



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL

Neiva, 03 de febrero de 2021
Oficio N° 537

NOTIFICACIÓN PROVIDENCIA 2ª INSTANCIA

Señor

YON FREY POLO CASTILLO - PROCESADO

Proceso: 41001 60 01 279 2010 00024 01
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
Procesado: Yon Frey Polo Castillo

Comendidamente me permito notificarle que mediante sentencia de fecha 25 de enero de 2021, proferida dentro del proceso citado. La Sala Segunda de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso:

“PRIMERO-. REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 9 de diciembre de 2016, y en su lugar **CONDENAR a YON FREY POLO CASTILLO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 83.252.626, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, tipificado en los artículos 209 y 211 numeral 5° del C.P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO-. IMPONER a YON FREY POLO CASTILLO, la pena principal de ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

TERCERO-. IMPONER a YON FREY POLO CASTILLO, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena de prisión.

CUARTO-. NEGAR al sentenciado la suspensión de la ejecución de la pena, de que trata el artículo 63 del Código Penal, y la prisión domiciliaria de los artículos 38 y 38B del C.P., según lo explicado en esta decisión.

Para hacer efectiva la pena de prisión librese inmediatamente orden de captura contra **YON FREY POLO CASTILLO**, la cual será gestionada por la Secretaría de esta Sala de Decisión.

QUINTO-. COMUNICAR la sentencia, una vez en firme, a los organismos señalados en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, y enviar la ficha técnica con sus anexos al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de reparto.

SEXTO-. Contra este fallo procede la impugnación especial de que trata el Acto Legislativo 01 de 2018 y la sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del 3 de abril de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual podrá interponerse y sustentarse por el procesado y/o su defensor, dentro de los mismos términos señalados en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

SEPTIMO -. Para las demás partes e intervinientes procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

OCTAVO -. La notificación de esta providencia se hará en estrados sin perjuicio de realizarse de forma personal como lo estatuye el inciso tercero del artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

“Notifíquese y Cúmplase. “(fdo) JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO. Magistrado”

Atentamente,

Firma Virtual
YEFERSON LEONARDO PENAGOS ANGEL
Sala Penal Tribunal Superior



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA, HUILA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN PENAL**

Fecha: Neiva, veinticinco (25) de enero de 2021

Magistrado ponente: José Enrique Jesús Hernando Caballero Quintero

Radicación: 41-001-60-01279-2010-00024-02

Procedencia: Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, Huila

Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado

Acusado: **YON FREY POLO CASTILLO**

Motivo de alza: Apelación sentencia

Decisión: Revoca y condena

Acta: 46

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 13 Seccional Unidad CAIVAS de Neiva, Huila, contra la sentencia dictada por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 9 de diciembre de 2016, por medio de la cual absuelve a **YON FREY POLO CASTILLO** como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

2. De acuerdo con la formulación de acusación los hechos jurídicamente relevantes suceden aproximadamente a las 1:00 a.m., del 1° de marzo de 2010, en la residencia ubicada en la calle 22A n.° 34C-34 del barrio Manzanares de Neiva, Huila. Vivienda en la que se encontraba durmiendo A.L.M.G., se despierta cuando siente que una persona tocaba su vagina. Se da cuenta que era su padrastro **YON FREY POLO CASTILLO**, quien le tapa la boca para evitar que gritara.

3. El procesado le había bajado a la menor el short del pijama y la ropa interior hasta los tobillos. Se había subido encima de ella y le tapaba la boca y le decía estúpida para que guardara silencio. Le daba besos y le tocaba todo el cuerpo. La agresión finaliza

cuando escuchan unos pasos, momento en el que el procesado corre para su habitación.

III. ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

4. Ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Garantías de Neiva, Huila, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **YON FREY POLO CASTILLO**, el 9 de agosto de 2013. La Fiscalía le imputa el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 209, 211 numeral 5° y 7° del C.P

5. El escrito de acusación fue radicado el 20 de septiembre de 2013. El conocimiento del proceso corresponde por reparto al Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, Huila. La audiencia de formulación de acusación se realiza el 31 de octubre de 2013. La Fiscalía acusa a **YON FREY POLO CASTILLO** de ser el autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, tipificado en los artículos 209, 211 numeral 5° del C.P.

6. La audiencia preparatoria se realiza el 19 de febrero de 2014. El juicio oral inicia el 14 de enero de 2015 y continua en sesiones del 6 de mayo de 2015, 12 de abril, 12 y 26 de agosto y nueve de diciembre de 2016. Esta última en la cual se profiere la sentencia absolutoria recurrida en apelación por la Fiscalía.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

7. El *A quo* se refiere a los hechos jurídicamente relevantes, identificación del procesado, actuación procesal y pruebas practicadas. Argumenta que en el presente caso no se escuchó el testimonio de la menor A.L.M.G., porque la Fiscalía no logró su ubicación. No obstante, se incorpora como prueba de referencia la entrevista de la afectada.

8. Con el documento se conoce que la familia de la joven había tenido una actividad familiar el 31 de febrero de 2010, en el inmueble donde vivían en el barrio Manzanares de Neiva. La afectada se acuesta a dormir, **YON FREY POLO CASTILLO** le solicita no cerrar la puerta de la habitación con la excusa que de

pronto la otra niña, hermana de la víctima e hija del procesado, lloraba o quería ir al baño.

9. Cuando A.L.M.G., estaba dormida siente que *“algo me salió de adentro de mi vagina y que volvía a entrar y me dolía mucho”*. Se despierta inmediatamente y se da cuenta que encima suyo estaba el acusado. Tenía las manos sobre ella, le había quitado la blusa, el short y los cucos estaban en sus tobillos. La estaba besando en todo el cuerpo.

10. La niña intenta gritar, pero el procesado le dice *“cállese estúpida, estese quieta, me tapó la boca, yo trataba de moverme, pero él tenía mucha fuerza”*. Luego escucha que alguien habla en la casa y unos pasos. Ante la eventual presencia de un tercero, el acusado decide soltar a la afectada y sale de manera rápida de la habitación, cierra la puerta. La menor trata de contarle inmediatamente a la mamá lo sucedido pero su progenitora no despierta porque estaba borracha. Todo lo sucedido se lo cuenta al día siguiente en el colegio a su amiga L.D.C.M.

11. No le otorga credibilidad a lo dicho por la víctima en la entrevista. Primero, porque el 31 de febrero de 2010 es una fecha que no existe. Segundo, porque la afectada habla de penetración, pero según el dictamen del médico legista que practica examen sexológico a la joven, el 1° de marzo de 2010, no encuentra huellas externas de lesión. Su himen anular no elástico está integro lo cual indica que no había sido desflorado.

12. La versión de L.D.C.M., amiga de la víctima, se incorpora como prueba de referencia. La declarante manifiesta que la afectada le cuenta que el procesado se pasa a su habitación, al despertar lo observa encima de ella. Su amiga se da cuenta que tiene la ropa interior abajo y la blusa arriba. Ella intenta quitarlo de encima pero no puede. Además, el procesado le tapa la boca. Según la afectada, este le había tocado las *“puchitas”*. Cuando se levanta para irse a estudiar siente que le duele la vagina.

13. Encuentra que entre la entrevista de A.L.M.G., y L.D.C.M., se presentan contradicciones. Esta última manifiesta que su amiga le cuenta que el acusado únicamente la había *manoseado*. Le tocó

“las puchitas” y que al otro día le dolía mucho la vagina, por no habla sobre alguna penetración.

14. La Psicóloga Luz Miriam Agudelo Vallejo, es la persona que recibe la entrevista de A.L.M.G. Su testimonio no tiene poder suasorio. Simplemente es un testigo de oídas. A esta persona la joven le dice sentir que *“algo me salió de adentro de mi vagina y que volvía a entrar y me dolía mucho”*. Suceso distinto al relatado por la afectada a su amiga L.D.C.M.

15. Norma Ximena Artunduaga Tovar, Psicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal, valora a la afectada dos años después de ocurridos los hechos. Escucha el relato de la joven, pero no precisa circunstancias de tiempo, modo y lugar. Identifica en la menor un *“trastorno adaptativo”*, que se genera por un episodio de estrés sufrido al menos dentro de los tres meses anteriores. Expresa que dichos síntomas son más significativos porque la progenitora de la víctima había regresado a vivir con el acusado y la coaccionaba para retractarse de la incriminación.

16. La versión de Francenith Pascuas Leguizamo, progenitora de la víctima, también se incorpora a través de la denuncia como prueba de referencia. Encuentra que esta controvierte el relato de la infante. Advierte que, según lo manifestado por la señora su hija A.L.M.G., le había contado que **YON FREY POLO CASTILLO**, le había introducido los dedos en la vagina.

17. Aduce que la historia contada por A.L.M.G., no tiene coherencia y uniformidad extrínseca con los otros medios de prueba incorporados a la actuación. Acepta que las Psicólogas que dan su testimonio afirman que la joven había sido coherente en sus relatos. No obstante, al confrontarla con las otras pruebas practicadas quedan al descubierto incertidumbres no esclarecidas. Además, no hay prueba directa sobre la real ocurrencia de los hechos.

18. Destaca que A.L.M.G., y su progenitora no se presentan a declarar. Se incorporan sus entrevistas como prueba de referencia. No puede fundamentar la condena únicamente en pruebas de referencia.

19. Por las anteriores razones decide absolver de responsabilidad a **YON FREY POLO CASTILLO**, por el delito acusado. Estima que no fue desvirtuada su presunción de inocencia.

