oral expresadas por la víctima, incluido lo expuesto por ella en la entrevista forense, con el fin de rebatir el mérito suasorio de su testimonio, resultaba necesario que las empleara a modo de impugnación de credibilidad. Sobre el particular, en reciente fallo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

> *"Esta particular situación, obliga a la Sala a reflexionar sobre la función que cumple en el nuevo sistema procesal el instituto de la impugnación de la credibilidad del testigo, regulado en el artículo 403 del estatuto, y la posibilidad de formular ataques en casación al amparo del error de raciocinio, cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral.*
>
> *Dicho instituto, permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo, por cualquiera de los siguientes aspectos, (i) naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, (ii) capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, (iii) existencia de motivos de parcialidad del testigo, (iv) discrepancia con declaraciones*

anteriores, (v) tendencia a la mendacidad, y (vi) contradicciones internas del testimonio.[12]

El ejercicio de esta garantía procesal impone a la parte interesada presentar en audiencia, ante el juez, (i) los argumentos que sustentan la impugnación, y (ii) las evidencias que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, en los eventos en que su demostración exija acreditación probatoria, como sería el caso, por ejemplo, de los motivos previstos en los ordinales (ii), (iii), (iv) o (v) del precepto.

Su invocación es discrecional, en cuanto la parte puede hacer o no uso de ella en el juicio oral, pero si decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria.

Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole, verbi gracia, cuando se alega inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida en el juicio oral.
La razón es elemental. En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento.[13] *Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, ni en casación".*

Esto impone afirmar que los motivos de impugnación que requieren base probatoria, deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral, porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en material probatorio que no han sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

[12] Artículo 403 de la Ley 906 de 2004.
[13] Artículos 377 y 379, que regulan los principios de publicidad y de inmediación.

> *Por eso, la respuesta que se sigue al interrogante planteado, es que las partes no pueden sorprender con esta clase de ataques en estadios posteriores al juicio oral cuando, requiriéndose acreditación probatoria de la causal que se invoca, no se ha hecho uso de la garantía de impugnación en esta oportunidad procesal, en los términos previstos en el estatuto procesal penal"*[14].

Como se observa, cuando el motivo de impugnación de la credibilidad del testimonio requiere base probatoria es necesario plantearlo y debatirlo en el juicio oral. Y, en el presente evento, así ocurría, pues las contradicciones aducidas por la defensa tienen como soporte manifestaciones previas rendidas por la víctima en la entrevista forense. No obstante, no las utilizó durante su testimonio con tal fin, por cuya razón no resulta dable esgrimir en este momento ese tipo de deficiencias para poner en entredicho la veracidad de la declaración de la menor.

Sea del caso precisar que para el uso de las afirmaciones anteriores con dicho propósito no se requiere la autorización del juez, según así lo ha expresado también la Corte Suprema de Justicia:

> *"Contrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como prueba (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción"*[15].

Pues bien, como se dijo, en el juicio oral se practicó el testimonio de la menor A.J.A.S., y ésta declaró que su progenitor, a quien identificó como "*monstruo*", precisando que se trata de **Víctor Teodoro Amaya Velásquez**, la abusó sexualmente. Concretamente, señaló que el acusado la "*abusó de su trasero*", y al explicar en qué consistió tal conducta, recreó la escena

[14] CSJ SP, 13 de mayo de 2020, rad. 47909.
[15] CSJ SP, 31 de agosto de 2016, rad 43916.

golpeando la que sería la zona glútea de un peluche con su dedo índice, lo cual permitiría entender que el acusado la accedía carnalmente vía anal. Además, indicó la niña, el procesado le besaba la boca y éste casi le "*chupa el pipí*", al tiempo que la hacía ver videos en el celular de hombres y mujeres desnudas.

V.M.A.S., hermano de aquélla, también en el juicio oral afirmó que observó tales hechos. Al efecto, manifestó que encontrándose con A.J.A.S y su progenitor en la misma cama, percibió cuando éste se cubría con las cobijas junto con la niña, y a través de un hueco que el niño hacía con el cobertor advirtió que el procesado le enseñaba a ésta videos de contenido sexual, los cuales él recreaba con ella y para el efecto la desnudaba, y una vez se retiraba también su ropa interior, le introducía su miembro viril en el "*trasero*".

Sea oportuno aquí precisar que aun cuando la acusación se formuló por un concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de 14 años y, en ese sentido, la niña relató durante el juicio oral que el procesado, además de abusarla sexualmente en la habitación, procedió de manera idéntica en el baño e, incluso, en la cocina de la vivienda, lo cierto es que tanto la imputación como la acusación tan sólo se refieren a los hechos acaecidos el 14 de abril de 2019 en la alcoba de los progenitores de aquélla.

