



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL

Neiva, 05 de febrero de 2021
Oficio N° 648

NOTIFICACIÓN PROVIDENCIA 2ª INSTANCIA

Señor
JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA - PROCESADO

Proceso: 41001 60 01 279 2012-00226-01
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
Procesado: José Héctor Giraldo Varela

Comedidamente 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 2° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 15 de agosto de 2017. En su lugar **CONDENAR** a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.358.885, 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 **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, la pena principal de ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

TERCERO. IMPONER a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, 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 **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, 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.”

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: 41-001-60-01279-2012-00226-01

Procedencia: Juzgado 2° Penal del Circuito de Neiva, Huila

Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado

Acusado: **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**

Motivo de alzada: Apelación sentencia

Decisión: Revoca y condena

Acta: 47

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 2° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 15 de agosto de 2017, por medio de la cual absuelve a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

2. De acuerdo con la formulación de acusación los hechos jurídicamente relevantes ocurren en la ciudad de Neiva, Huila, de la siguiente forma:

“para el mes de diciembre de 2012 en la residencia de la menor víctima, quien tenía 12 años de edad, donde el agresor convivía con la madre, quien aprovechaba la ausencia de esta por cuanto debía estar al cuidado de su padre, el cual se hallaba hospitalizado hasta fallecer, para proceder a hacerle tocamientos libidinosos a la menor LVCQ, hasta cuando fue descubierto por la niña más pequeña, que le dijo a la señora madre, que su papá estaba todo raro, tocándose el pipí, luego la señora observa a su menor hija toda roja, en sus palabras “chupeteada” y al interrogarla sobre lo ocurrido le cuenta que su padrastro viene haciéndole tocamientos sexuales.”

III. ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

3. Ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Garantías de Neiva, Huila, se llevan a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, el 16 de octubre de 2015. La Fiscalía le imputa el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 209, 211 numeral 5° del C.P

4. El escrito de acusación se radica el 2 de diciembre de 2015. El conocimiento del proceso corresponde por reparto al Juzgado 2° Penal del Circuito de Neiva, Huila. La audiencia de formulación de acusación se realiza el 22 de diciembre de 2015. La Fiscalía acusa a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** de ser el autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso, tipificado en los artículos 209 y 211 numeral 5° del C.P.

5. La audiencia preparatoria se realiza el 3 de marzo de 2016. El juicio oral inicia el 13 de junio de 2016 y continúa en sesiones del 19 de septiembre de 2016, 19 de mayo y 15 de agosto de 2017. Esta última en la cual se profiere la sentencia absolutoria recurrida en apelación por la Fiscalía.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

6. La *A quo* se refiere a los hechos jurídicamente relevantes, identificación del procesado, actuación procesal y pruebas practicadas. Argumenta que en el presente caso se recibió el testimonio de Dora Melva Quinceno Cano, progenitora de la víctima L.V.C.Q., declara que su hija le miente sobre lo ocurrido con el procesado. Aduce que la menor es excelente hija, pero le encanta vivir en la calle con los amigos, en las vecindades y le gusta el chisme.

7. Dice que L.V.C.Q., durante su declaración asegura haber mentido a todas las personas. En su momento incrimina a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** de la comisión del delito porque buscaba que abandonara la casa ya que constantemente maltrataba a su progenitora y no la dejaba salir. Una vecina le aconseja inventar los hechos delictivos.

8. Con los testimonios de Ramiro Díaz Valle, psicólogo del I.C.B.F., María Elcy Gutiérrez Mosquera, psicóloga, Claudia Marcela Pérez Losada, trabajadora social del I.C.B.F., y Lucy Pascuas Tamayo, psicóloga, dan a conocer que al examinar a la menor esta les comenta que el procesado la había tocado y besado en sus partes íntimas. Confirman que la joven vivía en un entorno conflictivo y violento con presencia y peligro de drogas.

9. Claudia Marcela Pérez Losada y Liliana Quintero Roa, realizan la valoración del entorno donde vivía la menor y encuentran en ella tendencias de mal comportamiento. Es una persona callejera, con presencia de maltrato físico y psicológico. Dicha situación lleva a las profesionales a dictar medida de protección en modalidad externa en la Fundación Albergue Infantil, con el fin de restablecer los derechos de la joven.

10. Claudia Marcela Pérez Losada, se dedica la mayor parte de su declaración a explicar las etapas de la retractación en menores víctimas de abuso sexual pero no realizó valoración a la afectada frente a los hechos acusados.

11. La juzgadora expone que aunque se aportan los informes de las profesionales en psicología que valoran y examinan a la menor, y en estos se inculpa al procesado; su valor probatorio es menguado al ser prueba de referencia. Tampoco encuentran corroboración en otros medios de prueba. El testimonio de L.V.C.Q., controvierte su inicial señalamiento. Indica que todo fue un invento suyo para lograr que se fuera de la casa.

12. Por su parte la defensa presenta el testimonio de Teresa Sánchez Murcia, quien manifiesta conocer al acusado desde aproximadamente 8 años. Es una persona respetuosa y honesta. También se recibe la declaración de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**. Niega haber tocado sexualmente a la niña. La quiere como si fuera su hija. Trataba duro a todos sus hijos porque viven en un asentamiento y buscaba evitar que incurrieran en drogas, vicios o pandillas. La joven lo acusa porque buscaba que se fuera de la casa debido a problemas que tenía con su mamá.

13. La juzgadora de primer nivel indica que la existencia de conflictos dentro del hogar de la afectada, está corroborada con

el testimonio de Dora Nelva Quinceno Cano y por Ramiro Díaz Valle, psicólogo del I.C.B.F.