V. RECURSO DE APELACIÓN

20. La Fiscalía alega que en este caso existe convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad de **YON FREY POLO CASTILLO**, en el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

21. Expresa que la víctima no se hizo presente en juicio oral. Su versión de los hechos fue incorporada a través de la investigadora que la recibe y demás profesionales que se presentan a declarar. La psicóloga del C.T.I., también escucha y recibe la versión de los hechos entregada por la amiga de la afectada.

22. Los investigadores y profesionales de la salud escuchan directamente el relato de la víctima.

23. Manifiesta que es bastante común escuchar a niñas víctimas de delitos sexuales decir en testimonios y entrevistas que le introdujeron algún objeto y parte del cuerpo en la vagina, pero lo cierto es que la mayoría de veces se están refiriendo es a la fricción en sus labios vaginales.

24. La menor en todos los relatos realizados a la investigadora del C.T.I., Psicóloga y médico del Instituto Nacional de Medicina Legal, siempre es coherente al dar a conocer el contexto en que se ejecuta el delito. No le asiste razón al juzgado de primer nivel cuando afirma que la afectada narra una historia a su amiga y otras diferentes a los funcionarios que participan en la investigación.

25. Las divergencias que se presentan en cuento a la fecha de los hechos y la forma en que la joven narra los tocamientos sexuales, no son suficientes para descartar que estos verdaderamente hayan ocurrido.

26. La afectada fue consistente y coherente al contar a todos los funcionarios en la entrevista que la noche de los hechos se

despierta porque sentía algo en su vagina, al abrir sus ojos observa a **YON FREY POLO CASTILLO** encima de ella.

27. El médico legista y la investigadora de policía judicial aprecian que la menor era coherente, espontánea y detallada en su relato. Así lo confirma también la psicóloga forense.

28. En juicio oral se revela que A.L.M.G., había sido presionada por su progenitora para retractarse de la incriminación contra el acusado. Situación que informa a la psicóloga forense.

29. **YON FREY POLO CASTILLO** no se acusa por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, sino por actos sexuales con menor de 14 años. Esto porque desde el comienzo de la investigación se vislumbra que no había existido penetración.

30. De acuerdo con el precedente judicial de la Corte Constitucional, la prueba tanto de referencia y la directa debe ser valorada en conjunto. Se constata que el procesado es la persona que ejecuta los hechos acusados. También debe tenerse en cuenta que la dificultad para presentar a la menor al juicio se debió a que su progenitora no lo permitió.

31. Las testigos que rinden declaración son personas serias. Sin interés en este caso. Sus versiones permiten fundamentar un fallo de condena.

32. Solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar a **YON FREY POLO CASTILLO**, como autor del delito acusado.

VI. NO RECURRENTES

33. El defensor del procesado expresa que la sentencia de primera instancia es acorde al precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia. Manifiesta que la Fiscalía con la exposición efectuada al presentar el recurso de apelación no ataca de manera directa los argumentos del juzgador consignados en la sentencia.

34. Arguye que uno de los cuestionamientos que hizo al médico legista fue la ausencia de resultados del examen de fluidos tomados a la menor y el testigo no pudo dar cuenta de ello. La Fiscalía tampoco los aporta al proceso porque sabía que los resultados no incriminaban a su cliente.

35. A.L.M.G., es actualmente una persona mayor de edad, vive con su pareja sentimental, es independiente. Todo esto descarta que su progenitora la haya manipulado para no presentarse a declarar.

36. El análisis realizado por el juzgado de primera instancia sobre las pruebas practicadas es correcto. Fueron demasiadas las falencias de la Fiscalía durante la fase de investigación y en desarrollo del juicio oral. No haber logrado la comparecencia de la víctima es una de las principales fallas.

37. El hecho que la Fiscalía tenga una percepción distinta a la del juzgador no tiene el alcance necesario para derruir la decisión de primer grado.

38. Pide declarar desierto el recurso de apelación. En su defecto, confirmar la sentencia de primera instancia.

VII. CONSIDERACIONES

A. Competencia

39. Esta Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva es competente para conocer de la alzada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 del C.P.P. Pues se trata de resolver el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juez penal del circuito de este distrito judicial en una actuación adelantada por hechos ocurridos en este municipio. Tal competencia se ejercerá con estricto respeto del principio de limitación. Principio que habilita a la Sala para pronunciarse sobre lo que es objeto de apelación y lo inescindiblemente relacionado.

B. Fundamentos para dictar sentencia condenatoria

40. El legislador en aras de salvaguardar el principio constitucional de la presunción de inocencia, previsto en el artículo 29 de la Carta Política como postulado que integra el derecho fundamental al debido proceso y que además encuentra explícito desarrollo normativo en los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, vincula el fallo de carácter condenatorio a la demostración más allá de toda duda acerca de la materialidad del delito imputado y la responsabilidad penal del procesado. En fin, a la satisfacción de ineludibles exigencias sustanciales.

41. Atendidas tales regulaciones, conviene enfatizar, en el evento de echarse de menos esos requisitos probatorios, el pronunciamiento conclusivo de las instancias no puede ser diverso a la absolución. De igual modo, que la providencia de dicho contenido y alcance impone también, al tenor de las disposiciones citadas en precedencia, cuando persisten dudas en torno a alguno de esos hitos, pues en este caso son de impelida definición a favor del procesado en aplicación del postulado del *in dubio pro reo*, máxime que la carga de la prueba recae en el órgano de persecución penal.

42. La opugnadora solicita la revocatoria de la sentencia absolutoria proferida por el *a quo* a favor de **YON FREY POLO CASTILLO** y en su lugar emitir condena por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado. La definición de estas pretensiones surge vinculadas obviamente al análisis conjunto de las pruebas acopiadas, como se exige en forma explícita en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004.

C. Problemas jurídicos

43. De la sentencia recurrida y del recurso interpuesto por la Fiscalía, se desprende que el Tribunal debe determinar si la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 9 de diciembre de 2016, a favor de **YON FREY POLO CASTILLO** es jurídicamente correcta o no. Para ello, la Sala debe abordar cuatro problemas jurídicos, así:

a. ¿El recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de primera instancia fue sustentado en debida forma?

b. En caso de ser positiva la respuesta al interior interrogante, se debe determinar si ¿Existe conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad del delito endilgado al procesado?

c. De configurarse el delito se debe preguntar: ¿existe conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad de **YON FREY POLO CASTILLO** en la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado?

d. ¿Finalmente, se configura en este asunto los elementos estructurales de la causal de agravación contemplada en el artículo 211 numeral 5° del Código Penal?

D. Solución a los problemas jurídicos planteados

1. Indebida sustentación del recurso de apelación

44. La defensa expresa que la alzada no contiene un verdadero cuestionamiento a la decisión recurrida en la sustentación de la petición, la Sala comparte la determinación de la *A quo* de conceder el recurso.

45. La delegada del ente acusador sí esboza motivos de inconformidad respecto de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de primer nivel. Recrimina la ausencia de poder suasorio otorgado a la versión de la menor afectada incorporada a través de entrevista y a los restantes medios de prueba practicados.

46. Presenta la que considera es una valoración probatoria acorde con lo demostrado por los medios de prueba practicados. Exposición suficiente para declarar cumplida la carga argumentativa exigida. En razón a que al revisar el escrito de sustentación se verifica la concreción de temas o materias de disenso y la exposición de argumentos fácticos, jurídicos y

probatorios que sirven para cuestionar la determinación recurrida.

2. Materialidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años y responsabilidad penal de YON FREY POLO CASTILLO

47. La Sala en el cometido anunciado, parte de la conducta punible de la cual fue acusado **YON FREY POLO CASTILLO** que se encuentra contemplada en los artículos 209 y 211 numeral 5° del estatuto de las penas.

48. En esta oportunidad la averiguación y el juzgamiento se adelanta por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado. Tipo penal que protege a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o la incapacidad para determinarse en asuntos de esa naturaleza.

49. Esa falta de autoderminación la presume el legislador en personas menores de catorce años, así se establece en el dispositivo típico 209 del Código Penal.

50. De acuerdo con lo normado en el artículo 356 del C.P.P., en el juicio se admite como hecho cierto y probado a través de estipulación probatoria la plena identidad e individualización de **YON FREY POLO CASTILLO**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 83.252.262 expedida en El Agrado, Huila.

51. También se da como hecho cierto y probado la minoría de edad de A.L.M.G., para la época de los hechos. Nació el 28 de septiembre de 1997. Por tanto, para el 1° de marzo de 2010 contaba con 12 años. Hija de María Enid Gutiérrez Rubio y José Manuel Mora Ramírez. Todo ello acreditado con el registro civil de nacimiento n.° 97092818032 (Fol. 59. Cuaderno de 1 instancia).

52. Se establece que la menor A.L.M.G., para el mes de marzo de 2010 residía con su progenitora, una hermana de 4 años y **YON FREY POLO CASTILLO**, en una vivienda ubicada en la calle 22A n.° 34C-34 del barrio Manzanares de Neiva, Huila.

53. Con el recurso de apelación se cuestiona la valoración probatoria realizada por el *a quo* en la sentencia impugnada. Concluye la censora que en el presente caso se demuestra más allá de toda duda razonable sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad del acusado en los mismos.

54. La Sala al abordar el análisis de las probanzas atinentes a tales aspectos, de acuerdo con el método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción judicial luego del análisis crítico y conjunto del acopio probatorio allegado a la actuación. Estudio en el que se debe tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica, la dialéctica y la ciencia.

55. El juzgador de primer nivel absuelve de responsabilidad penal a **YON FREY POLO CASTILLO** al considerar que existe sólo prueba de referencia. Lo que impide emitir sentencia condenatoria. Estima que la versión de A.L.M.G., que se incorporó a la actuación a través de entrevista, presenta contradicciones con los diferentes medios de prueba practicados. La Sala piensa lo contrario.

