

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022).

Acta No. 493

Hora: 8:20 AM.

Radicación	66170 60 00 066 2009 00728 01
Sentenciado	Marco Aurelio Arroyave Lotero
Delito	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo
Juzgado de conocimiento	Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del 4 de julio de 2014.

1- ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la representante de víctimas, contra la Sentencia No. 100 del 4 de julio de 2014, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, por medio de la cual se absolvió a **Marco Aurelio Arroyave Otero** de los cargos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso homogéneo.

2. HECHOS

2.1 Fueron sintetizados por el Juez de instancia de la siguiente manera:

“Cuenta la delegada de la Fiscalía que el día 23 de abril del año 2009, la menor C.A.C identificada con el Registro Civil de Nacimiento No. 31457991, y la menor C.A.C identificada con el Registro Civil de Nacimiento No. 31457992 de Dosquebradas, de 7 años de edad, salieron del Colegio Agustín Nieto Caballero, ubicado en el barrio Frailes del municipio de Dosquebradas, siendo las seis de la tarde, su abuelo MARCO

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

AURELIO ARROYAVE OTERO las recogió y las llevó hasta la casa de las menores, ubicada en la manzana E casa 12 del barrio Álvaro Patiño Amariles del mismo municipio, allí procedió a desnudarlas, él también se desnudó y realizó actos sexuales con ambas menores; los actos consistieron en tocar la vagina con su lengua y el pene, cada una de las menores observaba cuando se realizaban los actos sexuales a la otra, y cuando terminó el señor MARCO AURELIO, le dio a las menores unas monedas, advirtiéndoles no contar lo sucedido.”

3-. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Marco Aurelio Arroyave Lotero identificado con cédula de ciudadanía No. 1.192.532 expedida en Manizales, Caldas, nació el 24 de febrero de 1931, en Mistrató, Risaralda, estatura 1.64 metros, grupo sanguíneo y factor RH O+.

4-. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

4.2 El 12 de junio de 2012, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Dosquebradas, se le formuló imputación a **Marco Aurelio Arroyave Otero**, por los delitos de *actos sexuales abusivos con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., agravado conforme el artículo 211.5 ibídem, en concurso homogéneo sucesivo (art. 31 del C.P.)*, los cuales no fueron aceptados.

4.3 Presentado el escrito de acusación, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas (R), realizando el 4 de marzo de 2013, la audiencia de formulación de acusación en la cual se le enrostraron al acusado los cargos de *actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., agravado conforme el artículo 211.5 ibídem (por encontrarse el acusado en 4º grado de afinidad con la víctima), en concurso homogéneo sucesivo (art. 31 del C.P.)*. Luego, ante la misma instancia se realizó la audiencia preparatoria el 2 de julio de 2013.

4.4 El juicio oral se inició y culminó el 3 de julio de 2014, al cabo del cual se anunció el sentido del fallo absolutorio. La sentencia se profirió el 4 de julio de 2014, a través de la cual se absolvió a **Marco Aurelio Arroyave Otero** de los cargos objeto de acusación

4.5 La Fiscalía y el Representante de Víctimas interpusieron y sustentaron dentro del término de ley el recurso de apelación contra la sentencia enunciada.

5. LA SENTENCIA APELADA

5.1 Dentro de las consideraciones planteadas en el fallo de primer grado, se encontró acreditado que el ciudadano Marco Aurelio Arroyave es el abuelo paterno de las menores C.A.C Y C.A.C, quienes para el momento de los hechos contaban con 7 años de edad, información contenida en los registros civiles de nacimiento y en las declaraciones de una de las víctimas, familiares y del mismo acusado cuando se reconoce que Marco Aurelio Arroyave es el progenitor de Álvaro Arroyave Arango, padre biológico de las niñas.

5.2 También, considera como acreditado que, para la fecha de los hechos, 23 de abril de 2009, las menores vivían en la manzana E casa 12 del barrio Patiño Amariles, con su tía, la señora Alba Lid Arroyave, quien se encargaba de su cuidado.

5.3 Frente a las pruebas practicadas en el juicio, consideró la funcionaria *A quo* que varios aspectos le impidieron dar crédito a la versión de las menores, pues el sesgado recuerdo que tiene la niña que declaró de manera directa y las notables contradicciones de las diferentes versiones la llevaron a ese raciocinio.

5.4 Al respecto indicó que la víctima declarante se notó muy segura de algunos recuerdos y en otros aspectos simplemente afirmó que no recordaba, acomodando rápidamente su relato, ubicando como sitio de los hechos su cuarto, cuando su hermana indicó que lo ocurrido acaeció en el cuarto de su hermano. Asimismo, resalta que la testigo enunció que vio que el abuelo inició haciendo los actos libidinosos contra su hermana; empero, desde el cuarto donde se ubica, tal y como acreditó el registro fotográfico del sitio de los hechos, no existía ninguna posibilidad de ver hacia la cama de ese cuarto en un sitio diverso a la puerta de acceso.

5.5 Que no solo se advierten esas contradicciones, pues también, en un principio, se dijo que el presunto agresor les había “metido el pipí por la vagina y que les había lamido la vagina”, sin embargo, posteriormente cambian su versión para decir que el abuelo no les introdujo el pene, sino que se los puso sobre la vagina.

5.6 Por otro lado, censuró la versión de la ciudadana Alba Lid Arroyave Arango pues, se advierte en su relato que el señalamiento contra el abuelo de las menores surge cuando ésta les cuestiona a las menores el hallazgo del dinero en su poder, y les pide que le digan si alguien las ha tocado, amen de haberse contradicho al haber indicado en primer lugar, que a la doctora Meneses le contó haber interrogado a las menores sobre que era hacer el amor, pero ya en juicio dijo que no las había interrogado y que llamó a una amiga abogada, quien las interrogó, lo cual denota a su juicio que ese señalamiento en contra del procesado no resultó tan espontaneo, pues

se da una pregunta sugestiva, y luego viene otra persona, la abogada, madrina de una de las menores, tomando fuerza ese señalamiento.