14. La versión de L.V.C.Q., no ha sido consistente, persistente y uniforme. En el informe técnico médico legal sexológico realizado el 3 de diciembre de 2012 la víctima cuenta que su padrastro la había besado y tocado en sus partes íntimas el 1° de diciembre de 2012 y en ninguna otra ocasión. En cambio, en entrevista rendida el 14 de diciembre del mismo año, dice que los hechos delictivos ocurrían siempre que su mamá la dejaba sola en la casa.

15. La declaración de la afectada deja al descubierto resentimiento de su parte hacía el acusado, quería que se fuera de la casa. Se evidencia ánimo revanchista.

16. En este asunto hay incertidumbres no esclarecidas que deben resolverse a favor del implicado.

17. Por todas estas razones decide absolver de responsabilidad penal a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado. Ordena su libertad inmediata.

V. RECURSO DE APELACIÓN

18. La Fiscalía alega que la madre de la afectada y a la vez denunciante genera sospecha en su declaración. Afirma que todo era mentira de su hija, pero ella en la denuncia había expresado haber visto evidencias de tocamientos sobre la menor.

19. Claudia Patricia Vargas Cedeño explica que la retractación por parte de las víctimas es común en esta clase de delitos cuando se destruye el núcleo familiar como consecuencia de someter a proceso penal a la persona que sostiene económicamente el hogar.

20. Reconoce que en el hogar de la afectada se vivía una situación de maltrato y agresividad, pero dicha circunstancia no es la que desencadena la denuncia por abuso sexual. La madre señala que una hija pequeña es la que le cuenta haber visto a su papá tocando sus genitales y luego observa a la víctima toda "*chupeteada*".

21. Solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, como autor del delito acusado.

VI. CONSIDERACIONES

A. Competencia

22. 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

23. 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.

24. 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.

25. La opugnadora solicita la revocatoria de la sentencia absolutoria proferida por el *a quo* a favor de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** 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

26. 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 2° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 15 de agosto de 2017, a favor de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** es jurídicamente correcta o no. Para ello, la Sala debe abordar dos problemas jurídicos, así:

a. ¿Existe conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad del delito endilgado al procesado?

b. ¿Existe conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** en la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado?

c. Finalmente de responder positivamente los anteriores interrogantes cabría resolver ¿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. Materialidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años y responsabilidad penal de JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA

27. La Sala en el cometido anunciado, parte de la conducta punible de la cual fue acusado **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** que se encuentra contemplada en los artículos 209 y 211 numeral 5° del estatuto de las penas.

28. 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.

29. 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.

30. Hecha la precisión sobre el dispositivo legal que consagra el delito bajo análisis, y previo a adentrarnos en el análisis propuesto, es pertinente precisar que 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 identidad e individualización de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 16.358.885 expedida en Tuluá, Valle¹.

31. También se da como hecho cierto y probado la minoría de edad de L.V.C.Q., para la época de los hechos. Nace el siete de febrero de 2000. Por tanto, para diciembre de 2012 contaba con 12 años. Hija de Dora Nelva Quinceno Cano y Bensair Cardozo Posada. Todo ello acreditado con el registro civil de nacimiento NUIP 1.075.231.171².

32. Se establece que la menor L.V.C.Q., para diciembre de 2012 residía junto con su progenitora, unos hermanos y **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, en el lote 37 Asentamiento Brisas del Rio de Neiva, Huila.

33. Al cuestionarse con el recurso de apelación la valoración probatoria realizada por el *a quo* en la sentencia impugnada, la censora concluye que en el presente caso se demuestra más allá de toda duda razonable la existencia de los hechos y la responsabilidad penal del acusado.

¹ Estipulación probatoria 1.

² Estipulación probatoria 2.

34. Es deber de la Sala abordar a plenitud el análisis de las probanzas atinentes a tales aspectos. Por lo que resulta pertinente señalar que, 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.

35. La *A quo* absuelve de responsabilidad penal a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** en este caso, al considerar que la incriminación efectuada por L.V.C.Q., fue producto de ánimo revanchista contra el implicado y la búsqueda de alejarlo de la vivienda porque maltrataba a su mamá y demás familia. La Fiscalía considera que la juzgadora al efectuar la valoración probatoria incurre en error. Pasa por alto que lo ocurrido en juicio oral es la retractación por parte de la víctima y su progenitora las cuales no debe otorgarse poder suasorio. En anteriores oportunidades habían dado a conocer hechos y conductas cometidas por el procesado que estructuran el delito acusado.

36. Para resolver el recurso resulta necesario recordar lo dicho por los testigos de cargo en juicio oral con el fin de verificar si se presenta una retractación por parte de la afectada y su progenitora como lo afirma la Fiscalía.

37. Dora Nelva Quinceno Cano, progenitora de L.V.C.Q. Manifiesta haber sostenido relación sentimental con **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** por aproximadamente 8 años con quien procrea hijos. Cuenta que el procesado era una persona conflictiva, violenta y celosa por ese motivo tenían constantes problemas de violencia intrafamiliar. Para la fecha de los hechos estaban separados, el implicado residía en la misma vivienda, pero en habitación aparte. El día de la comisión del delito la testigo se encontraba en su casa en horas de la tarde viendo televisión. Pensaba que L.V.C.Q., y otra de sus hijas más pequeña estaban jugando. De repente observa que la niña menor se acerca y se sienta en sus piernas, por lo cual le pregunta por la ubicación de su hermana mayor, pero no obtiene respuesta. Entre tanto el acusado había llegado de trabajar y había ido al patio a buscar ropa.