56. Es cierto que A.L.M.G., no se presenta a declarar en juicio oral. La Fiscalía advierte que a pesar de múltiples esfuerzos para ubicarla no lo logra. Tampoco encuentra a su progenitora para notificarla de las diligencias. Motivo por el cual utiliza la entrevista y la cual incorpora como prueba de referencia. La testigo de acreditación para tal fin, es Luz Myriam Agudelo Vallejo, Psicóloga del C.T.I. Persona encargada de recibir la entrevista de la joven.

57. Con la declaración de Luz Myriam Agudelo Vallejo, se conoce que en desarrollo de su trabajo como investigadora del C.T.I., entrevista a A.L.M.G., el 15 de marzo de 2010. Joven que le relata los hechos de la siguiente forma:

“EL 31 DE FEBRERO DE ESTE AÑO 2010, TUVIERON UNA ACTIVIDAD ENTRE FAMILIA DONDE VIVIAMOS ANTES EN EL BARRIO MANZANARES. UN PRIMO CON SU FAMILIA, MIS ABUELOS, MI MAMÁ, JHON (sic) FREY QUIEN PARA ESA ÉPOCA ERA EL MARIDO DE MI MAMÁ Y ES EL PAPÁ DE MI HERMANITA M.K.P.G., DE 5 AÑOS DE EDAD. ESA REUNIÓN FUE DESDE POR LA MAÑANA. AHÍ HICIMOS EL ALMUERZO. Y COMO A LA 1:00 TODOS ESTABAMOS ESPERANDO A ESE SEÑOR, (LA NIÑA SE

REFIERE A JHON (sic) FREY), PARA ALMORZAR, ÉL LLEGÓ, HABÍA TOMADO UNAS CERVEZAS Y VENÍA PRENDIDO. ÉL NO QUISO ALMORZAR Y NOSOTROS ALMORZAMOS. ME DUELE TANTO PORQUE YO LO QUERÍA COMO PAPÁ PORQUE YO LO CONOZCO DESDE QUE ESTABA PEQUEÑITA. EL SE FUE PARA LA TIENDA A TOMAR CON MI ABUELO JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ. Y MI MAMÁ Y LA FAMILIA DEL PRIMO SE QUEDARON TOMANDO UNAS CERVEZAS AHÍ EN LA CASA. YA EN LA TARDECITA MI MAMÁ SE ACOSTÓ, EL DIJO QUE LE SIRVIERA LA CENA. YO LE SERVÍ Y COMÍ CON MI HERMANITA Y ME FUI A ACOSTAR CON LA NIÑA. Y EL DIJO NO CIERRE LA PUERTA PORQUE DE PRONTO LA NIÑA SE DESPERTABA ASUSTADA O QUERÍA IR AL BAÑO. YO LE HICE CASO. YO ESTABA MUY DORMIDA Y SENTÍ QUE ALGO ME SALIÓ DE ADENTRO DE MI VAGINA Y QUE VOLVÍA A ENTRAR Y ME DOLÍA MUCHO. YO ME DESPERTÉ ASUSTADA, ME FUI A LEVANTAR Y VI FUE LA CARA DE JHON (sic) FREY CASI ENCIMA DE LA MÍA. TENÍA LAS MANOS DE ÉL SOBRE MÍ. ME ESTABA BESANDO POR TODO EL CUERPO. YO ME HABÍA ACOSTADO CON UN CHORCITO Y UNA BLUSITA DE TIRAS. ESTABA SIN BLUSA, SIN LOS CHOR Y LOS CUCOS ESTABAN EN LOS TOBILLOS. YO FUI A GRITAR Y ME DIJO CÁLLESE ESTÚPIDA. ESTÉSE QUIETA. ME TAPÓ LA BOCA, YO TRATABA DE MOVERME PERO EL TENÍA MUCHA FUERZA. YO SENTÍ QUE ALGUIEN HABLÓ O COMO UNOS PASOS. ME SOLTÓ Y ARRANCÓ RÁPIDO PARA EL CUARTO Y CERRÓ LA PUERTA. YO LA PATIABA, LLAMABA A MI MAMÁ Y ELLA NO SE DESPERTÓ. APENAS PUJABA. ELLA ESTABA MUY BORRACHA. YO VÍ QUE ELLA NO SE DESPERTÓ Y ME ENCERRÉ Y ME ACOSTÉ. Y AL OTRO DÍA ME LEVANTÉ PARA IR A ESTUDIAR. NO LE DIJE NADA A MI MAMÁ PORQUE ESTABA ESE SEÑOR. YO LE DIJE A MI MAMÁ QUE NO QUERÍA IR. ELLA ME REGAÑÓ Y LE DIJO A JHON (sic) FREY QUE ME LLEVARA EN LA MOTO PARA COGER EL COLECTIVO Y YO DE CAMINO LE DECÍA QUE SI ERA ABUSIVO, LO TRATÉ MAL. LE DIJE DE TODO. ÉL ME DECÍA QUE ME CALLARA Y TAMBALEABA LA MOTO. A MEDIO DÍA DE VENIDA EN EL COLECTIVO, LE CONTÉ A MI AMIGA L.D.C.M., LO QUE ME HABÍA PASADO. ELLA ME NOTÓ TODA TRISTE, Y YO NO AGUANTÉ MÁS Y ME PUSE A LLORAR. ELLA SE QUEDÓ SORPRENDIDA Y LE CONTÓ A LA MAMÁ DE ELLA DE NOMBRE DIANA Y ELLA LE CONTÓ AL MARIDO DE ELLA DE NOMBRE GUILLERMO Y ÉL LLAMÓ A LA POLICÍA Y LA POLICÍA HABLÓ POR TELEFONO CONMIGO, Y QUE IBAN A IR A LA CASA, PERO QUE NECESITABAN HABLAR CON MI MAMÁ. ENTONCES YO LLAMÉ A MI MAMÁ AL TRABAJO QUE SE LLAMA CARROCERÍAS MAC. ELLA ME LLAMÓ AL FIJO Y LA VECINA DIANA HABLÓ CON ELLA Y ELLA SE VINO ENSEGUIDA CON EL PATRÓN DE ELLA DE NOMBRE JULIO CÉSAR CABRERA BAHAMÓN. YO LE CONTÉ A MI MAMÁ DELANTE DEL PATRÓN DE ELLA Y DELANTE DE LA POLICÍA. Y DE AHÍ MI MAMÁ SE VINO A PONER EL DENUNCIO. ANTES DE ESOS HECHOS YO NO HABÍA NOTADO NADA DE PARTE DE JHON (sic) FREY. LO ÚNICO ERA QUE A MI NO SE ME PODÍAN ACERCAR NIÑOS PORQUE EL DE UNA VEZ SE PONÍA BRAVO. DECÍA QUE ERA MI NOVIO. PERO QUE YO ME HAYA DADO CUENTA NUNCA ME

HABÍA HECHO NADA. ESE DÍA QUE SUCEDIÓ ESO, EL NO ESTABA TAN BORRACHO. YO LE SERVÍ LA COMIDA Y SE COMIÓ TODO. ESTABA BIEN. EL ESTABA EN SUS CINCO SENTIDOS. EL JURA Y NIEGA Y DICE QUE SERÍA INCAPAZ DE ESO. QUE EL ME HA VISTO CON UNOS OJOS COMO SI FUERA LA HIJA Y SE PONE A LLORAR COMO UN NIÑO CHIQUITO. MI MAMÁ SE SEPARÓ DE ÉL. HACE 15 DÍAS ESTAMOS VIVIENDO DONDE MIS ABUELOS. ELLOS NO ME CREEN ME PRESIONAN A TODA HORA QUE PIENSE BIEN LAS COSAS. QUE ESTOY DICIENDO MENTIRAS. PERO NO ES MENTIRAS, YO A ÉL LO APRECIABA. CON ÉL NO HABÍA TENIDO PROBLEMAS. NO TENGO MÁS QUE DECIR.”

58. Si bien, la versión de los hechos de A.L.M.G., no se entrega durante el desarrollo del juicio oral. Lo cierto es que su incorporación como medio de prueba de referencia está autorizado por el parágrafo del artículo 275, parágrafo 1° del artículo 206A y por el literal e) del artículo 438 del C.P.P., que a tenor literal señalan:

“Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física los siguientes:

(...)

Parágrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

(...)

Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el título IV de Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos efectos se seguirá el siguiente procedimiento:

(...)

Parágrafo 1º. *En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de lo criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.*

(...)

Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. *Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

(...)

e) *Es menor de dieciocho (18) años y víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificado en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d del mismo código.*

59. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al estudiar la referida norma explica:

“En el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (i) encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación, y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera.

(...)

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente

victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que “es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código”. ”¹

60. De acuerdo con la versión suministrada por A.L.M.G., a través de su entrevista, no cabe duda que fue víctima de ataque sexual por parte de **YON FREY POLO CASTILLO**. Hecho que acontece en la madrugada del 1° de marzo de 2010. En una de las habitaciones de la vivienda donde residía en compañía de su progenitora y hermana de 4 años.

61. Acto sexual que consiste en tocamientos en su zona vaginal, pecho y besos en todo su cuerpo. Para tal cometido el procesado le baja los pantalones de la pijama, la ropa interior y le sube la blusa a la infante. Comportamiento delictual que el acusado ejecuta gracias a que la mamá de la afectada se encontraba profundamente dormida en estado de embriaguez en otra habitación de la vivienda.