5.7 También, trae a colación la percepción que de los hechos tuvo la investigadora Flor Marina Tangarife, cuando aseguró que, al momento de entrevistar a la pequeña Catalina, la mamá le hacía gestos que presionaban a que hablara, dando a entender que su versión no resultó espontánea, lo que, aunado a la prueba científica practicada sobre las prendas y genitales de las menores, concluyó que únicamente de la menor C.A.C se obtuvo un perfil genético femenino.

5.8 Esos junto a otros aspectos, llevaron a la conclusión de la primera instancia la persistencia de la duda razonable a favor del encartado.

6. DEL RECURSO PROPUESTO

La Fiscalía² solicita la revocatoria del fallo absolutorio de primer grado y en su lugar, se declare la responsabilidad penal del acusado, planteando como fundamento de disenso lo siguiente:

6.1 La señora jueza de primer grado no otorgó plena credibilidad al testimonio de la menor ofendida; no obstante, a la Fiscalía le resulta lógico que la fluidez de su relato no depende de la verdad o de la mentira, sino en establecer si los hechos esenciales que tipifican la conducta resultan creíbles, ciertos y factibles, pues todo depende de la personalidad de la menor y del transcurso del tiempo, pues al tratarse de una niña de 7 años para la fecha de los hechos, y ahora al contar con 12 años, amén de la pérdida de su hermana que falleció en junio de 2013, le ha generado una ausencia afectiva considerable que pudo afectar su relato.

6.2 Ahora, el hecho de cómo las menores efectuaron el primer señalamiento atendiendo una pregunta sugestiva, a su juicio resulta obvio pues, Alba Lid Arroyave Arango encontró a las menores de edad solas en el inmueble, la puerta tenía seguro y observó una actitud extraña de éstas, además de enterarse que una de ellas tenía dinero, a juicio es lógico que procediera a indagar lo ocurrido, siendo ese un comportamiento normal de una persona que se preocupa por las menores y que a pesar de ser la tía, siempre se ha comportado como la madre de ellas, quienes así la reconocen.

6.3 Frente a lo referido que la menor ofendida ubicó el lugar de los hechos en su habitación, cuando las otras versiones refieren que había sido en el cuarto del menor Camilo, se debe al

² Dra. María Isabel Castañeda Ochoa – Fiscal 36 Seccional CAIVAS

estado de nerviosismo que la menor presentaba al momento de rendir la declaración y al transcurso del tiempo. Refiere que similar aspecto ocurre cuando la menor indicó que desde su habitación había observado a su abuelo agrediendo sexualmente a su hermana, pues lo refirió producto del nerviosismo; sin embargo, fue consistente en su relato en los aspectos esenciales, como que el abuelo fue por ella y su hermana al colegio, las llevó a la casa y allí procedió a abusar sexualmente de cada una de ellas, y cuando terminó, les dio monedas y se fue.

6.4 El hecho de que las menores hubiesen dicho que su abuelo les hizo el amor, lo cual fue aclarado a la señora Alba Lid cuando las interrogó, diciéndole que les había metido “el pipi” por la vagina y les había “lamido” la vagina, y que tal penetración no existió, no es contradictorio, pues estamos frente a una menor que para la época de los hechos tenía siete años y en ese momento su abuelo les puso el pene en la vagina; de ahí que, no es posible que entienda y comprenda cuales son las condiciones para descubrir un acto sexual con o sin penetración del miembro viril.

6.5 Que la valoración de la doctora Patricia Inés Meneses Escobar, en el mes de agosto de 2009, a contrario a lo señalado por la judicatura, concluyó que el relato de las menores fue lógico y coherente. Y frente a la prueba científica, la no aparición del perfil genético masculino en las muestras analizadas no significa que los hechos no ocurrieron, o que la menor mintió al momento de rendir su versión, porque esta clase de delitos en la mayoría de los casos no dejan huellas.

6.6 Con fundamento en esas circunstancias, pues considera la funcionaria *A quo* no realizó una adecuada valoración del testimonio de la menor C.A.C, solicita se revoque el fallo y, en su lugar, se profiera sentencia condenatoria.

Por otro lado, presentó como argumentos de alzada la **Representante de Víctimas**³ lo siguiente:

6.7 Considera que las discrepancias señaladas en el relato en el juicio de la menor versus otras versiones rendidas ante diferentes autoridades, encuentran justificación en el paso del tiempo, ya que fueron cinco años los transcurridos desde la ocurrencia del hecho, lo que hace que ciertas circunstancias se tornen difusas en el recuerdo y no se expresen con total claridad a lo indicado recién fue víctima del abuso.

6.8 El testimonio de la niña C.A.C rendido en la audiencia de juicio oral en su eje central guarda una extrema concordancia con lo expresado por ella en las diferentes versiones ofrecidas,

³ Dr. Beatriz Elena Cardona Zuleta.

narración de los hechos que es confirmada por lo expresado en la entrevista que rindió la otra víctima, su pequeña hermana fallecida, la cual si bien es cierto, por tratarse de prueba de referencia su valor probatorio es menguado, también lo es que cuando ésta afianzada en otras pruebas, ofrece al fallador mayor certeza de lo que se juzga, pues si se examinan las entrevistas que inicialmente rindieron las pequeñas se observa que entre sus dichos no existen diferencias.

6.9 Respecto a la apreciación que hace la señora juez del testimonio de la tía de las menores, señora Alba Lid, no se encuentra razón para que a esta declaración se le de mérito de incidir en tal forma que reste credibilidad a lo manifestado por las víctimas, pues no es testigo de ellos hechos y sus dichos poco o nada reflejan lo sucedido a las menores aquel adverso día.