38. La testigo narra que envía a la niña más pequeña a buscar a su hermana mayor por la casa. Cuando la niña regresa le informa que L.V.C.Q., no estaba, pero había visto a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** en actitud rara en el patio, lo observa mientras se coge el "pipí". Seguidamente el procesado sale de la casa y la declarante observa que L.V.C.Q., se asomaba o hacía "coquitos" en el patio, le pide que se acerque y le observa humedad en la parte de la boca y el cuello. También tenía la boca roja. Le pregunta por lo sucedido. La joven le responde que no había sucedido nada y se va para su habitación.

39. Dora Nelva Quinceno Cano explica que con el fin de enterarse a cabalidad de lo acontecido crea una estrategia. Decide mentir a su hija y le dice que se había dado cuenta de todo porque lo observa a través de una rendija. La afectada continúa afirmando que no había pasado nada, pero ante tanta insistencia de su madre terminar por responder que el procesado la "manosea", la toca y le besa la boca. Le pide que no la castigue o le pegue. No alcanza a contarle más sobre los hechos porque en ese momento el implicado regresa a la casa con comida para la cena.

40. Responde que **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** trataba muy fuerte a sus hijos comunes y a los de ella, por esa permanecían en constantemente pelea. Le solicita reiteradamente que se fuera de la casa. L.V.C.Q., se daba cuenta de todas las discusiones que sostenía con el implicado. Indica que la afectada es una excelente hija, pero le encanta pasar su tiempo en la calle con los amigos, en la vecindades, y andar de chisme en chisme, es una niña alegre y se deja llevar muy fácil de las amistades.

41. Después de que iniciar el proceso penal contra su excompañero sentimental ha vuelto a hablar con L.V.C.Q., sobre lo sucedido. La menor le asegura que todo lo manifestado con anterioridad es mentira. Que buscaba era que el procesado se fuera de la casa. Que las mentiras se producen por la violencia intrafamiliar que se vivía en la casa.

42. Niega haber inducido o insinuado a su hija para que contara una historia en particular a los funcionarios que participan en la investigación. Siempre conmina a la joven a decir la verdad.

43. Informa que con **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** hizo un pacto de no agresión un año después de ocurrido los hechos. El convenio consiste en respetar sus espacios y permitir que se comparta tiempo con sus hijos, pero sin hablar mal del otro. El acuerdo no incluye la situación penal del procesado.

44. De otra parte, L.V.C.Q., declara que toda la incriminación realizada contra el procesado es mentira. Que no había sido tocado en sus partes íntimas y que mintió porque quería que el procesado se fuera de la casa ya que reiteradamente maltrataba a su mamá.

45. Aduce que la mentira se la dice a su mamá y a una vecina. En el bienestar familiar le cuenta a los psicólogos la misma falsedad. Sabía que con esa versión el implicado se iría de la casa y podría vivir más tranquila con su familia. No ha vuelto a encontrarse con el acusado.

46. Una vecina y dos amigas le aconsejaron decir mentiras para que **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** se fuera de la casa. No sabe el nombre de la vecina y las dos amigas. La vecina vivía cerca de su casa. No recuerda las características físicas de la vecina.

47. Explica que su mamá observa su boca y cuello húmedos y colorado el día de los hechos porque se había impregnado labial mágico. Como a su mamá no le gustaba el maquillaje se había limpiado con ropa de su hermana. Después de los hechos continua viviendo en la misma casa con su mamá.

48. Estas son las declaraciones de las dos principales testigos de cargo presentados por la Fiscalía.

49. En cuanto al testimonio de Dora Nelva Quinceno Cano no se evidencia contradicción entre lo dicho en juicio con la información suministrada en la denuncia debidamente publicitada durante su declaración. Concuerta en los aspectos medulares de los hechos

delictivos inicialmente puestos en conocimiento de las autoridades. En aquella ocasión expone:

"EL SABADO 1 DE DICIEMBRE COMO A LAS CINCO DE LA TARDE, EL PADRASTRO DE DOS DE MIS HIJOS SE FUE HACIA LA PARTE DE ATRÁS DE LA CASA, NOSOTROS TODOS LOS DEMÁS ESTABAMOS VIENDO TELEVISIÓN, EN UN MOMENTICO YO PENSÉ QUE LAS NIÑAS ESTABAN JUGANDO EN LA PIEZA, EN UN MOMENTICO VI QUE L.V.C.Q., DE 12 AÑOS NO ESTABA PORQUE LA HERMANITA MENOR FUE Y SE ME SENTÓ EN LAS PIERNAS, YO MANDÉ A BUSCAR A MI HIJA L. CON LOS HERMANITOS Y NO LA ENCONTRARON Y LO MAS SOSPECHOSO FUE QUE NO ESTABA, PERO QUE EL PAPÁ ESTABA RARO ATRÁS, DICE LA NIÑA QUE EL ESTABA COMO VIGILANDO QUIEN IBA Y QUE SE COGÍA LOS GENITALES Y EN ESE MOMENTO YA ME PARÉ A BUSCAR A MI HIJA DONDE LA VECINA, ÉL SALIÓ DE LA PARTE DE ATRÁS, ARGUMENTANDO QUE ESTABA BUSCANDO LA ROPA INTERIOR, AL MOMENTICO LA NIÑA L. HACÍA COMO COQUITOS EN EL LAVADERO, LA LLAMÉ Y LE PREGUNTÉ QUE PASABA Y ME DIJO QUE NADA, SOLAMENTE SE FUE CON LA HERMANITA ASUSTADA A JUGAR A LA PIEZA, YA CUANDO ÉL O SEA EL PADRASTRO DE MIS HIJOS SE FUE PARA LA CALLE, YO ME FUI CON LAURA HACIA LA PARTE DE ATRÁS Y ME SENTÉ A HABLAR CON ELLA Y AL COMIENZO NO ME QUERÍA DECIR NADA, HASTA QUE ELLA COMENZÓ Y SE SOLTÓ EN LLANTO Y ME DIJO QUE NO LE FUERA A PEGAR PERO QUE ELLA ME IBA A DECIR LA VERDAD, QUE ERA QUE EL PAPÁ LA ESTABA MANOSIANDO, LE BESABA EL CUELLO, LA BOCA Y LA TOCABA POR TODOS LADOS, QUE YA HACÍA DÍAS, QUE DESDE ANTES DE MORIR EL ABUELITO EL HABÍA EMPEZADO A HACER ESO Y MÁS CUANDO EL VENÍA TOMADO, NO ME DIJO NADA MÁS. YO VENÍA SOSPECHANDO DESDE HACÍA RATO QUE PASABA ALGO ENTRE ÉL Y LA NIÑA, QUE ÉL ME ACOSABA A LA NIÑA, PORQUE UNO NO LA PODÍA NI REPRENDER PORQUE ÉL DE UNA VÉZ EL SE METÍA, PONÍA EL GRITO EN EL CIELO, SI ELLA SE DEMORABA UN POQUITO DE UNA VEZ QUE ESTABA HACIENDO CON LOS CHINOS QUIEN SABE QUE COSA, YO LE DECÍA A MI NIÑA QUE A QUE EDAD IBA A CONSEGUIR EL PRIMER NOVIO, ELLA PRIMERO SE QUEDABA MIRANDOLO Y ÉL Y NO ME DECÍA NADA, ÉL DE UNA VEZ SE PONÍA BRAVO COMO AGRESIVO QUE POR QUÉ UNO LE PREGUNTABA ESO A LA NIÑA. LA NIÑA DIJO QUE ÉL LE HABÍA DICHO QUE SI ME CONTABA QUE LE PEGABA, QUE ME PEGABA A MÍ O NOS MATABA Y QUE ADEMÁS YO NUNCA LE IBA A CREER A ELLA NADA, CUANDO ELLA SALIÓ DE POR ALLÁ DEL PATIO TENÍA LA BOQUITA ROJA Y TODA BABOSEADA EN EL CUELLO, COMO MOJADITA. CON EL HACE COMO CUATRO MESES NO CONVIVIMOS COMO PAREJA, PERO ÉL NO SE HA QUERIDO IR DE LA CASA, ESO LO TENEMOS EN LA COMISARÍA DE FAMILIA Y EN LA FISCALÍA PORQUE ÉL ME PEGABA A MÍ Y A MIS HIJOS, MAS QUE TODO LOS VARONES, ME ROBA LA PLATICA. YO TENGO 3 HIJOS CON ÉL Y DOS POR FUERA, LOS DOS MAYORES."

50. En juicio oral adiciona que tiempo después de ocurridos los hechos su hija L.V.C.Q., le manifiesta que todo lo dicho por ella contra el procesado era mentira. Que lo hizo para que este se fuera de la casa.

51. En relación con la versión de L.V.C.Q., sí se observa una retractación en la incriminación contra el procesado. En juicio aduce que todo lo dicho a su mamá y funcionarios era mentira. Actúa de esa manera para que el implicado se vaya de la casa. Declaración que se contrapone con lo narrado por ella en anteriores oportunidades, veamos.

52. Ramiro Díaz Valle, psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, declara que realiza valoración psicológica a L.V.C.Q., el 14 de diciembre de 2012. En desarrollo de dicha labor entrevista a la infante que de forma libre y espontánea le relata:

“el marido de mi mamá es un señor muy violento que le vive pegando a mi mamá, viven peleando a toda hora, llega borracho a pegarla a mi mamá y se insultan muy feo... además... (la niña hace una pausa sollozante)... siempre que mi mamá se va y me deja sola ese señor me dice cosas y trata de cogerme a darme besos en el cuello y me besaba a la fuerza a la fuerza en la boca... luego me tiró a la cama y me tocaba los senos, y yo le decía que no me hiciera eso porque le iba a contar a mi mamá, pero él me dijo que si decía algo, el me pegaba y le hacía algo a mi mamá... entonces me puse a llorar y me quedé quieta... me bajó los pantalones y los cucos (ropa interior) y empezó a lamerme la vagina y me seguía cogiendo los senos... al momentico sacó su pene y me dijo que se lo cogiera, pero yo le dije que no y comencé a llorar... entonces él se levantó y se fue y no me hizo nada más.”