62. El testimonio a través de entrevista de A.L.M.G., no es insular. Encuentra corroboración periférica en otros medios de prueba practicados en esta causa. Como el testimonio de Andrés Favián López Rosero, médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Sur.

63. Profesional, que con la ayuda del informe técnico médico legal sexológico, radicación interna 2010C-07000401195, expone que realizó el 1° de marzo de 2010, primer reconocimiento médico legal sexológico a la infante de 12 años. En desarrollo de la práctica médica escucha la historia de la menor que le manifiesta lo siguiente:

“a la 1 de la mañana estaba durmiendo en mi cuarto con mi hermana de 4 años. Yo sentí que me movían y que me metían y me sacaban algo de la vagina. Yo me desperté al sentir eso y vi la cara de mi padrastro que tenía las manos sobre mí. El me tapó la boca y me dijo estúpida y que me callara. Luego me empezó a besar. Me tocaba los senos y la vagina con las manos. Yo vi que no tenía puesto el short de la pijama que es color

¹ CSJ. SP-3332 -2016. Radicación n.º 43866. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

fucsia con florecitas, y el interior lo tenía en los tobillo. También vi que mi hermanita no estaba durmiendo ya conmigo. Yo intentaba tirar patadas pero no podía porque él me tenía.”

64. Otra de las testigos que escucha de forma personal y directa la historia de la menor es Norma Ximena Artunduaga Tovar, Psicóloga Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Sur. La declarante efectúa valoración psicológica a A.L.M.G., el 20 de diciembre de 2012. La niña le cuenta los hechos así:

“Hace dos años, en el año 2010 el primero de marzo, ese día estábamos en una reunión familiar todos estaban tomando. Mi mamá se emborrachó, y Jhon Fredy (sic) también se emborrachó. Y ellos iban a pelear y entonces acostaron a mi mami y se lo llevaron a él no sé para donde en la moto. En la noche el regresó a la casa y me dijo que me entrara. Entonces yo me entré. Me dijo que cerrara la puerta, como él no había comido me dijo que le sirviera. Entonces yo le serví la comida. Mi hermana estaba despierta y él le dio la comida a mi hermana. Luego que él terminó de comer yo me acosté porque ya me dio sueño, y el le dijo a M que se acostara con ellos, y yo de miedosa le dije que yo me iba a acostar con mi hermana. Esa noche yo me quedé con el celular de mi mami escuchando música y finalmente me dormí con mi hermana. Y no se si fue a media noche mi hermana se levantó con ganas de orinar y se volvió a acostar, luego nos acostamos a dormir. Después como al rato nosotras estábamos durmiendo y Jhon Fredy (sic) se pasó a la cama de nosotras al lado de la niña y ellos estuvieron escuchando música como hasta las tres y algo. Yo me levanté porque él me metió la mano en la vagina, me hacía raro, me hizo duro y yo abrí los ojos me dolió, yo no le dije nada yo creo que él no se había dado cuenta que yo me había despertado, iba subiéndome y me tocó los senos, él sacaba la mano porque la niña se movía y él disimulaba tapando a mi hermana. Yo me sentía raro, luego pasó a la niña para la cama de ellos, prendió la luz para ver si yo estaba dormida, él estaba en toalla, él como que me alzó y yo sentí algo que me bajó. Después el regresó y me corrió para un lado a mí, yo sentía algo como que me bajó por la vagina. Pero luego el me acomodó y para echarme eso me bajó los pantalones. Él me acostó yo me puse a llorar de no haber hecho nada. Me da rabia porque soy una tonta por no haber hecho nada. Luego él se fue para la cama de mi mamá y la llamó porque eran las cuatro. Él me levantó y le dije a mi mamá que no quería ir a estudiar. Entonces mi mamá me dijo por qué y yo le dije que me sentía enferma y ella me dijo que me fuera a bañar para que me fuera a estudiar.”

65. Como puede verse, todas las veces que la menor narra los hechos a los profesionales que intervienen en la investigación, es

consistente, hilada y coherente en dar a conocer los actos sexuales de los que fue víctima. La forma como estos se ejecutan y la autoría en cabeza del acusado.

66. Huelga aclarar en este punto del análisis que los testimonios del médico y psicólogas son elementos probatorios que tienen un contenido mixto: de una parte, son testigos de circunstancias fácticas que perciben de manera directa. De otra, escuchan aseveraciones que tiene que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos del delito endilgado, que no fueron percibidos en forma directa, pero que sirven para confirmar la consistencia, coherencia, uniformidad y reiteración de la incriminación realizada por la víctima.

67. Estos medios de prueba valorados en conjunto y bajo los presupuestos de la sana crítica llevan a concluir que A.L.M.G., no miente. En todas sus entrevistas narra la experiencia vivida cuando **YON FREY POLO CASTILLO** la madrugada del 1° de marzo de 2010 ingresa a la habitación donde dormía y realiza tocamientos libidinosos en su vagina, pechos y cuerpo. Suceso que relata en tres ocasiones. En todas guarda coherencia, uniformidad e ilación en cuanto a la forma como se desarrolla el suceso delictivo.

68. Luz Myriam Agudelo Vallejo, Psicóloga del C.T.I., manifiesta que, al entrevistar a la menor, percibe un relato espontáneo, libre, hilado, sin dudas o contradicciones. Observa a la menor con muestras de tristeza durante la narración. Presenta voz suave, mantiene cabeza baja, actitudes que, según su criterio profesional, reflejan vergüenza o culpa, propio de niños que han sido víctimas de delitos sexuales.

69. Tampoco advierte que la joven estuviera manipulada o influenciada para incriminar al procesado o que fuera producto de la imaginación. Indica que la afectada al tener 12 años de edad ya no presenta esa clase de fantasías. Considera que el dicho de la víctima fue centrado y su comportamiento refleja lo que siente en ese momento.

70. Norma Ximena Artunduaga Tovar, Psicóloga Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional

Sur, corrobora lo anterior. Afirma que A.L.M.G., describe los hechos con sus *“propias palabras y desde su punto de vista acorde a su edad, desarrollo cognitivo y lingüístico con adecuado respaldo afectivo y apoyado en detalles, vivencias físicas y emocionales que dan lugar a una situación vivencial de connotación descrita por la examinada.”*

71. La Sala no desconoce que al comparar las tres versiones de la joven se observan diferencias leves en ciertos detalles. No obstante, no tienen el alcance o relevancia necesaria para restar toda credibilidad o poder suasorio a su dicho. Téngase en cuenta que la niña realiza las tres narraciones al médico y a las dos psicólogas de forma libre y espontánea.

72. Es decir, no dirigidas minuciosamente por un interrogador como se hace en juicio oral. Circunstancias que influyen a la hora de narrar el hecho e impide que todos sean idénticos y pormenorizados como sería lo ideal.

73. Es normal y común que los relatos de testigos, en especial si son niños de muy corta edad, presenten algunas diferencias que son intrascendentes. Pues a menos que se esté recitando un libreto de memoria, lo habitual es que la historia se cuente de diversas formas. Se agreguen o supriman algunos detalles, sin que por ello se pueda tildar de mendaz la declaración.

74. Lo importante es constatar que el núcleo central del hecho se mantenga siempre incólume y que el testimonio no sea insular, sino que encuentre corroboración así sea de manera indirecta en otros medios de prueba, justo lo que acontece en este caso.

75. Sobre el particular la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho lo siguiente:

“En todo caso, en no pocas oportunidades, la Corte se ha ocupado de resaltar que, las inconsistencias, divergencias o contradicciones intrínsecas o extrínsecas del testimonio, o incluso la constatación de que un testigo faltó a la verdad en cierta parte de su narración no lo convierte en inaceptable o lo descalifica de plano, pues habrá de escudriñarse, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la validez o no del relato en su integridad, de cara al resto de medios suasorios, para lo cual debe ser analizado con mayor celo y precaución.”

En verdad, esta Corporación ha resaltado que la credibilidad de un testigo no puede medirse, necesariamente, en función de la convergencia absoluta de su relato consigo mismo y con los demás, pues, la experiencia enseña que, es normal que las personas varíen las particularidades insustanciales de su narración y que coincidan en lo esencial cuando su relato es fidedigno. (CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305, CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30.305)."²
(Negrilla de esta Sala)

76. No sobra recordar que por las circunstancias en que se cometen los delitos como el aquí investigado, en los que el agresor sexual invade la esfera íntima, privada de los menores de 14 años, se aprovechan de su ingenuidad, o de ciertos momentos de soledad. En todo caso, de sus condiciones de superioridad.

77. Lo narrado por la menor no puede mirarse como la simple contraposición a lo ofrecido por el victimario, para exigirle más evidencias que sus afirmaciones, si las mismas son coherentes con las circunstancias que rodearon los hechos. Así como las condiciones y personalidad del involucrado.

78. Es pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal³ de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se refrenda la línea de pensamiento plasmada en diversas convenciones internacionales y desarrolladas por la Corte Constitucional. En las cuales se señala que los testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas del abuso sexual no deben ser desestimados por el simple hecho de no provenir de individuos que han alcanzado la mayoría de edad.

79. Tampoco se trata de ubicarse en el otro extremo de la discusión, para otorgarles, sin más, plena credibilidad a sus dichos. La jurisprudencia enseña que para validar la versión de los menores, presuntas víctimas de actos sexuales, se precisa la aplicación del criterio de coherencia narrativa⁴, para deducir que no sólo su testimonio lo era, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba es ampliamente concordante.

² CSJ. SP8565-2017. Radicación n.º 40.378. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³ CSJ. Rad. 23706 de 26 de enero de 2006. SP. Rad. 37044 de 7 de diciembre de 2011. Rad. 43262 del 6 de mayo de 2015 entre otras.