6.10 En ese sentido, solicita se revoque el fallo absolutorio y se profiera condena en contra del encartado.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Principio de Limitación

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por los recurrentes en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

7.3. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con las circunstancias fácticas, la Sala deberá analizar:

Si la valoración de la prueba realizada por la jueza *A quo* se ajustó a los parámetros jurídicos que rigen el tema, pudiendo derivar en elementos de convicción idóneos admisibles en el juicio y suficientes para la emisión del fallo absolutorio ante la existencia de la duda razonable, de tal manera que el fallo en el aspecto apelado deba ser confirmado, modificado, o, por el contrario, debe revocarse, para en su lugar emitir sentencia condenatoria contra el acusado, al concurrir los presupuestos necesarios para ello.

7.4 Consideración previa

Para esta Sala de decisión, resulta relevante analizar los postulados constitucionales y legales que se han establecido en materia de prescripción de la acción penal para los delitos sexuales e incesto, cuyo desarrollo afecta los intereses jurídicos de los menores de edad, a fin de explicar por qué en este asunto no ha operado tal fenómeno.

La H. Corte Constitucional en diversos pronunciamientos⁴ ha precisado que los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección a la luz del ordenamiento constitucional colombiano, pues el artículo 44 constitucional revela que sus derechos son prevalentes frente a los demás asociados, lo cual es reconocido en los múltiples instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como son:

- i) La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se dispone, en el artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.
- ii) El artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.
- iii) El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dispone: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

En desarrollo de esos fundamentos constitucionales, el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de dos principios que afianzan esa especial protección: (i) el principio de *interés superior del menor*, *“que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”* y (ii) el principio *pro infans*, considerado como *“un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones,*

⁴ Ver las sentencias de constitucionalidad C-840/2010, C-058/2018, C-250/2019, C-193/2020

debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

Atendiendo esos postulados constitucionales, el Estado colombiano incorporó al ordenamiento jurídico la Ley 1154 de 2007, cuyo propósito se establece en reducir los niveles de impunidad, lo cual no se aviene solo a actos de investigación sino también en materia de definición de responsabilidad, en aquellos delitos que transgreden la libertad y formación sexual de los menores de edad, ampliando para ello el término prescriptivo de la acción penal.

Dicha ley incorpora el inciso 3° al artículo 83 de la ley sustantiva penal, el cual refiere: *“Inciso adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”.*

Se advierte entonces, que esa norma dentro de su objetivo comporta entre otras una finalidad específica, al evitar que opere el fenómeno de la prescripción de un delito sexual al no promoverse la denuncia por diversos factores, como el desconocimiento, el temor a la revictimización, temor a retaliaciones, desidia y desinterés, inclusive de terceros en denunciar los hechos. Así mismo, esa norma colige otra excepción a la regla general de la prescripción de la acción penal consagrada en el artículo 84 del C.P., pues no se atenderá ese término desde la fecha de la ocurrencia de los hechos, sino desde que la **víctima cumpla la mayoría de edad**.

Con fundamento en estas circunstancias, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en providencia **SP-16269 del 25 de noviembre de 2015, radicación 46325**, establece una interpretación a su juicio amplia, pero que en el caso en concreto consideramos suficiente para entender que no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal conforme el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007, señalando:

“ (...)

III. *Si en vigencia del plazo señalado en el precepto, la Fiscalía General de la Nación materializa una resolución de acusación o la formulación de imputación (dependiendo del régimen procesal penal de que se trate), el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal se interrumpe y comienza a correr de nuevo por la mitad del término común indicado en la norma, es decir, tendrá una duración diez (10) años.*

IV. *Cuando se trate de asuntos rituados con las formalidades previstas en la Ley 906 de 2004, una vez emitida la sentencia de segunda instancia, el término últimamente aludido se interrumpe de nuevo, y comienza a computarse por un plazo de cinco (5) años.*

V. *En este último evento, respecto de las conductas punibles distintas a las señaladas en Ley 1154 de 2007, artículo 1º, la acción penal con posterioridad a la sentencia de segunda instancia prescribirá en un lapso no menor a tres (3) años ni mayor a cinco (5) años*". (énfasis de esta Sala de decisión).

Esa Alta Corporación en la aludida sentencia determina que, si el Estado adquiere conocimiento de la ocurrencia del delito, y la Fiscalía, antes de que se venza el plazo señalado en la norma, con ocasión de su función adopta o materializa la emisión de un pliego de cargos en firme o formula imputación, esos actos procesales equivalen a la consecuencia consignada en la ley, esto es, suspender o interrumpir el término extintivo de la acción penal por la prescripción, el cual empezará a correr de nuevo por la mitad de veinte (20) años.

Así las cosas, aterrizando en el caso en concreto, se tiene que los hechos objeto acusación devienen del 23 de abril de 2009, lo cual permite dar aplicación a la modificación del término prescriptivo de la acción penal conforme lo establece la Ley 1154 de 2007, pues según los cargos enrostrados, el señor **Marco Aurelio Arroyave Lotero** realizó actos libidinosos en contra de sus dos nietas C.A.C identificada con el Registro Civil de Nacimiento No. 31457991 y C.A.C identificada con el Registro Civil de Nacimiento No. 31457992, quienes para el 2009, contaban con 7 años de edad.

Conforme lo analizado, podríamos señalar que con la imputación de cargos efectuada el **12 de junio de 2012**, se interrumpió el término prescriptivo de la acción penal, **contabilizándose nuevamente por diez (10) años desde esa fecha**. En ese sentido, se advierte con claridad que esta instancia se encuentra habilitada para desatar el recurso de apelación propuesto por la Fiscalía y la Representante de Víctimas.

7.5 Decisión de la Sala

Un principio esencial del sistema es aquel según el cual para proferir sentencia condenatoria "*se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*". Para llegar a una conclusión de responsabilidad o inocencia es indispensable la **apreciación conjunta de la prueba**, luego de realizar la respectiva crítica individual a cada uno de los medios de prueba, tal como lo establece el artículo 380 de la ley 906 de 2004.