53. Lucy Pascuas Tamayo, psicóloga e investigadora del C.T.I., manifiesta que en desarrollo de su trabajo entrevista a L.V.C.Q., el 13 de marzo de 2013. La infante le cuenta:

“ESTOY ACA POR LO QUE ME PASÓ CON MI PADRASTRO JOSÉ HÉCTOR GIRALDO, PUES YO ESTABA EN LA CASA, Y MI MAMÁ ESTABA ACOMPAÑANDO A MI ABUELO DELFÍN EN EL HOSPITAL, ESO FUE UN DÍA POR LA MAÑANA, COMO EN NOVIEMBRE DEL AÑO 2012, ANTES DE MORIRSE MI ABUELO, YO ME QUEDABA SOLA EN LA CASA CON MIS HERMANOS Y MI PADRASTRO JOSÉ HÉCTOR SIEMPRE MANDABA A MIS HERMANOS A COMPRAR ALGO A LA TIENDA Y EMPEZABA A TOCARME LOS SENOS, LA VAGINA, LA CARA, ME DABA BESOS

EN LA BOCA Y EMPEZABA A MANOSEARME EL CUELLO, ME METÍA LA MANO DE ÉL, DENTRO DE LA ROPA INTERIOR Y EMPEZABA A SOBARME CON LA MANO LA VAGINA, Y ME DIJO QUE SI YO LE DECÍA A MI MAMÁ LO QUE ÉL ME HACÍA, MATABA A MI MAMÁ Y EMPEZÓ A AMENAZARME, YO NO GRITABA PORQUE ME DABA MUCHO MIEDO CON ÉL. ÉL ME HIZO ESO VARIAS VECES HASTA EL SABADO QUE MI ABUELO DELFÍN MURIÓ. MI MAMÁ SE ENTERÓ PORQUE YO ESTABA ATRÁS COLGANDO LA ROPA EN EL PATIO Y JOSÉ HÉCTOR SE FUE PARA LA PARTE DE ATRÁS DONDE YO ESTABA COLGANDO LA ROPA A TOCARME, DESPUES ÉL SE FUE PARA EL BAÑO Y YO ME ENTRÉ A MI PIEZA Y MI MAMÁ ESTABA SENTADA EN LA COCINA Y ME PREGUNTÓ, LAURA QUÉ PASA CON ESE SEÑOR Y ENTONCES YO LE CONTÉ TODO LO QUE ÉL ME HACÍA, MI MAMÁ SE VIÑO PARA ACA A LA FISCALÍA Y CONTÓ TODO LO QUE ME HIZO JOSÉ HÉCTOR. Y ÉL TAMBIEN ME METÍA LA LENGUA EN LA VAGINA Y YO NO DECÍA NADA PORQUE YO LE TENÍA MUCHO MIEDO QUE ME METIERA UN CUCHILLO, Y YO SOLO LE CONTÉ A MI MAMÁ. JOSÉ HÉCTOR MI PADRASTRO SE FUE DE LA CASA, YO NO LO HE VUELTO A VER."

54. Diana Cecilia Galezo Chávarro, médica adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Sur, Sede Neiva, realiza valoración sexología a L.V.C.Q., el tres de diciembre de 2012. En desarrollo de tal actividad indaga a la menor sobre los hechos a lo que esta le contesta:

"vivo con mi mamá, mis hermanos y mi padrastro, yo estudio, voy para sexto, me fue bien en el colegio... el sábado mi padrastro, él me comenzó a tocar la vagina y los senos con la mano, me besó la boca y el cuello, eso pasó en la casa mía, eso pasó en el patio jugando con mis hermanos, él les dijo a mis hermanos que se fueran para adentro y ahí empezó a tocar... él me tocó por encima de la ropa..."

55. Como puede verse existe manifiesta contradicción entre lo declarado por L.V.C.Q., en juicio oral y lo informado a distintos funcionarios durante la investigación. Inicialmente incrimina al acusado y luego en su testimonio se desmiente. Esto es lo que comúnmente se conoce como retractación.

56. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al abordar casos similares en los que testigos durante el juicio oral se retractan o varían la información que inicialmente habían suministrado a las autoridades establece que se deben seguir los siguientes derroteros:

“(i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.”³

57. La Sala, luego de realizar el análisis de todos los relatos rendidos por la afectada, considera que las versiones del tres y 14 de diciembre de 2012 y 13 de marzo de 2013 son las que reflejan de forma fidedigna lo acontecido el día de los hechos.

58. L.V.C.Q., en juicio oral pretende hacer creer que el señalamiento efectuado contra **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, como su agresor sexual fue un invento o plan orquestado para hacer que se fuera de la casa debido al maltrato que le daba a su mamá y a sus hermanos. Que la idea le fue suministrada por una vecina y dos amigas. No obstante, por la manera en que se descubren los hechos queda en evidencia que su testimonio en juicio solo es una coartada espuria encamina a justificar su cambio de versión para favorecer al implicado, pero carece de soporte fáctico y probatorio.

59. Si fuera cierto que L.V.C.Q., había planeado señalar falsamente al procesado como el autor del delito, lo natural y lógico es que la menor fuera quien buscara la oportunidad idónea para enterar a su progenitora sobre los hechos delictivos mendaces. Empero la conducta ilícita del acusado sale a la luz por simple casualidad. En el momento que la hermana menor de la afectada observa a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** en el patio de la casa cuando manipulaba sus genitales e informa de dicha situación a Dora Nelva Quinceno Cano, quien sospecha y

³ CSJ SP606-2017, 25 ene. 2017, rad.44950.

luego percibe que la afectada también estaba en ese momento en el mismo lugar.

60. Otro aspecto relevante que desestima el testimonio de la víctima en juicio es la actitud reacia que presenta el día de los hechos cuando Dora Nelva Quinceno Cano le pregunta sobre lo que sucedía entre ella y **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, la menor se niega a informar de los hechos y opta por irse a su habitación. Es por ese motivo que la progenitora se ve avocada a idear una estratagema para conseguir que su hija le cuente la verdad. La lleva al patio de la casa y allí le dice que ella se había dado cuenta de todo porque lo observa a través de una rendija. De esta forma logra que su hija le narre lo que estaba sucediendo.