⁴ CSJ. SP.AP6291-2015. Radicado 42783 de 28 de octubre de 2015. MP. José Leonidas Bustos Ramírez.

80. Esto ha dicho el máximo tribunal al respecto:

“En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”⁵

81. Es por ello, que cuando las declaraciones de los menores víctimas de esta clase de delitos sexuales se realizan con fluidez, en el que estructura un relato discursivamente coherente, en el que se advierte además, que se expresa de una manera natural, espontánea y acorde a su edad.

82. Relato que se encuentra concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, lo acertado es que el fallador le confiera total credibilidad a lo dicho por la menor víctima. Máxime cuando no se advierten pruebas contundentes que lo refuten.

83. De acuerdo con las anteriores razones, el que A.L.M.G., haya dicho en una de sus entrevistas que el hecho delictivo ocurre el 31 de febrero de 2010, es evidente que es una fecha inexistente, no tiene la entidad suficiente para tildarla de mentirosa. Recuérdese que la información la entrega una niña de escasos 12 años, que por su corta edad fácilmente puede confundirse al señalar una fecha específica.

84. Error que las reglas de la experiencia indican no se salvan ni siquiera los adultos. Además, lo relevante de la información suministrada por la joven es que da a conocer que el hecho ocurre la noche entre el último día de febrero y primer día de marzo de 2010, independiente de la fecha asignada en el calendario.

85. Otro aspecto que destaca el juzgador para restar credibilidad al dicho de la menor es que supuestamente ella habla de penetración. Afirmación que en su criterio fue descartada por el

⁵ CSJ. SP. Radicado. 30073 de 19 de enero de 2011.

médico Andrés Favián López Rosero, quien dictamina que la joven tiene himen anular integro no elástico no desflorado.

86. Es verdad que A.L.M.G., tenía su himen anular integro, como lo dictamina el galeno en el informe 2010C-07000401195. Lo que no es cierto es que la afectada haya afirmado haber sido penetrada por el acusado vía vaginal.

87. Se reitera, el juzgador olvida que el relato de lo sucedido lo entrega una niña de escasos 12 años, para la época de los hechos. Circunstancia que incide al momento de expresarse sobre esa clase de asuntos. Al analizar su historia de forma contextualizada, no se requiere de mayores elucubraciones para entender que cuando A.L.M.G., afirma sentir que algo entraba y salía de su vagina, en realidad se está refiriendo a tocamientos, no a una penetración propiamente dicha.

87. Conclusión que se refuerza en el hecho que la joven hasta ese momento no había sostenido coito vía vaginal, para creer que distinguía a cabalidad entre un tocamiento y una penetración.

88. El médico Andrés Favián López Rosero, clarifica ese aspecto lo cual no fue tenido en cuenta por el juzgador de primer nivel. Estas fueron las palabras del galeno:

“Fiscalía: Gracias señoría, ¿doctor Andrés Favián, dentro de la experiencia suya en la valoración de víctimas menores de edad por abuso sexual, es usual que las niñas le comenten a usted que han sentido que les introdujeron algo en la vagina y esto sea únicamente por tocamientos y no penetración?

Andrés Favián López Rosero: Sí, es común, es común, pues digamos en la práctica, yo no tengo un porcentaje, un número que digamos pueda estimar, pero sí tengo presente que ha ocurrido varias veces, donde se manifiesta digamos, o la menor manifiesta la sensación cierto, la introducción de algún elemento a su cavidad vaginal pero realmente no se evidencia en el área genital pues que esto sea demostrable, entonces sí ha ocurrido.”

89. Queda en evidencia entonces que el a quo tergiversa las declaraciones de la menor. Otorga a los relatos de la joven un sentido diverso al pretendido por ella, para hacer creer que manifiesta la existencia de una penetración vaginal por parte del acusado. Cuando lo cierto es que la afectada siempre se refiere a

tocamientos, los cuales da a conocer con sus propias palabras. Agresión que guarda total coherencia con el dictamen médico legal. Incluso el galeno hace claridad a que el hecho de no encontrar hallazgos no descarta la existencia de manipulación sexual en los genitales de la víctima.

90. La diferencia que se advierte en los tres relatos de la joven tiene que ver con el comportamiento asumido por ella durante la ejecución de la conducta delictiva.

91. A la psicóloga Luz Myriam Agudelo Vallejo y al médico Andrés Favián López Rosero, les dice que al darse cuenta del comportamiento delictual del procesado intenta gritar y quitarlo de encima suyo, pero no puede porque el acusado tiene más fuerza y le tapa la boca.

92. Luego cuando **YON FREY POLO CASTILLO** se regresa a su habitación y se encierra, la menor lo sigue y trata de informar a su mamá lo sucedido, pero no logra hacerlo porque la puerta estaba cerrada y su progenitora estaba en estado de embriaguez y profundamente dormida. En cambio, a la psicóloga Norma Ximena Artunduaga Tovar le narra que mientras el acusado realizaba la conducta delictiva en su contra ella asume una actitud pasiva, sin reacción, incluso se recrimina por no haber hecho nada para repeler a su agresión.

93. Esta divergencia entre los relatos genera duda, pero la misma se contrae únicamente a establecer cuál fue la verdadera reacción de la joven ante la agresión. No permite concretar más allá de toda duda si A.L.M.G., realmente repudia de forma activa el ataque sexual pero no puede al ser sometida por la fuerza o si opta por mantenerse en forma pasiva.

94. Si embargo, esa diferencia no tiene incidencia en torno al núcleo central de los hechos, consistente en la existencia de los actos sexuales y la autoría de **YON FREY POLO CASTILLO**. Sobre ese aspecto la menor sí fue consistente, reiterada y coherente en las tres declaraciones.

95. En ese sentido, el juzgador debió analizar con mayor esmero la solidez del núcleo central o duro del relato de la joven. Estudiar

si la historia sobre la existencia de la conducta delictiva y su autor se mantuvo indemne. De haberlo hecho se habría dado cuenta que la niña las tres veces fue consistente y reiterativa en manifestar la forma que el procesado la madrugada de los hechos la agrede sexualmente. Circunstancia fáctica esencial que jamás sufre variación por lo cual no era factible tildar de mentirosa, incoherente o contradictoria la versión de la afectada.

96. La Sala encuentra que las declaraciones rendidas por la menor en cuanto a que fue objeto de práctica sexuales por parte del acusado son coherentes, precisas, concordantes, claras y lógicas.

97. Sobre el punto de las inconsistencias o contradicciones a las que se ha referido el togado, la jurisprudencia de las altas cortes ha enseñado que en ciertos casos, cuando aquellos versan sobre puntos específicos, no poseen la fuerza necesaria para derruir la teoría inculpativa, si se tiene en cuenta que generalmente versan sobre aspectos secundarios y no centrales del debate.

98. Tales imprecisiones responden más al paso del tiempo, procesos de rememoración, falta de comprensión por la edad de los declarantes, grado de instrucción académica, entre otros factores que pueden explicarlos. Circunstancia frente a las cuales en no pocas oportunidades la memoria humana es altamente falible, lo que es diferente a posturas falaces o maledicentes de su parte.

99. Si partimos del hecho de la edad de la víctima, contrario al sentir del juez de primer nivel, sus atestaciones resultan altamente coherentes y cohesionadas. Más importante aún, fueron corroboradas por otros medios de prueba indirectos como los testimonios del médico y en especial de las psicólogas.

100. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ, sobre el particular resulta ilustrativo, el radicado 30305 de 5 de noviembre de 2008. Señala que incluso en una perfecta coincidencia podría conducir a tener al testimonio como preparado o aleccionado. No obstante, si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos, importando poco las contradicciones en lo secundario, ya

que lo verdaderamente relevante es que exista uniformidad en los tópicos esenciales, lo que la jurisprudencia ha denominado “*núcleo duro*” de la investigación penal.

101. En todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas. También contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insustanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad. Lo realmente importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que la misma sea más allá de toda duda razonable.

102. En síntesis, del análisis se concluye que el núcleo central de la versión entregada por la niña en sus entrevistas no varía ni presenta incoherencias o contradicciones de trascendencia. Al contrario, se mantuvo incólume en todas las ocasiones que narra los hechos y las maniobras delictivas ejecutadas por el procesado. Por ello es digno de toda credibilidad.

103. El juzgador tampoco tuvo en cuenta la existencia de corroboración periférica o prueba indirecta que daba cuenta de la real existencia del suceso. El estado de ánimo y comportamiento de la joven percibido por las profesionales de la salud cuando la entrevistan y examinan. También pasa por alto las secuelas psicológicas de la menor producto de la comisión del ilícito. Todo lo cual permite superar la prohibición contenida en el artículo 381 del C.P.P., que establece que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia⁶.

104. Como ya se dijo, Luz Myriam Agudelo Vallejo, Psicóloga del C.T.I., al momento de entrevistar a la menor la observa triste, habla con voz suave, mantiene la cabeza abajo, lo que en su concepto como profesional son comportamientos que reflejan

⁶ CSJ. SP-3332 -2016. Radicación n.º 43866. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. En esta providencia se dijo: “En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas”; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador.”

vergüenza o culpa por lo acontecido, típico de niños víctimas de delitos sexuales.

105. Norma Ximena Artunduaga Tovar, Psicóloga Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Sur, dictamina que A.L.M.G., debido al abuso sexual vivido por parte del acusado presenta numerosas secuelas que se han ido visualizando con el pasar de tiempo.