Es necesario precisar que, los recurrentes sustentan su disenso a efectos de lograr la revocatoria del fallo absolutorio, censurando la valoración probatoria realizada por la jueza de instancia frente a los testigos de cargo, en lo atinente a: i) la poca credibilidad en el testimonio de la menor

víctima; ii) la escasa credibilidad al testimonio de la tía materna de las víctimas, Alba Lid Arroyave; y iii) la indebida valoración en conjunto de los demás medios de prueba.

Una vez expuesta la teoría del por la Fiscalía, según los registros del juicio, se presentó un acuerdo de estipulaciones entre el ente acusador y la defensa para considerar demostrados los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

- **Primero hecho probado.** El resultado de las muestras analizadas en el informe pericial DROC-LBIF-150-2009 del 8 de junio de 2009, suscrito por la profesional especializada forense Margarita Arregocés Torregoza, pertenecientes a la menor C.A.C identificada con R.C. 31457991, en las cuales no se detectó semen, asimismo que la muestra tomada a la niña correspondiente a frotis vaginal, no se podía excluir la presencia de saliva humana.
- **Segundo hecho probado.** Que en la muestra de introito vaginal de la menor C.A.C, conforme al informe pericial DRDO-LGEF-130201343 del 31 de diciembre de 2013, suscrito por la profesional especializada forense, del grupo de genética forense, Rocío del Pilar Lizarazo Quintero, únicamente se obtuvo un perfil genético femenino.
- **Tercer hecho probado.** Plena identidad del procesado soportada en la tarjeta alfabética de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a nombre de **Marco Aurelio Arroyave Lotero**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.192.532.
- **Cuarto hecho probado.** Plena identidad y edad de las menores ofendidas C.A.C y C.A.C, conforme los registros civiles de nacimiento R.C. 31457991 y 31457992.
- **Quinto hecho probado.** Defunción de la menor C.A.C ⁵, identificada con registro civil No. 31457991 o T.I. 1.004.669.057, de conformidad al Registro Civil de defunción No. 07250845.
- **Sexto hecho probado.** Que de comparecer a juicio la doctora Patricia Inés Meneses Escobar, psicóloga forense del INMLCF, su testimonio sería en los mismos términos que rindió en la valoración psicológica contenida en los informes periciales No. DROC-GNPF-167-09 respecto de la menor C.A.C con RC. 31457991 y No. DROC-GNPF-168-09 de la menor C.A.C con RC. 31457992, ambos del 1º de septiembre de 2009, esto es que las menores ofendidas al momento de la valoración relataron la forma como ocurrieron los hechos los cuales quedan escritos en el informe y la conclusión de la psicóloga en el sentido que el relato de las menores es lógico, coherente y que no existe alteración psicológica en ellas.

⁵ 30 de junio de 2013.

Posteriormente se pasó a la presentación de la prueba testimonial de cargo que consistió en las declaraciones de: i) la menor víctima **C.A.C** identificada con registro civil de nacimiento No. 31457992; ii) **Alba Lid Arroyave**, tía de las menores ofendidas; iii) **Flor Marina Tangarife Rotavista**, investigadora adscrita al CTI de la Fiscalía; iv) **Ligia Inés Aguilar Ángel**, Médica Legista del INMLCF; v) **Álvaro Arroyave Arango**, padre de las menores ofendidas; vi) **Leidy Johana Cardona Uribe**, madre de las menores ofendidas; y vii) **Luz Amparo Arroyave Arango**, tía de las menores ofendidas. Por su parte, la defensa no presentó testigos de descargo.

7.6 De la responsabilidad de Marco Aurelio Arroyave Lotero.

Teniendo en cuenta la valoración a la prueba testimonial practicada en la audiencia de juicio oral y conforme la comunidad probatoria, para la Sala no es posible colegir los planteamientos de la primera instancia en cuanto la presencia de la duda razonable a favor del acusado. Este planteamiento sobre una supuesta duda razonable no lo comparte la Sala por lo siguiente.

No puede desconocerse que, como precepto general en el proceso penal, la prueba testimonial cobra especial importancia pues al tenor del artículo 383 del C.P.P., toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, la declaración que se le solicite en el juicio oral o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. En ese sentido, el testimonio que se vierta en la actuación debe constar por la intermediación del juez, garantizándose el derecho a la confrontación, amén de caracterizarse por el conocimiento personal y directo que hubiese tenido la posibilidad de observar o percibir con los sentidos el declarante.

Respecto de la prueba testimonial la Corte Suprema de Justicia ha referido⁶.

“Ahora bien, el régimen de procedimiento penal colombiano –artículo 402 de la Ley 906 de 2004-, exige por principio general, el conocimiento personal directo que de los hechos debe tener el testigo al señalar que éste «únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir», rigiendo por tanto el principio de intermediación en materia probatoria que requiere que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción”.

En otro pronunciamiento precisó:

“Además de satisfacer los principios en mención, precisa la jurisprudencia de la Corte⁷, la declaración debe cumplir también la exigencia del conocimiento personal contemplada en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al amparo del cual el testigo sólo podrá deponer sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

⁶ Sala de Casación Penal, Auto de 25 de mayo de 2015, radicado AP2768-2015. M.P. José Leónidas Bustos Martínez

⁷ Cfr. casación del 27-02-13 Rad. 38773

*Significa lo anterior que, en el nuevo sistema procesal penal, por regla general, la declaración para que pueda ser considerada en el fallo debe reunir los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa”.*⁸

La prueba testimonial en Colombia es un medio válido de conocimiento que procura por la acreditación de unos hechos específicos. En ese sentido, el conocimiento que las víctimas de un injusto puedan tener de los hechos investigados resulta válido como medio de conocimiento, sometiendo a las mismas reglas de la prueba testimonial, pero con unas delimitantes específicas. Al respecto, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado⁹:

“De esa manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son: a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.