En efecto, durante la audiencia preliminar la Fiscalía indicó que los hechos jurídicamente relevantes se contraen a los siguientes:

> *"[Mediante] informe de captura en flagrancia suscrito por el patrullero Jhon Alexánder Montaño Patiño,* ***el 14 de abril de 2019****, [se puso de presente] a la altura de la carrera 3C-Sur 49 12, luego de que usted resultara capturado en aparente flagrancia, por haber sido señalado por su compañera sentimental, madre de sus dos hijos menores, la señora Karen Johanna Ballesteros, como la persona que,* ***momentos antes habría realizado tocamientos con sus órganos genitales sobre la corporeidad y los órganos***

genitales de la menor de iniciales A.J.A.S de 6 años de edad y 11 meses, de quien usted es el progenitor.

Dicha circunstancia fue evidenciada por el hermano gemelo de la menor de sexo femenino, de iniciales V.M.A.S. de 6 años de edad, quien, al parecer, vio el momento en el cual, usted realizaba esos tocamientos y además de ello, veía al parecer, pornografía en su teléfono celular, es en ese momento en el que el niño se dirige ante su señora madre, Karen Johanna Santamaría Ballesteros, le dice que tiene algo que decirle, pero que no le puede decir en ese momento porque su papá lo puede matar a golpes, la madre lo invita a comerse unos dulces y estando allá en un escenario lejos de usted, ***el niño le confiesa a la mamá lo que ha, al parecer, observado en ese cuarto o lugar de habitación donde todos habitan, según la versión entregada por ese menor, él evidenció, miró, observó, ese momento en el cual, al parecer, usted con su órgano genital realizó diferentes tocamientos, al parecer, por debajo de la ropa, sobre la vagina y sobre el ano o glúteos de la menor***".

Y al formular la acusación el ente investigador señaló:

"Los hechos jurídicamente relevantes, de los cuales hemos tenido noticia, ***se remontan al 14 de abril de este año, 2019****, en el cual se ha tenido conocimiento que el señor Víctor Teodoro Amaya Velásquez, quien es el papá de una menor de apenas 6 años de edad, hija de la persona que se está acusando, una niña de iniciales, A.J.A.S., se tiene conocimiento que ha sido víctima de abuso sexual por parte de su progenitor,* ***quien aprovecha la condición de papá, la condición de la cohabitación con esta chiquita, para hacerle tocamientos de carácter libidinosos en sus zonas erógenas,*** *esto es, en sus senos, colita y vagina, con las manos de la persona acusada y con el miembro viril, esto es, le hace tocamientos con sus manos a su propia hija, esto es, en hechos ocurridos aquí en Bogotá*

Por eso, en su momento oportuno se imputó al señor Víctor Teodoro Amaya Velásquez por considerarlo muy probable autor responsable, a título de dolo, del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado y en concurso homogéneo y sucesivo, y hoy la Fiscalía mantiene el núcleo fáctico y la misma circunstancia de tipo jurídico… Esa sí es la diferencia, que no aparece registrada en

el escrito de acusación, esto es, en concurso homogéneo y sucesivo".

Como se observa, al formularle la imputación le atribuyó un único evento de actos sexuales con menor de 14 años agravado, según hechos acaecidos el 14 de abril de 2019. Y aun cuando en la acusación hizo mención a esos mismos episodios, la Fiscalía parece no limitarlos únicamente a dicha fecha y, por ello, le atribuyó un concurso homogéneo de conductas.

Sin embargo, pasó por alto que entre la imputación y acusación debe también observarse el principio de congruencia, por cuya razón no le era dable incluir en este último acto procesal circunstancias fácticas novedosas. En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"Más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, la Sala ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin de que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos"[16]*.*

De esa manera, al formular acusación por un concurso homogéneo de delitos, no atribuido previamente en su aspecto fáctico, la Fiscalía vulneró el principio de congruencia que debe existir entre imputación y acusación, en cuyo desconocimiento también incurrió el juzgado en el fallo, razón por la cual la Sala, so pena de vulnerar la antedicha garantía, no emitirá pronunciamiento de fondo sobre los hechos no contemplados en la primera de esas audiencias y, en su lugar, declarará la nulidad parcial de lo actuado a partir del acto de formulación de la acusación en lo relativo a esos acontecimientos. Consecuencialmente, compulsará copias para que la

[16] CSJ SP 5543, 29 de abril de 2015, rad. 43211.