61. Se pensaría que la niña le cuenta todo a su mamá de manera tranquila o estratégica como lo haría una persona que ha planeado mentir para inculpar a una persona de la comisión de un delito, pero ello no es así. La infante lo hace con miedo. No quería que su mamá la castigara o le pegara por haber permitido que **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** abusara sexualmente de ella. Sentía pánico por las amenazas del acusado de agredirla a ella y su mamá en caso de llegar a contar lo que estaba sucediendo. Peligro que no cabe duda era muy real para la menor si se tiene en cuenta que de primera mano se notaba el comportamiento agresivo de su padrastro.

62. Aunado a lo anterior, la Fiscalía solicita a L.V.C.Q., que explique el motivo por el cual Dora Nelva Quinceno Cano el día de los hechos le observa la boca y el cuello húmedos. La afectada justifica ese hecho diciendo que ese día estaba jugando con su hermana menor y se habían colocado labial mágico. Que a su mamá le disgustaba que se pusiera maquillaje por esa razón se limpia con una prenda de vestir de su hermanita mientras estaba en el patio.

63. La anterior aclaración de L.V.C.Q., tampoco guarda correspondencia con lo informado por Dora Nelva Quinceno Cano. Recuérdese que la mamá de la víctima refiere que en el momento de los hechos la hija más pequeña no estaba con la afectada ni sabía en qué lugar se encontraba. Por eso le ordena ir a buscarla dando lugar a que observe al implicado en el patio mientras manipulaba sus genitales. Entonces, en el momento de los hechos ni Dora Nelva Quinceno Cano, ni su hermana menor sabían del

paradero de L.V.C.Q. Por lo tanto, no puede ser cierto que las dos hermanas momentos antes estuvieran jugando con labial mágico como para pensar que esa es la causa de la humedad en el cuello y boca de la víctima.

64. L.V.C.Q., también pretende hacer creer que la idea de acusar a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** de la comisión del delito le fue suministrada por una vecina y dos amigas. Empero, cuando la Fiscalía le pide que diga los nombres de dichas personas o al menos las caracterice físicamente, no es capaz de hacerlo. Niega saber sus nombres o acordarse como eran sus morfologías. Circunstancia que mengua poder suasorio a su dicho.

65. Si de verdad la vecina y amigas fueron las que aconsejaron mentir a tal extremo, significa que entre ellas debía existir estrecha relación de amistad y confianza para llegar a hablar de esos temas. Por lo tanto, es natural que la joven conociera el nombre de sus amigas y vecina o al menos recordara su contextura física. Pero no pudo hacerlo, lo que permite concluir que se trata de un invento elaborado por la menor para justificar la retractación en juicio y por ese motivo no está en capacidad ni de identificar o individualizar a las mencionadas personas.

66. En conclusión, la información entregada por L.V.C.Q., durante su testimonio en juicio oral es insular. No tiene corroboración o concordancia con los restantes medios de prueba practicados. Tampoco coincide con la versión de Dora Nelva Quinceno Cano, quien aunque no observa de forma directa las veces que se comete el delito, sí tiene conocimiento personal de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean el último suceso en el cual sale a la luz la comisión del punible.

67. En cambio, al comparar lo dicho por Dora Nelva Quinceno Cano con las declaraciones de L.V.C.Q., anteriores al juicio oral entregadas a Ramiro Díaz Valle, psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Lucy Pascuas Tamayo, psicóloga e investigadora del C.T.I., y Diana Cecilia Galezo Chávarro, médica del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Sur, Sede Neiva, se verifica que en lo medular existe cabal concordancia sobre la existencia de los hechos delictivos y la forma como estos se desarrollan.

68. Por todas estas razones la Sala le otorga credibilidad a la información ofrecida por L.V.C.Q., en esas tres ocasiones durante la investigación y desestima la proporcionada en juicio oral. No se conocen los motivos por los cuales la joven decide retractarse de la incriminación contra el acusado. Pero lo que sí queda claro es que la declaración entregada en juicio no refleja la realidad de lo acontecido. Es un relato acomodado para beneficiar al implicado. Incluso está en contravía del conocimiento que entregan los restantes medios de prueba practicados.

69. La valoración las pruebas revelan que L.V.C.Q., fue víctima de ataque sexual por parte de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, en reiteradas ocasiones durante el año 2012. Comportamiento descubierto por Dora Nelva Quinceno Cano el 1° de diciembre de 2012, como se explica en párrafos anteriores. El acusado aprovechaba cada vez que la denunciante se ausentaba de su hogar para ir a cuidar a su progenitor que se encontraba gravemente enfermo, cogía a la infante y le daba besos en el cuello, la boca, le tocaba los senos, tocaba y lamia su vagina y le exhibía el pene. Todo esto lo hacía bajo amenaza de golpearla a ella y a su mamá en caso de llegar a contar lo que estaba sucediendo.

70. Lo dicho por L.V.C.Q., durante toda la investigación no es aislado, sino que tiene corroboración periférica. Ejemplo de ello es el estado de ánimo y comportamiento de la joven percibido por Lucy Pascuas Tamayo, psicóloga e investigadora del C.T.I., cuando la entrevista. La testigo indica que la joven entrega un relato libre, coherente y espontáneo. Pero también la nota triste, durante la narración algunas veces tomaba pausas y guardaba silencio por algunos momentos. Comportamiento que en criterio de la testigo es propio de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

71. Así mismo, la Sala constata que 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.

72. Huelga aclarar en este punto del análisis que los testimonios de la investigadora, los médicos y psicólogos 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, ilación, coherencia, uniformidad y reiteración de la incriminación realizada por la víctima. Información que no puede ser descartada con la excusa de ser prueba de referencia.