*En síntesis, debe procurarse que el testigo use sus propias palabras en la manifestación de su percepción y conocimiento, se le debe permitir que redacte- oralmente- su respuesta y la emita con su propio léxico, dentro de su peculiar psicología; “la declaración del testigo debe retratar su autenticidad, personalidad, grado de cultura, falta de interés en torcer la verdad. (...) Es deseable que el deponente redacte claramente sus respuestas; revele la personalidad, sin intérpretes de su pensamiento. Los testimonios se aprecian cualitativamente, buscando concordancias, disparidades, hará integrar un estado mental de convicción”*¹⁰.

*Testimonio exacto. Que el testimonio sea exacto, significa que coincida plenamente con lo percibido y recordado por el testigo, solo en tal medida se acercará a la verdad o correspondencia entre la realidad -lo sucedido- y lo declarado; pero además la exactitud exige que la expresión tenga las características de puntual, fiel y cabal...”*¹¹

Teniendo en cuenta lo anterior, al investigarse delitos sexuales, por regla general son comportamientos de aquellos que se realizan a puerta cerrada¹², pues se busca por el sujeto activo espacios, momentos u oportunidades para ejecutar las acciones libidinosas sin ser sorprendido, dada la intrínseca intimidad que conlleva acciones de esa naturaleza, sin que ello no implique que un tercero pueda darse cuenta de los hechos de manera concomitante, o inclusive

⁸ Sentencia de 9 de octubre de 2013, Radicado 36518, M.P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

⁹ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455

¹⁰ IRRAGORI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, ob. Cit. P.72 –Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.234

¹¹ Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.235

¹² Es que, como lo ha referido la H. Corte Suprema de Justicia: “...La forma como las cosas suceden normalmente indica que la tendencia en delitos sexuales, cuyas víctimas son menores de edad, es la de que el agresor actúa en la clandestinidad, ejerce los actos de manera tal que nadie los perciba; de ahí que ha dado en denominárselos como “delitos a puerta cerrada” C.S.J. Sala de Casación Penal, Radicación 45585 del 01 de junio de 2016- M.P. José Luis Barceló Camacho.

posterior, entendiéndose ese momento, cuando se advierte a la víctima desvincijada o con características de una agresión de esta naturaleza, viendo huir al presunto infractor, o inclusive viéndolo en el lugar del hecho después de la ocurrencia del mismo, o escuchando a viva voz por la víctima quien fue su presunto agresor.

Luego, el papel de la víctima de un delito sexual adquiere especial importancia, pues de primera mano es la persona que puede proporcionar los datos sobre los aspectos de modo, tiempo y lugar de como ocurrieron los hechos, inclusive, señalando de manera directa al autor de los mismos, si su conocimiento personal lleva a esa posibilidad. Si bien es cierto, todos los medios probatorios deben analizarse en conjunto, en el caso en concreto, existe una característica en la víctima que determina la valoración de su testimonio de forma especial, conforme los protocolos y procedimientos establecidos en la ley, amén de otros factores que la jurisprudencia ha denominado “elementos de corroboración periférica” atendiendo la edad del agraviado, pues no solo se trata de un menor de edad que puede tener la condición de adolescente al momento de rendir su testimonio en el juicio, sino también, que al momento de los hechos se trataba de una menor de 14 años, aspecto que en el asunto de marras, señalamos desde ya, quedó acreditado con la inclusión de la estipulación probatoria que nos da cuenta de la edad de las víctimas, por lo cual sus declaraciones deberán ser analizadas minuciosamente junto con otros medios probatorios.

“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. (...)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. 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.”¹³.

Ahora, en materia de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, de conformidad al artículo 44 de la Carta Fundamental y los tratados y convenios internacionales ratificados por

13 Definición traída por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo radicado 43866 del 16 de marzo de 2016 - SP3332-2016, MP. Patricia Salazar Cuellar.

el estado colombiano, se establece que aquellos prevalecen sobre los derechos de las demás personas, imponiendo cargas en la sociedad que se circunscribe a la familia y al mismo Estado para que se ejerzan con eficacia.

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.”¹⁴

En materia penal, si bien existe una protección reforzada frente a estos derechos y garantías, la misma no resulta absoluta, pues no se pueden preservar aboliendo los derechos fundamentales del procesado, por lo que se exige que se adelante una exhaustiva investigación y en el juicio una rigurosa valoración de las pruebas, inclusive, atendiendo los parámetros incorporados desde la perspectiva de género.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

“La Sala es consciente del deber estatal de obrar con debida diligencia para proteger a las víctimas especialmente vulnerables, pero también lo es de que ello debe hacerse, principalmente, a través de una investigación rigurosa, sin perjuicio del deber de adelantar estos trámites con perspectiva de género. En todo caso, la protección de los derechos de los niños -y de cualquier otra víctima- no puede hacerse a través de la abolición de los derechos del procesado, pues estos también están contemplados en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre muchas otras)”¹⁵.

Trayendo a colación el análisis de la violencia sexual desde una perspectiva de género, resulta diáfano que los derechos a la dignidad humana e igualdad en la actualidad se han reconocido de manera cabal en pro de las mujeres, lo cual en el ámbito penal tal y como lo ha referenciado ese Alto Tribunal¹⁶, **implica orientar las investigaciones a establecer el real contexto en el que ocurre un episodio de violencia**, puesto que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la

¹⁴ Corte Constitucional sentencia T-260 de 2012.

¹⁵ Sentencia del 23 de junio de 2021, radicación 52.171 – SP2541 -2021, MP. Patricia Salazar Cuéllar

¹⁶ Ver Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de febrero de 2021, radicación 51.848 – SP403-2021, MP. Eyder Patiño Cabrera.

víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.¹⁷

Adicionalmente se indicó:

“Y frente a la perspectiva de género que debe regir sobre las decisiones, la Sala precisó que:

«...resulta claro que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de “proteger” los derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal.