106. A nivel psicológico de la joven encuentra *“Expresiones de vergüenza, rasgos de ansiedad y depresión, sentimientos de miedo, irritabilidad, tristeza, culpa, frustración, desconfianza, confusión y temor. Así como a nivel de comportamiento, se presentan cambios en las maneras de interactuar en su entorno escolar, se presentan dificultades en el colegio como deserción escolar, caracterizado por bajo rendimiento académico y pérdida de interés en el estudio. Así como dificultades para identificar redes de apoyo y formas de cuidarse y protegerse a sí misma.”*

107. La profesional también encuentra que A.L.M.G., presenta *“cuadro de trastorno adaptativo; donde aparecen síntomas emocionales o comportamentales en respuesta a un estresante identificable en este caso el “presunto abuso sexual” ya que se han presentado y continúa viviendo cambios en su estado emocional y psicológico caracterizado por angustia, miedo, ansiedad, tristeza, culpa, frustración, desconfianza, irritabilidad. Así como cambios en el comportamiento donde se presenta bajo rendimiento académico y dificultades para relacionarse con sus pares. Es importante mencionar que sumado a este hecho traumático aparece otro factor estresante que es el que su madre continúa viviendo con el presunto agresor. Se logra concluir que los cambios psicológicos en la examinada en relación al acontecimiento son causa de trastorno adaptativo que en este caso podrían relacionarse directamente como efectos del impacto psicológico experimentado.”*

108. Sobre la valoración clínica del relato la testigo indica que el relato ofrecido por A.L.M.G., *“fue espontáneo y detallado, cuando hace el relato de los hechos, se percibe avergonzada y a su vez muy segura de lo que relata, al explorar diferentes formas y detalles de lo que supuestamente ocurrió, A.L., contestó con*

respuestas claras y coherentes y relativamente pertinentes, no tiene contradicciones. Su relato es nutrido y tiene secuencia. Presenta coherencia interna y externa con adecuado respaldo afectivo (incomodidad al relatar los hechos, tristeza, llanto), compatible con una experiencia vivencial traumática, como la referida por ella."

109. Todas las mencionadas corroboraciones periféricas o pruebas indirectas robustecen la narración de los hechos jurídicamente relevantes realizada por A.L.M.G., y la inculminación contra el procesado. Se verifica el daño psicológico sufrido por la joven a raíz de estos hechos y la actitud triste y de llanto de la afectada al momento de contar a las entrevistadoras lo acontecido.

110. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el particular ha dicho:

"De otro lado, la Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la "prueba indiciaria" como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

(...)

*En el derecho español se ha acuñado el término "corroboración periférica", para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado ; (ii) **el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual** ; (iii) **el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos**; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.*

(...)

*No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) **el daño psíquico sufrido por el menor**; (ii) **el cambio comportamental de la víctima**; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) **la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso**; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) **la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente**; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”⁷ (Negrilla de esta Sala)*

111. Los medios de prueba también permiten corroborar el indicio de presencia y oportunidad, la víctima y victimario residían en la misma casa el día de los hechos. El procesado era el compañero sentimental de la progenitora de la menor. Durante horas del día la ascendiente de la joven estuvo ingiriendo bebidas alcohólicas por lo cual cae profundamente dormida.

112. Circunstancias de las cuales se infiere que el suceso ocurre tal como lo relata la niña y que **YON FREY POLO CASTILLO**, tuvo la oportunidad perfecta para ingresar a la habitación de A.L.M.G., durante la madrugada y agredirla sexualmente, sin que la mamá de la afectada se percatara de ese comportamiento.

113. Se descarta que A.L.M.G., acusara a **YON FREY POLO CASTILLO**, como autor del delito porque entre ellos existieran problemas, animadversión o algún interés en perjudicarlo. Por el contrario, queda en evidencia que la joven tenía gran cariño y aprecio por el procesado.

114. Lo considera su padre porque desde muy corta edad había estado presente durante su crianza. Por ese motivo le causa gran dolor el comportamiento desplegado por él en su contra, como lo da a conocer a la psicóloga Luz Myriam Agudelo Vallejo, cuando la entrevista. También le incomoda que su mamá luego de conocer todo lo sucedido haya decidido regresar con su agresor.

⁷ CSJ. SP-3332 -2016. Radicación n.º 43866. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

115. Incluso, cuenta que sus abuelos maternos y progenitora han tratado de hacerla retractar de sus dichos, pero no lo han logrado. La menor se mantiene firme en su relato ya que simplemente está contando lo ocurrido la madrugada de los hechos.

116. El juzgador afirma que al confrontar la versión de A.L.M.G., con la de la testigo menor de edad L.D.C.M., amiga de la afectada, se torna contradictoria. Llega a dicha conclusión porque la afectada le cuenta a su amiga que el procesado la había manoseado y le había tocado las “*puchitas*”, pero no le dice nada de la manipulación de su vagina.

117. Al respecto se torna necesario clarificar que el relato de L.D.C.M., no puede ser tenido en cuenta y valorado en la presente causa. La incorporación de su entrevista se hizo al margen del ordenamiento jurídico. L.D.C.M., no se presenta en juicio oral a declarar, según la Fiscalía no la logra ubicar para citarla a rendir testimonio.

118. Por ese motivo la delegada del ente acusador solicita la incorporación de su entrevista como prueba de referencia, pero lo hace con fundamento en el parágrafo 1° del artículo 206A y 438 literal e) de la Ley 906 de 2004. El juez aprueba dicha pretensión.

119. Como se sabe, estas normas permiten la incorporación de la entrevista como prueba de referencia del menor que ha sido víctima de delitos sexuales. Si bien L.D.C.M., es menor de edad, lo cierto es que no es la víctima en esta causa, es simplemente un testigo más.

120. Por lo tanto, las referidas normas no le eran aplicables para incorporar su versión de los hechos rendida con anterioridad al juicio oral. Lo procedente era que la Fiscalía peticionara la incorporación de la entrevista de L.D.C.M., como prueba de referencia, pero con fundamento en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

121. Al no hacerlo de ese modo incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, por cuanto el relato de la joven

testigo se incorpora a la actuación sin seguir las reglas procedimentales establecidas para ello. Se le da el tratamiento de víctima cuando no lo es.

122. De todas formas, si hipotéticamente se deja de lado la anterior falencia, tampoco se observa contradicción entre las versiones de A.L.M.G., y L.D.C.M. Por el contrario, con el dicho de esta última persona se ratifica lo dicho por A.L.M.G. Que fue manipulada sexualmente por **YON FREY POLO CASTILLO**, la noche de los hechos.

123. Ese suceso se lo comenta a su amiga L.D.C.M., al siguiente día en el colegio. Según palabras de L.D.C.M., la afectada le cuenta que el padrastro esa noche la había “*manoseado*”, se había pasado a su habitación cuando estaba dormida, se coloca encima de ella, le baja la ropa interior y le sube la blusa y empieza a tocarle las “*puchitas*”.

124. La víctima trata de quitar al agresor de encima suyo, pero no lo logra, este era muy fuerte. Al levantarse para ir a estudiar siente que le duele la vagina. Luego, cuando de nuevo relata la historia a la mamá de su amiga reitera lo inicialmente dado a conocer a su compañera y además especifica que el procesado le “*había metido los dedos*” en la vagina. Circunstancias fácticas que encajan a cabalidad con aquellas mencionadas en varias ocasiones por A.L.M.G., a los funcionarios que participan en la investigación.

125. Similar situación acontece con la denuncia de María Enid Gutiérrez Rubio, progenitora de la menor víctima, incorporada como prueba de referencia. La señora ratifica lo dicho por la víctima. Cuenta que su hija le manifiesta que la noche de los hechos, aproximadamente a la 1:00 a.m., se despierta y encuentra que **YON FREY POLO CASTILLO**, está encima suyo moviéndose.

126. Empieza a gritar y el procesado le tapa la boca. Luego le mete los dedos en la vagina. Momentos después cesa la agresión. Al amanecer la menor no quería ir a estudiar, por lo cual le ruega que vaya al colegio. En ese lugar le cuenta lo sucedido a una

amiga. Esta a su vez le informa a su mamá, quien la llama y le comunica lo acontecido. Por ese motivo acude a las autoridades.

127. Colofón de lo hasta aquí dicho, se puede entonces afirmar sin temor a equívocos que actualmente se encuentra superada la valoración del juzgador de primer nivel que sostuvo que la menor fue contradictoria e incoherente. Antes bien, su relato en las tres ocasiones fue sencillo, hilado, claro y con la contundencia suficiente para dejar al descubierto la conducta lasciva ejecutada por **YON FREY POLO CASTILLO** en su contra.

128. No es de recibo que *A quo* y defensa aleguen la absolución en este asunto por la ausencia de los resultados de la muestra de secreción vaginal blanquecina tomada por el médico Andrés Favian López Rosero, en introito y vulva de la infante. Aunque dicho análisis eventualmente podría haber sido enriquecedor para este asunto, su carencia no conlleva necesariamente a descartar la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Como se comprueba, subsisten otros medios de prueba debidamente practicados que demuestran la existencia de los hechos jurídicamente relevantes.

129. Despejados los anteriores puntos de inconformidad expuestos por los apelantes, solo resta por entrar a determinar si se ha logrado alcanzar el estadio de certeza racional y se supera el de la duda, por lo que es procedente emitir sentencia condenatoria en contra del acusado.

130. Es menester indicar que para dictar sentencia condenatoria se requiere la certeza racional, no absoluta, como lo indica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 3 de febrero de 2010, radicado 32863. MP. María del Rosario González.