73. Los medios de prueba valorados en conjunto y bajo los presupuestos de la sana crítica llevan a concluir que L.V.C.Q., no miente a la investigadora ni a los profesionales de psicología y de la salud que la entrevistan. Siempre narra la experiencia vivida cuando **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, le realiza diversos tocamientos y actos sexuales en su cuerpo y órganos genitales. Suceso que relata en tres ocasiones y en todas guarda coherencia, uniformidad e ilación en cuanto al comportamiento delictivo ejecutado por el procesado.

74. La Sala no niega que al comparar las tres versiones de la joven hay algunas leves diferencias en ciertos detalles. No obstante, no tienen el alcance o relevancia necesaria para restar credibilidad o poder suasorio a su dicho. Téngase en cuenta que la niña realiza las tres narraciones a la médica, a la investigadora y al psicólogo de forma libre y espontánea. Es decir, no dirigidas minuciosamente por un interrogador como se hace en juicio oral. Circunstancias que evidentemente influyen a la hora de narrar el hecho e impide que todos sean idénticos y pormenorizados como sería lo ideal.

75. Es absolutamente 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 las declaraciones.

76. 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.

77. 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).”⁴*
(Negrilla de esta Sala)

78. 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 y 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.

79. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ, sobre el particular resulta ilustrativo. En 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.

⁴ CSJ. SP8565-2017. Radicación n.º 40.378. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

80. 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.

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

82. Los medios de prueba también permiten corroborar que víctima y victimario para le época de los hechos residían en la misma casa. El procesado era el compañero sentimental de la progenitora de la menor. La mamá de la niña constantemente tenía que salir de la casa para ir a cuidar al abuelo de la joven que estaba en estado crítico de salud. Circunstancias de las cuales se comprueba que **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, tenía múltiples oportunidades para estar a solas con la menor sin la vigilancia de su compañera sentimental lo que fácilmente permitía ejecutar la conducta delictiva.

83. Se descarta que L.V.C.Q., haya acusado a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, como autor del delito debido a los problemas de violencia intrafamiliar existente en su hogar o por ánimos revanchistas o de retaliación como lo afirma la juzgadora de primer nivel. Como se explica en párrafos anteriores, los hechos delictivos se descubren no por iniciativa de la menor, sino debido a la casualidad presentada cuando la hermana menor de la víctima observa al implicado en el patio de la casa manipulando sus genitales mientras buscaba a la afectada y le cuenta a su mamá.

84. Seguidamente Dora Nelva Quinceno Cano observa que su hija se asoma del mismo lugar lo que le causa intriga e incrementa las sospechas que de tiempo atrás tenía al respecto. Es por esa

razón que interroga a la afectada y después de mucha insistencia se entera de lo que sucedía con su hija mientras ella estaba ausente de la casa.

85. Tampoco es de recibo que la juzgadora reste toda credibilidad a la incriminación realizada por L.V.C.Q., por el hecho que la joven le guste estar gran parte del tiempo en la calle con sus amigos o en las vecindades. La *A quo* valora el comportamiento de la menor sin enfoque de género. Al parecer piensa que el inadecuado comportamiento de la afectada en su diario vivir automáticamente la convierte en una persona mentirosa a la que no se puede creer nada de lo que diga. Igualmente por esa misma razón la excluye de ser sujeto pasivo de delitos sexuales.

86. Olvida que en nuestra cotidianidad cualquier mujer, independiente de la edad, nivel socioeconómico, grado de educación, raza, cultura, etnia, lugar de residencia, hábito, labor en que se desempeñe, etc., puede ser víctima de un delito sexual. No se requiere de un determinado comportamiento social para ser sujeto pasivo del delito.

87. De otra parte, la defensa presenta a Teresa Sánchez Murcia. Al examinar la declaración de esta persona se determina que su dicho no tiene poder suasorio en esta causa. Es un testigo de referencia no solicitado ni decretado en esos términos en audiencia preparatoria. Se dedica a decir que L.V.C.Q., supuestamente le había confesado que la incriminación contra **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** era falsa.

88. El procesado también declara en juicio. Niega haber ejecutado los actos sexuales sobre la infante. Afirma que la niña lo acusa porque quería que se fuera de la casa debido a que él los trataba duro y agresivo, y porque constantemente tenía conflictos con su compañera sentimental.

89. Los medios de prueba presentados por la defensa no desvirtúan ni generan duda en la acusación. Está decantado que el señalamiento de la infante contra el implicado dado a conocer a los funcionarios, médicos y psicólogos que participan durante la investigación es cierto. Los hechos por ella relatados en las tres ocasiones se corresponden con lo acontecido. En cambio, la

hipótesis fáctica alternativa consistente en que la niña había mentido para sacar al implicado de la casa no encuentra respaldo en los hechos y medios de prueba practicados.

90. 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 señala de forma falsa al acusado como el autor del delito sexual para que se fuera de su hogar. Los relatos efectuados por la joven en las tres ocasiones durante el desarrollo de la investigación fueron sencillos, hilados, claros y con la contundencia suficiente para dejar al descubierto la conducta lasciva ejecutada por **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** en su contra.

91. Despejados los anteriores puntos de inconformidad expuestos por la apelante, 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.

92. 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.

93. 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.