Fiscalía, si así lo considera, formule nueva imputación por razón de los mismos.

La presente decisión, por tanto, se circunscribirá a la acusación referida a los episodios ocurridos 14 de abril de 2019. Y, el respecto, encuentra el Tribunal que del relato expresado por la víctima y su hermano en el juicio oral emergen varios aspectos que ponen en seria duda su credibilidad.

Para empezar, la menor al exponer los hechos manifestó que en ese momento se encontraba sola con su papá, por cuanto su mamá y sus hermanos habían salido previamente de la vivienda.

Sin embargo, como se ha visto, V.M.A.S. narró una circunstancia por completo diferente a la relatada por la víctima, en cuanto manifestó haber presenciado lo ocurrido ese día en la habitación de sus padres. Es decir, a pesar de que ésta dijo que su mamá y sus hermanos no se encontraban en la residencia, aquél aseveró lo contrario. Es más, este último ubicó también en ese lugar a su progenitora, de quien dijo estaba en la cocina, así como a su hermano.

Y aun cuando pudiera afirmarse, con el fin de restarle relevancia a la contradicción, que se trata de un olvido de la menor por el tiempo que ha transcurrido entre los hechos y su declaración en el juicio oral, lo cierto es que hay otras circunstancias que ponen en entredicho el señalamiento formulado en contra de **Amaya Velásquez**.

En efecto, no parece creíble que el prenombrado, a pesar de contar con oportunidad suficiente, conforme lo relató su ex compañera permanente, para estar a solas con la menor, decidiera cometer la conducta punible en presencia de su hijo e, incluso, cuando en la vivienda se encontraban los demás miembros del núcleo familiar, sin entonces tomar precauciones del

caso para evitar ser descubierto, distinta a la frágil maniobra de arroparse con una cobija.

En realidad, lo relatado por el menor no resulta acorde con las reglas de la experiencia, pues éstas enseñan que ese tipo de conductas son cometidas en forma clandestina, en orden a procurar su impunidad.

Tampoco surge verosímil que el niño hubiera observado todo lo ocurrido a través de un hueco diminuto que hizo con las cobijas de la cama utilizadas supuestamente por su progenitor para ocultar su acción delictiva. Al menos, resulta bastante improbable que por ese pequeño orificio pudiera ver, como lo afirmó, el contenido de los videos que el acusado, según también expresó, le enseñaba a su menor hija.

Por lo demás, del relato de los dos niños no emerge muy clara la naturaleza de la agresión sexual, pues ambos aseguraron que el procesado introducía su miembro viril en el "*trasero*" de la víctima, pese a lo cual en el examen sexológico practicado a ésta al día siguiente de los hechos, el médico legista no halló manipulación en su zona anal, poniendo así en duda la ocurrencia de tal señalamiento.

En ese sentido, la Sala no pasa por alto que la acusación se formuló por actos sexuales, no por acceso, pero la menor, ejemplificando con un peluche, como se señaló, pareció indicar que su progenitor la accedió carnalmente vía anal, al tiempo que V.M.A.S. afirmó observar cómo aquél, luego de desnudar a su hermana y quitarse él también su ropa interior, introducía "*lo que tenemos los hombres*" en el "*trasero*" de su hermana.

Las incertidumbres e interrogantes antes destacados generan duda razonable acerca de la existencia del hecho punible objeto de acusación, así como de la responsabilidad del procesado, que deben resolverse necesariamente en su favor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la

Ley 906 de 2004, por cuya razón la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolverá al aludido, consecuencia de lo cual dispondrá su libertad inmediata, a no ser que sea requerido por otra autoridad judicial.

Por lo expuesto, la **Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **absolver** a **Víctor Teodoro Amaya Velásquez** respecto del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado.

Segundo: Disponer la libertad inmediata del antes mencionado, **a no ser que sea requerido por otra autoridad judicial**, así como el levantamiento de las anotaciones que como consecuencia de este proceso se registraron en su contra.

Tercero: Decretar la nulidad parcial de lo actuado, a partir del acto de formulación de la acusación y en lo relativo a los acontecimientos que generaron la atribución del concurso homogéneo. Consecuencialmente, **compulsar** las copias ordenadas en la parte motiva de la presente providencia.

Cuarto: **Declarar** que contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación.

Quinto: En firme esta decisión, **devuélvase** la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIO CORTÉS MAHECHA
Magistrado

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Magistrado

JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS
Magistrado