Este, sin duda, no es un postulado novedoso, pues sobre el mismo descansa, en buena medida, la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política. El mismo ha sido reivindicado recientemente por esta Corporación, para concluir que la prevalencia de los derechos de los niños y los deberes de protección a cargo del Estado no pueden dar lugar a la violación de los derechos del procesado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637).»¹⁸

En tanto que, frente a la aplicación de un enfoque de género en la valoración probatoria indicó:

«... debe la Sala subrayar que lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que permita una estimación parcializada o diferenciada a efectos de romper la desigualdad, pues la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»¹⁹, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.

Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien.»²⁰ Énfasis de esta Sala de decisión.

En ese sentido, la versión de la víctima menor de edad se entiende como un medio válido de conocimiento, el cual debe ser apreciado conforme los criterios generales de racionalidad, la sana crítica y la valoración probatoria en conjunto, a efectos de que esa reflexión esté libre de

17 CSJ SP-4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52394.

18 CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

19 Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

20 CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587.

cualquier sesgo cognitivo por prejuicios, estableciéndose la credibilidad que pueda darse a la información suministrada.

“(…) en lo que toca con la credibilidad de los relatos ofrecidos por niños abusados sexualmente, la Sala ha sostenido, además, que «puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran»; pero también, que ello no significa que aquellos no puedan faltar a la verdad y «que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación». Por consiguiente, es imperioso valorar sus dichos «como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate» (CSJ SP7326-2016, rad. 45585. En igual sentido, CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 37044).

*Así las cosas, es forzoso analizar las circunstancias que rodean su declaración y cotejar ésta con los demás medios de convicción recaudados, al amparo de las reglas de la sana crítica, a efectos de verificar su grado de credibilidad y veracidad. El funcionario tendrá que explorar, entonces, atendiendo los principios técnico científicos, su percepción, su memoria, la naturaleza de lo percibido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello tuvo lugar, la forma de sus respuestas y, entre otras circunstancias, el interés que pudieran tener en el caso concreto*²¹. Subrayado de esta Sala de decisión.

Luego, conforme esas pautas, imperioso resulta analizar en el asunto *sub judice* el testimonio de la menor C.A.C, identificada con el registro civil de nacimiento 31457992, quien declaró en el juicio oral el 3 de julio de 2014²², pues en aquel al confrontarse con otros medios de prueba se fundan las supuestas contradicciones que advirtió la funcionaria *A quo* en la sentencia absolutoria.

Partiendo de las preguntas realizadas de la Fiscalía, la menor indicó que estudiaba en la normal superior en cuarto grado, lo que más le gustaba hacer es patinar, trotar ir a piscina y bicicleta, y que vivía con Alba Lid y Baudie desde los 4 meses. Ante las preguntas de la judicatura, aclaró que el señor **Marco Aurelio Arroyave Lotero es su abuelo**, y su papá es hermano de la señora Alba Lid²³, por lo cual indicó que era su deseo rendir declaración en el juicio.

De su versión se extrae que:

i) el abuelo Marco Aurelio el día de los hechos la recogió a ella y a su hermana en el colegio Agustín Nieto Caballero, le dio una mandarina a Elena. Marco Aurelio le dijo a Elena en la casa de las menores que se iba a quedar con ellas en la tarde; ii) cuando entraron a la casa con el abuelo él cerró la puerta, cogió a la hermana de la víctima por el brazo le lamió y le puso el pene en la vagina, y a ella también le hizo lo mismo. Les dio 300 pesos y dijo que se iba porque tenía que hacer una vuelta, las niñas cerraron la puerta, se sentaron en el mueble y quedaron muy asustadas; iii) Elena era la señora que les daba el almuerzo y las cuidaba, alcanzó a ir por ellas al colegio y allá fue interceptada por el abuelo y en ese momento fue que le dijo que él se las iba a

²¹ Cfr. sentencia SP9508-2016, Rad.: 47124 del 13 de julio de 2016.

²² Registro, minuto 22:04.

²³ Ver minuto 28:55 del registro de audiencia.

quedar por la tarde. Las niñas se fueron con el abuelo caminando a la casa; es la misma donde aún viven. La señora Elena llegó seguidamente y él le dijo que se iba a quedar con las niñas cuidándolas, le dio una mandarina a Elena y ella se fue. Se quedaron solos en la casa las niñas y el abuelo; iv) llegaron a la casa, se pusieron pijama las niñas en el baño juntas, la cual era de frutas y en ese momento fue cuando el abuelo entró y le lamió la vagina y le puso el pene sobre está a su hermana y a ella también le hizo lo mismo; v) eso lo hizo en la pieza de ella.

Frente a ese último aspecto, en palabras de la menor se indicó que²⁴:

“Nos pusimos una pijama de fruta y él cogió a mi hermanita y le lambió la vagina y le puso el pene y a mí también me hizo lo mismo” (...) ante la pregunta donde les hizo eso contestó: “en mi pieza”.

La Fiscalía preguntó a la menor si recordaba como era su cuarto a lo que señaló: *“El tendido era azul y ya cambiaron la cama, la cama era solo una y ahora son dos”*

Frente los aspectos específicos de los hechos que ocurrieron primero con su hermana, la menor precisó que ella estaba parada en la otra pieza, desde ahí alcanzaba a ver. Estaba parada encima de la cama y desde ahí se veía su pieza.

Frente a ello, la Fiscalía denotó en el interrogatorio a la menor que no había pared; sin embargo, a lugar la objeción de la defensa, se aprecia con claridad que ese dato es una apreciación del interrogador, más no la versión que ofreció la testigo, pues ella solo indicó que desde la otra habitación pudo observar, al estar de pie en la cama lo que ocurría con su hermana en el otro cuarto.

En el relato, la menor dejó en claro que después de abusar de su hermana, su abuelo la cogió a ella y le hizo lo mismo *“me lambió la vagina y me puso el pene ahí”* y que en ese momento la otra niña se había ido para el baño.

Posteriormente, su abuelo les dio \$300 pesos, frente a este episodio indicó:

“Él nos dio 300 y yo me fui para la tienda, entonces llegó mi mamá me dijo que los 300 míos y yo le dije que no me los había dado, luego mi hermana le dijo que si me había dado 300 y de allí mi mamá me iba a regañar y entonces mi hermana cogió y le dijo que me había hecho el amor y yo le dije que a ella también”.