94. Son suficientes entonces los análisis realizadas en torno a la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, 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. Además, la corroboración de las circunstancias concomitantes deja claros los indicios de la ocurrencia del acontecimiento. Por lo tanto, la valoración probatoria de la *a quo* no fue acertada.

95. La antijuridicidad de la conducta del acusado está comprobada. Es evidente que al dar besos en el cuello, la boca, tocar los senos, tocar y lamer la vagina y exhibir su pene a L.V.C.Q., 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 antijurídico.

96. La culpabilidad de **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, también se encuentra acreditada. Es un hombre adulto de 49 años para la época de los hechos. Con un hogar compuesto de esposa, hijos e hijastros. 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. Comportamiento que estaba en libertad de evitar y no lo hizo. Por el contrario, busca la forma cumplir su cometido de forma oculta. Aprovecha que Dora Nelva Quinceno Cano debía ausentarse de la casa para cuidar al papá enfermo y ejecuta la conducta delictiva sobre la joven.

97. 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.

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

98. 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."

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

100. La Sala considera que el referido agravante se estructura. Se acredita que **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, era el compañero sentimental de Dora Nelva Quinceno Cano, madre de la víctima y con quien había procreado tres hijos. Todos residen de forma permanente como una sola familia en la vivienda ubicada en el lote 37 Asentamiento Brisas del Río de Neiva, Huila.

101. El procesado ejerce el rol de esposo y a la vez es padre para sus tres hijos procreados con su compañera. También hace las veces de padre para sus dos hijastros. Es evidente que esa situación hace surgir en L.V.C.Q., sentimientos de confianza, respeto, obediencia y temor hacia el acusado que se presenta como la figura paterna de la casa.

102. Todo esto le permite al procesado quedar a solas en la casa con la niña cuando su compañera permanente debía ausentarse para ir a cuidar a su padre enfermo. Circunstancias que en su conjunto 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 para cometer el ilícito.

103. Las consideraciones expuestas en esta providencia llevan a concluir que el juzgado de primer nivel erra al absolver a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** como autor del delito acusado, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se proferirá fallo condenatorio por el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

VII. DOSIFICACIÓN DE LA PENA A IMPONER

104. 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.

105. 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.

106. 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: $19,5 - 12 \text{ años} = 7,5 \text{ años de prisión}$.

107. 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

108. En este caso la Fiscalía en la acusación indica que concurren circunstancias de menor punibilidad. **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** no registra antecedentes penales, conforme a la estipulación número tres acordada entre las partes. La delegada del ente acusador enrostra circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 5° y 7° del artículo 58 del C.P. No obstante, es jurídicamente inviable dar aplicación a las mismas.

109. La Fiscalía soslaya incluir en la acusación los presupuestos fácticos que estructuran las mencionadas circunstancias genéricas de mayor punibilidad. Simplemente se limita a enunciar el respectivo contenido de la norma sin expresar el o los hechos que

estructura sus elementos. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema esclarece:

"6.2.3.2. La Fiscalía debe incluir los presupuestos fácticos de las circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, y, en general, los que correspondan a las normas penales seleccionadas

Según se indicó en precedencia, no es suficiente con hacer alusión al respectivo contenido normativo (indefensión, motivo fútil, etcétera), pues lo que resulta determinante es que se exprese el referente fáctico (la víctima se encontraba dormida cuando fue atacada, cometió el homicidio porque le llamaron la atención para que respetara la fila, etcétera)."⁵

110. En ese sentido la pena de prisión se fijará en el cuarto mínimo, esto es, entre 12 a 13,875 años de prisión.

111. No se advierte mayor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, o demás circunstancias que agraven la punibilidad, por lo cual la pena a imponer será la contemplada en el extremo mínimo del primer cuarto, esto es, 12 años de prisión.

112. Como quiera que en el presente asunto la Fiscalía acusa y en juicio oral acredita que **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** ejecuta el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso, la pena se incrementará en 1.5 años. Queda definitivamente en 13.5 años de prisión o lo que es lo mismo 162 meses de prisión.

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

VIII. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

114. **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** 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.

⁵ CSJ. SP2042-2019. Radicación n.º 51007. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

IX. OTRAS DETERMINACIONES

115. La Sala atendiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del tres de abril de 2019, y el Acto Legislativo 01 de 2018 que establece la posibilidad de impugnar la primera condena, concederá a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA** 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.

116. 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 2° Penal del Circuito de Neiva, Huila, el 15 de agosto de 2017. En su lugar **CONDENAR** a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.358.885, 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 **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, la pena principal de ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

TERCERO-. IMPONER a **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, 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 **JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA**, 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.

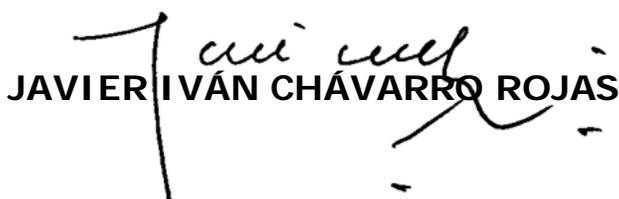
OCTAVO -. La notificación de esta providencia se hará en estrados sin perjuicio de realizarse de forma personal como lo estatuye el inciso tercero del artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



HERNANDO QUINTERO DELGADO

Rad: 41-001-60-01279-2012-00226-01
Procesado: JOSÉ HÉCTOR GIRALDO VARELA
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado


Luisa Fernanda Tovar Hernández
Secretaria

Providencia proferida de forma virtual.