131. Así las cosas, los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles que, analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, concluyan en las exigencias legales para disponer la condena como lo solicita la Fiscalía en el caso que nos ocupa.

132. Son suficientes entonces los análisis realizadas en torno a la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle a **YON FREY POLO CASTILLO**, pues como lo enseña la Corte Suprema de Justicia en su precedente judicial, el señalamiento incriminatorio de la menor víctima se encuentra refrendado por otras pruebas.

133. Además, la corroboración de las circunstancias concomitantes deja claros los indicios de la ocurrencia del acontecimiento. Por lo tanto, la censura del *a quo* al testimonio de la afectada no fue acertada. Con esto también se descarta que la sentencia de condena se fundamente únicamente en prueba de referencia, ante la existencia de corroboración periférica o pruebas indirectas.

134. Adicionalmente, la antijuridicidad de la conducta del acusado está comprobada. Es evidente que al tocar la vagina, pecho y besar el cuerpo de A.L.M.G., lesiona el bien jurídico protegido consistente en la formación e integridad sexual de una niña que para el día de los hechos tenía escasos 12 años. Formación sexual abruptamente interrumpida por el procesado con su comportamiento.

135. La culpabilidad de **YON FREY POLO CASTILLO**, también se encuentra acreditada. Es un hombre adulto de 31 años para la época de los hechos. Con un hogar compuesto de esposa, hija e hijastra. De lo cual se deduce su comprensión respecto de los actos sexuales y el respeto y protección que se debe brindar a los niños. Aun así, prefirió satisfacer su libido sexual con una niña de 12 años, hija de su compañera sentimental.

136. Comportamiento que estaba en libertad de evitar y no lo hizo. Por el contrario, busca la forma de cumplir su cometido de forma oculta. Aprovecha que María Enid Gutiérrez Rubio se encontraba dormida bajo el influjo de bebidas embriagantes y no podía darse cuenta de lo que sucedía a su alrededor para ingresar a la habitación de la afectada y ejecutar la conducta delictiva.

137. La Sala concluye que en este caso se alcanza la certeza racional de la que habla la jurisprudencia sobre la realización del hecho y la responsabilidad que cabe atribuirle al procesado, en el

delito de actos sexuales con menor de catorce años, tipificado en el artículo 209 del C.P.

3. Estructuración del agravante del numeral 5° del artículo 211 del C.P.

138. El siguiente tema por revisar sería la configuración del agravante contemplado en el numeral 5° del artículo 211 del C.P. La norma establece:

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

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

139. La Fiscalía al formular acusación señala que se configura el agravante debido a que A.L.M.G., permanentemente estaba integrada a la unidad domestica del implicado. Además, el procesado se aprovecha de la confianza depositada por la víctima a su favor.

140. La Sala considera que el referido agravante se estructura. Se acredita que **YON FREY POLO CASTILLO**, era el compañero sentimental de María Enid Gutiérrez Rubio, madre de la víctima y con quien había procreado una hija. Todos residen de forma permanente como una sola familia en la vivienda ubicada en la calle 22A n.º 34C-34 del barrio Manzanares de Neiva, Huila.

141. El procesado ejerce el rol de esposo y a la vez padre para una niña procreada con su compañera y para su hijastra. Esa situación hace surgir en A.L.M.G., sentimientos de amor y confianza hacia el acusado en la intensidad que se profesa de un padre. Así lo reconoce en las entrevistas rendidas a las psicólogas.

142. Esos sentimientos y respeto son los que permiten que el acusado sin ningún inconveniente ordene a la afectada no cerrar la puerta de su habitación la noche de los hechos. La niña obedece, lo que da lugar al fácil acceso del procesado a su cuarto. Circunstancias que estructuran los supuestos de hecho del agravante que exigen que la víctima debe estar permanente en la unidad doméstica, o que el procesado haya aprovechado la confianza depositada en él.

143. Todas las consideraciones expuestas en esta providencia llevan a concluir que el juzgado de primer nivel erra al absolver a **YON FREY POLO CASTILLO**, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se proferirá fallo condenatorio por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

VIII. DOSIFICACIÓN DE LA PENA A IMPONER

144. Resueltos los problemas jurídicos propuestos, el paso siguiente será lo relacionado con la dosificación punitiva. El delito de actos sexuales con menor de catorce años está reprimido en el artículo 209 del Código Penal con pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años.

145. El numeral 5° del artículo 211 del C.P., incrementa la pena de una tercera parte a la mitad. Por lo tanto, los extremos punitivos del delito quedan de doce (12) a diecinueve coma cinco (19,5) años de prisión.

146. Luego al acudir a las directrices del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, tenemos que el ámbito de punibilidad será de 7,5 años de prisión, que se obtiene de restar a la pena máxima la pena mínima, o sea: $12 - 19,5 \text{ años} = 7,5 \text{ años de prisión}$.

147. El ámbito de movilidad se logra dividiendo el ámbito de punibilidad entre 4, para luego determinar la extensión de cada cuarto, que para este caso es el siguiente: $7,5/4 = 1,875 \text{ años de prisión}$.

CUARTOS	MÍNIMO	PRIMER MEDIO	SEGUNDO MEDIO	MÁXIMO
PENA PRISIÓN	12 a 13,875 años	13,875 a 15,75 años	15,75 a 17,625 años	17,625 a 19,5 años

148. En este caso solo concurren circunstancias de menor punibilidad. **YON FREY POLO CASTILLO** no registra antecedentes penales, conforme a la estipulación número 3 acordada entre las partes y no se le enrostraron circunstancias de mayor punibilidad. La pena de prisión se fijará en el cuarto mínimo, esto es, entre 12 a 13,875 años de prisión.

149. Se advierten razones para ponderar la mayor gravedad de la conducta por el daño real creado que hace necesario incrementar la punibilidad. La Psicóloga, Norma Ximena Artunduaga Tovar, dictamina que A.L.M.G., producto del comportamiento delictual del procesado, aparte de sufrir lesión a su integridad y formación sexuales, le causa cuadro de trastorno adaptativo que le genera angustia, miedo, ansiedad, tristeza, culpa, frustración, desconfianza e irritabilidad, cambios en su comportamiento que inciden en el rendimiento académico y que le dificultan relacionarse con otras personas.

150. Daño psicológico que la menor no presentaba antes de la comisión del delito. Por estas razones, la pena se incrementará del extremo mínimo del primer cuarto en uno punto cinco (1.5) años, para fijarse definitivamente en trece punto cinco (13.5) años de prisión, o lo que es lo mismo ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

151. Igualmente, se impondrá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena de prisión

IX. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

152. **YON FREY POLO CASTILLO** no se hace acreedor a la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria consagrados en los artículos 63, 38 y 38B del Código Penal, por prohibición expresa del numeral 2° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

X. OTRAS DETERMINACIONES

153. La Sala atendiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del 3 de abril de 2019, y el Acto Legislativo 01 de 2018 que establece la posibilidad de impugnar la primera condena, concederá a **YON FREY POLO CASTILLO** y/o su defensor la posibilidad de impugnar la presente decisión por tratarse de sentencia condenatoria proferida en su contra por primera vez en segunda instancia.

154. Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO-. REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 9 de diciembre de 2016, y en su lugar **CONDENAR** a **YON FREY POLO CASTILLO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 83.252.626, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, tipificado en los artículos 209 y 211 numeral 5° del C.P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO-. IMPONER a **YON FREY POLO CASTILLO**, la pena principal de ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

TERCERO-. IMPONER a **YON FREY POLO CASTILLO**, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena de prisión.

CUARTO-. NEGAR al sentenciado la suspensión de la ejecución de la pena, de que trata el artículo 63 del Código Penal, y la prisión domiciliaria de los artículos 38 y 38B del C.P., según lo explicado en esta decisión.

Para hacer efectiva la pena de prisión líbrese inmediatamente orden de captura contra **YON FREY POLO CASTILLO**, la cual será gestionada por la Secretaría de esta Sala de Decisión.

QUINTO-. COMUNICAR la sentencia, una vez en firme, a los organismos señalados en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, y enviar la ficha técnica con sus anexos al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de reparto.

SEXTO-. Contra este fallo procede la impugnación especial de que trata el Acto Legislativo 01 de 2018 y la sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del 3 de abril de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual podrá interponerse y sustentarse por el procesado y/o su defensor, dentro de los mismos términos señalados en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

SEPTIMO -. Para las demás partes e intervinientes procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

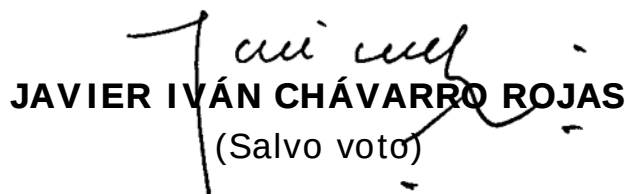
OCTAVO -. La notificación de esta providencia se hará en estrados sin perjuicio de realizarse de forma personal como lo estatuye el inciso tercero del artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

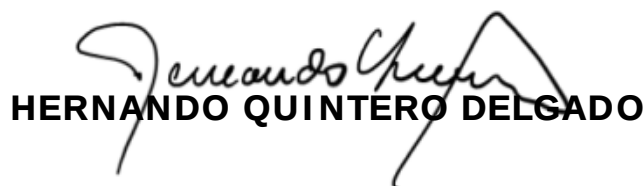
Los magistrados,



JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS
(Salvo voto)



HERNANDO QUINTERO DELGADO

Rad: 41-001-60-01279-2010-00024-02
Procesado: YON FREY POLO CASTILLO
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado


Luisa Fernanda Tovar Hernández
Secretaria

Providencia proferida de forma virtual.