Refiere la menor que al contarle lo sucedido a su mamá, como reconoce a Alba Lid, a) ésta se desmayó al lado de la cama, a) que su abuelo las recogió del colegio a las 6:30 p.m.; b) cuando la mamá se desmayó el papá le puso alcohol en la cara para que se despertara y llamaron a una abogada, la madrina de la hermana y no recuerda más.

²⁴ Ver minuto 35:55 del registro de audiencia.

La Fiscalía interrogó a la menor sobre si recordaba como era la vivienda cuando ocurrieron los hechos, a lo que la menor indicó que estaba igual solo que había cambiado las camas.

Puntualmente señaló:

“Cuando uno entra ve los baffles de mi papá, el mueble, de ahí se ve la pieza de mi mamá, de ahí uno coje para el baño, al frente también se ve la cocina, y ahí siguen las dos piezas de nosotros”.

Posteriormente, ante las preguntas de la señora Fiscal de como son las piezas señaló:

“Le colocaron ya una reja, porque ahí vive una muchacha y le da miedo que me coja mi ropa”.

La menor refirió que, para la época de los hechos, en aquella casa las menores vivían con Baudiel y Alba Lid, y a veces su hermano Camilo Hincapié iba a almorzar y, luego se iba para donde su abuela, que no se queda ahí por qué su mamá no dejaba.

Frente a su relación con su abuelo antes de los hechos y de éste con la señora Alba Lid indicó:

*“Nos llevaba a una galería, nos llevaba a comer frutas y nos llevaba a veces bananas”
(...) “Era bien (y después de lo que pasó) Se puso peor eso, cuando nosotras le contamos ella ya no le habló, no le empezó a hablar ya”.*

Por otro lado, enfatizó la menor que el señor Marco Aurelio era la primera vez que las recogía en el colegio y que solo esa vez les había dado dinero.

Durante el contrainterrogatorio se extrae que la menor asintió lo siguiente:

i) vive con Alba Lid y el esposo, también vivió con el abuelo y la abuela, pero ella ya se murió, no recuerda hasta cuando vivió con ellos, ii) el abuelo cuando las abusó se llevó las llaves de la casa; iii) eso pasó en la pieza de la menor, no en la de su hermana; iv) cuando el acusado le hizo eso a la hermanita ella se encontraba en la otra pieza y pudo observar por que se paró ahí; v) contaron que su mamá se había desmayado, no recuerda porque no lo hicieron; vi) Este año pusieron la reja en la habitación, antes las habitaciones no tenían puerta; vii) además de su mamá le contó lo ocurrido a una abogada, la madrina de su hermana; viii) no le contó lo ocurrido a su hermano; ix) era la primera vez que el abuelo las recogía en el colegio, e indicó no recordar si vivió con su abuelo; x) afirmó que su abuelo nunca antes les había dado dinero.

En el redirecto, la Fiscalía le preguntó a la menor que quien era Camilo, señalando que su hermanastro y que para la época de los hechos él no vivía en la casa.

La defensa realizó el redirecto, y en ese sentido se extrae como respuestas de la menor lo siguiente:

a) que su hermanastro no vivía con ella; b) que el solo subía a almorzar y bajaba donde la abuela; c) que él vivía donde el abuelo; d) que su hermanastro es hijo de Baudiel; e) que el

apellido de Baudiel es Hincapié Grajales y que no es familiar de Marco Aurelio ni de su abuela;
f) le parece que Baudiel vivía con su abuela.

Finalmente, la jueza de instancia realizó preguntas complementarias debiendo resaltarse el hecho que, en ese momento, **la menor se intranquilizó debiendo otorgar un receso para que se calmara y así continuar con el trámite.**

Conforme ese testimonio, esta Corporación encuentra una serie de deficiencias procedimentales radicadas no solo en la judicatura, sino también en los demás sujetos procesales, que de manera crasa castigan la valoración realizada por la funcionaria de primer grado.

En primer lugar, el desconocimiento del marco jurídico, técnicas y protocolos para atender el interrogatorio a los menores de edad víctimas de comportamientos sexuales. Al no dejarse constancia de la imposibilidad de acceder a los medios técnicos establecidos para el tratamiento a los testigos menores de edad víctimas de este tipo de delitos, no concibe este Tribunal como la judicatura e inclusive, las partes y la defensoría de familia adscrita al ICBF²⁵ presentes en el acto público, permitieron el desarrollo de la audiencia para abordar directamente a la menor en el interrogatorio, espacio donde si bien es cierto, no se encontraba físicamente el procesado²⁶ y se hizo a puerta cerrada, la Fiscalía, la defensa y la jueza cara a cara con la niña le realizaron preguntas de manera directa que, claramente afectaron la tranquilidad de la menor, y de ello dan constancia los registros orales, pues debió darse un receso para lograr que la testigo recobrara la calma²⁷.

No olvidemos que, para este tipo de eventos, se dispone el uso de la cámara Gesell en procura de un ambiente tranquilo para el niño, niña o adolescente, ajeno al escenario de un estrado judicial concurrido por funcionarios, abogados y público en general que pudiesen permear la serenidad del testigo, amén del escarnio ante ese proceso de revictimización.

Al respecto, el Código de la Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006, de manera diáfana precisa:

“Artículo 150. Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones **solo las podrá tomar el defensor de familia** con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

²⁵ Dra. Luz Adriana Cortés.

²⁶ Ver registro, minuto 19:08

²⁷ Ver registro, minuto 1:04:01

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. **Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del defensor de familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.**

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación. A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente”. Subrayado de esta Corporación.

Luego, la H. Corte Constitucional considera que²⁸:

“Atendiendo su pertinencia para el presente asunto, resulta oportuno citar ampliamente la sentencia T-117 de 2013, pues allí se destacó que la entrevista o el interrogatorio realizados al menor de edad deben efectuarse salvaguardando el respeto y la dignidad del deponente y previendo la posibilidad de causar mayores daños a la víctima, al tener que recordar situaciones manifiestamente traumáticas.