Salvamento de voto al fallo condenatorio de segunda instancia emitido en el proceso con radicado 2010 00024 02, seguido contra YON FREY POLO CASTILLO, por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

Con mi acostumbrado respeto por los compañeros de la Sala me permito expresar mi desacuerdo con la decisión adoptada en el sentido de revocar la absolución proferida por el *a quo* en el asunto de la referencia, por cuanto a través de la misma se desconoció la tarifa legal negativa o la expresa prohibición consagrada en el inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, según la cual, no puede soportarse la condena exclusivamente en prueba de referencia. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en caso análogo al presente, destacó lo siguiente:

"En ese contexto constitucional y legal, el derecho a no ser condenado exclusivamente con base en pruebas de referencia, es un componente inherente al núcleo esencial del derecho al debido proceso, y en particular al de confrontar y controvertir las pruebas con inmediación del juez, base de la estructura del sistema de enjuiciamiento penal, el cual se desconocería de sobrepasar la prohibición del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que materializa el enunciado constitucional.

Esta conclusión, al menos en el estado actual del arte, es similar a la expresada por la Corte Constitucional en la sentencia C-144 de 2010, en la cual explicó:

"...aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, "su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba", como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 L. 906/04).

Séptimo. La conclusión se impone: al haber sustentado la sentencia únicamente en entrevistas que la menor rindió por fuera del juicio oral, la sentencia condenatoria no puede mantenerse. La Sala, en consecuencia, casará la sentencia, y ordenará la libertad inmediata del acusado”⁸.

Nótese que el fallo condenatorio respecto del cual me aparto, se fundamenta básicamente en los relatos efectuados por la menor ALMG en la fase investigativa o fuera del juicio oral, en especial el vertido ante la psicóloga Luz Myriam Agudelo Vallejo, pues tras sintetizarse lo narrado por la menor a esa profesional y citarse jurisprudencia sobre la prueba de referencia, la Sala concluye lo siguiente: *“De acuerdo con la versión suministrada por A.L.M.G., a través de su entrevista, no cabe duda que fue víctima de ataque sexual por parte de YON FREY POLO CASTILLO. Hecho que acontece en la madrugada del 1° de marzo de 2010. En una de las habitaciones de la vivienda donde residía en compañía de su progenitora y hermana de 4 años”*. Es otras palabras, previo a cualquier estudio a alguna prueba directa sobre la ocurrencia de los hechos, o al menos, indirecta o periférica al relato de la menor, se descarta de plano la presencia de toda duda o perplejidad respecto de la materialidad del ilícito y la responsabilidad del acusado, incluso, se colige haberse escenificado los sucesos el 1° de marzo de 2010, cuando en la entrevista la niña aludió al *“31 de febrero de 2010”*.

Adicionalmente, se asegura en el fallo existir confirmación periférica de los dichos de la menor, conclusión anclada en el hecho de haber testificado el médico Andrés Favián López Rosero, siendo que este deponente se limitó aludir a la anamnesis de la niña y declarar sobre la ausencia de desgarramiento vaginal en la menor y la presencia de un himen íntegro, es decir, lejos estuvo de confirmar o descartar aspecto alguno del relato de la víctima, pues de un

⁸ CSJ. Sentencia del 12 de febrero de 2020, SP358-2020, Rad 53127, MP Dr Luis Antonio Hernández Barbosa.

lado, constituye testimonio de referencia de su narración, y de otro, no percibió ningún signo o síntoma confirmatorio de sus señalamientos. Por lo tanto, en mi criterio, la conclusión de la sentencia en ese aspecto sería infundada.

De otro lado, se alude al testimonio de Norma Ximena Artunduaga Tovar, quien efectuó valoración psicológica a la menor y declaró sobre lo oído por ella de labios de su menor paciente en torno a los hechos, es decir, también se trata de un testimonio de referencia.

La sentencia resalta también como pruebas de confirmación periférica el hecho que Luz Myriam Agudelo Vallejo y Norma Ximena Artunduaga Tovar, hubiesen percibido tristeza en la menor, en especial, que esta última dictaminara que la niña presentaba *"expresiones de vergüenza, rasgos de ansiedad y depresión, sentimientos de miedo, irritabilidad, tristeza, culpa, frustración, desconfianza, confusión y temor"*, *dificultades escolares* y *"cuadro de trastorno adaptativo"*, hallazgos que serían un hecho indicador de abuso sexual, sin embargo, esta circunstancia aisladamente tampoco permitiría superar la prohibición de condena con fundamento solo en prueba de referencia.

Si en opinión de la perito esos signos en la menor eran característicos de abuso sexual, debió explicar con suficiencia la base técnico científica de esa conclusión, esto es, haber ofrecido ilustración de acuerdo a la ciencia en la cual es experta, por qué esos signos y síntomas se explican en la agresión sexual y no en otra causa, aspecto no constatado por la Sala mayoritaria en la sentencia.

La sentencia de segunda instancia pasó por alto lo enseñado por la jurisprudencia sobre la prueba pericial, particularmente lo relacionado con los dictámenes psicológicos, en el siguiente sentido:

"4.1. Esta Corporación ha sostenido que el dictamen psicológico no constituye prueba directa del abuso o del acto sexual en sí mismo y, aunque podría tener tal aptitud respecto de algunos síntomas del examinado, como el del "síndrome del niño abusado", ello tendrá lugar siempre y cuando aquél reúna determinadas condiciones. Así lo explicó en la sentencia CSJ SP2709-2018, rad. 50637: (...).

(ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del "síndrome del niño abusado", será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es "testigo directo", tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon⁹; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del "síndrome del niño abusado" o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese

⁹ [cita inserta en texto transcrito] En cada caso debe resolverse sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, según las reglas analizadas a lo largo del numeral 6.3.

aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base "técnico-científica" suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera" ¹⁰ (Se destaca).

Incluso, constatadas las anteriores exigencias en la explicación de la perito, era labor del Tribunal construir el indicio de acuerdo a las reglas jurisprudenciales fijadas para el efecto, esto es, validar el hecho indicador a través de una regla de la experiencia o de la ciencia, y finalmente, aludir al hecho indicado, el cual a su vez debía valorarse junto a las demás prueba a efectos de determinar si tenía la entidad de derruir o no la presunción de inocencia, pero ninguna de esas tareas se desarrolló cabalmente en el fallo. Sobre la construcción de la prueba indiciaria y su valor suasorio, la jurisprudencia expresa lo siguiente:

"...para construir un indicio debe existir un hecho indicador debidamente constatado, de manera que es necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, no puede declararse probado y, por ende, no hay lugar a la construcción de ningún indicio.

Demostrado el hecho indicador, se debe explicitar la regla de la experiencia que otorga fuerza probatoria al indicio pues eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por ello, es indispensable expresarla para garantizar su contradicción.

Enseguida debe enunciarse el hecho indicado, cuya fortaleza dependerá del alcance de la regla de la experiencia. Y, por último, tiene que valorarse el hecho indicado, en concreto y en

¹⁰ CSJ. Sentencia del 11 de marzo de 2020, SP849-2020, Rad 53755, MP Dr Eyder Patiño Cabrera.

conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir qué se declara probado (SP1569-2018).

La prueba indiciaria puede fundar una sentencia cuando en forma unívoca y contundente señala la responsabilidad o inocencia del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio¹¹.

En opinión del suscrito, así se hubiese ejecutado correctamente la construcción del indicio en la sentencia condenatoria, este resultaba insuficiente para obtener conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado en el delito endilgado, pues la tristeza, el llanto y las dificultades académicas de la menor, bien pudieron tener explicación en circunstancias diversas al supuesto abuso sexual. Además, el indicio de oportunidad de para delinquir deducido por la Sala, apenas resulta contingente, pues no conduce inexorable y unívocamente a deducir en contra del acusado su intervención en el delito juzgado.

En consecuencia, se advierte que la sentencia cobijó con un valor probatorio que no le correspondía a la narración efectuada por la víctima por fuera del juicio, al punto que el fallo se esmera sin éxito por hallar alguna corroboración en los dichos de los testigos sobre lo narrado por la menor, cuando lo procedente era verificar si existían medios de conocimiento autónomos o distintos a esos testimonios de oídas y con la categoría de pruebas directas o indirectas, pero que dieran cuenta en grado de certeza racional de la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, para luego sí, a estas probanzas adicionarle en forma secundaria el poder suasorio conferido a las pruebas de referencia. Sin embargo, en la sentencia se hizo todo lo contrario,

¹¹ C.S.J. SP922-2019 – Sentencia del 20 de marzo de 2019, Radicado 53473, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

esto es, se dotó de aquilatado valor y protagonismo a la prueba de referencia, como si la víctima en verdad hubiese acudido al juicio.

Finalmente, a la ya crítica circunstancia de haberse edificado el fallo de condena en exclusiva prueba de referencia, se agrega el no haber hecho reparo alguno al cambio que sufrió la versión de la menor ante la psicóloga Artunduaga Tovar, pues ante esa profesional, la jovencita tras ajustar la fecha de los hechos, aseguró que el acusado le introdujo la mano en la vagina, ante lo cual ella guardó silencio y permaneció impávida ante la agresión, cuando en pretérita ocasión había aludido expresamente a haber opuesto resistencia e intentado confesarle lo sucedido a su progenitora.

Por los sucintos motivos en precedencia, con todo comedimiento estimo que la ausencia de inmediación y contradicción en la práctica probatoria, la prohibición señalada en el inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal y las inconsistencia advertidas en el relato de la menor víctima, forzosamente obligaban a la Sala a mantener la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS
Magistrado

Fecha, *ut supra*