Al respecto, se indicó (no está en negrilla en el texto original):

*“Si bien, el objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto **debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad**, en el que se tenga en cuenta por el entrevistador el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños.*

Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y contrainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor.

Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.”

Resulta claro, que en esa audiencia pública no se tuvieron en cuenta estos preceptos, pues aunque las partes y la misma judicatura no efectuaron comportamientos deshonrosos o agresivos contra la menor, el solo hecho de ubicar a esta niña de tan solo 12 años de edad en un estrado, someterla a las preguntas realizadas directamente por diversos actores en el trámite procesal, de contera marca una abierta diferencia en el trato que podría tenerse al interior de la Cámara Gesell, donde es solo una persona quien tiene contacto y transmite los cuestionamientos al menor, aislado precisamente del ambiente hostil que ya refleja un escenario judicial.

²⁸ Sentencia C-177 de 2014.

Esta circunstancia especial, a criterio de esta instancia, puede tener trascendencia en el desarrollo del interrogatorio, pues no fueron las condiciones óptimas para que la víctima hubiese atendido esos cuestionamientos improvisados, en la medida que ni siquiera previamente, la directora de la audiencia tuvo la posibilidad de analizarlos para evitar algún tipo de afectación o lesividad a la interrogada. Luego, es viable entender que, en virtud de esa compleja situación, por lo nervios, aunado al paso del tiempo desde la ocurrencia de los hechos, la versión de la menor víctima pudiese ser imprecisa frente a declaraciones otorgadas al inicio de la investigación.

Conforme lo anterior, y del análisis de la sentencia censurada, la pregunta que debe resolver esta Corporación es *¿si las presuntas contradicciones que desveló la funcionaria A quo en su valoración probatoria, se acreditaron en el juicio?* Para resolver este interrogante, debe traerse a colación el fundamento de la contradicción, pues ya conocemos la versión de la testigo de cargo, pero se debe analizar cuál es el parámetro con el que se coteja para entender una imprecisión, mutación o variación de lo dicho. Así, se advierte por la Sala un **primer punto en el que se centran las posibles contradicciones de la menor C.A.C, el cual se aviene a sus versiones o declaraciones anteriores al juicio.**

Frente a este tópico, antes de entrar al desarrollo del cuestionamiento planteado, se hace necesario tener en cuenta el tratamiento o uso que se puede dar a las declaraciones anteriores al juicio por menores víctimas en casos de delitos sexuales, pues para incorporar como prueba dicha versión se puede hacer uso del *testimonio adjunto* y la *prueba de referencia*.

En ese sentido, generalmente sólo se consideran pruebas las practicadas en el juicio oral, en presencia del Juez cognoscente, como lo prevé el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que *“únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*.

Uno de los principios que diferencia el sistema de corte mixto de la Ley 600/00 con el sistema de tendencia acusatoria de la ley 906/04, es que en este último no tiene cabida el principio de permanencia de la prueba, es decir, aquellos elementos con actitud probatoria recaudados en las etapas previas de indagación e investigación, no adquieren la condición de prueba sino hasta su practica en el juicio, donde se habilita la intervención del juez bajo los principios de inmediación, publicidad y a su vez se establecen las garantías de confrontación y contradicción. Así, una versión otorgada por fuera del debate público y oral puede llegar a ser admitida excepcionalmente por el juez de instancia, si se cumple con unos presupuestos, lo que aplica, inclusive, también para su incorporación al debate probatorio.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, ha definido y desarrollado el concepto del *testimonio adjunto*, noción que carece de consagración taxativa en la ley procesal penal, cuya aplicación puede darse en el evento cuando el declarante concurre al juicio a rendir testimonio y reula de las afirmaciones realizadas en entrevistas y declaraciones anteriores, modificándolas sustancialmente o incluso negando haberlas efectuado. (Cfr. SP 934-2020 Radicación No. 52045, del 20 de mayo de 2020, MP. José Francisco Acuña Vizcaya).

Resalta la alta Corporación:

“Así, la Sala ha decantado una línea de pensamiento orientada a que, frente a un escenario de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, **la parte interesada pueda incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible, por virtud del artículo 16 precitado, en la medida en que se garantice a la parte contra la cual aquéllas se aducen la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.** En ese entendido, para que una declaración previa pueda incorporarse a la atestación producida en el juicio oral en tal calidad, deben satisfacerse los siguientes requisitos (Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950):

- (i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, no sólo físicamente, esto es, con su presencia en la diligencia, sino también funcionalmente, es decir, en condiciones de servir o ejercer efectivamente como medio de prueba. Por lo anterior, no podrá reputarse disponible el declarante que, no obstante concurrir al juicio, rehúsa comunicar los hechos que le constan, se niega a contestar las preguntas que se le formulan o las evade con respuestas artificiales que hacen imposible la adecuada confrontación.
- (ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. De lo contrario – es decir, de persistir el testigo en su narración primigenia – resultaría innecesaria cualquier referencia a lo dicho con anterioridad y la prueba consistiría sencillamente de lo que diga en la diligencia.
- (iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad”.

A su vez, indica la Sala de Casación Penal, que en la incorporación del testimonio adjunto resulta esencial que, en aras del ejercicio de las garantías de contradicción y defensa, sea el testigo quien dé lectura a la declaración anterior o excepcionalmente podrá hacerlo quien conduce el cuestionario, ante la imposibilidad física o cognitiva del interrogado; empero, no resulta válido que pueda realizarlo aquella persona que recaudó la información, por ejemplo investigadores, psicólogos, médicos u otro testigo.

“La razón es evidente: sólo si la lectura de la versión extra-juicio se hace durante el interrogatorio de quien la realizó se activa para la parte contraria la posibilidad real y efectiva de ejercer la confrontación de esos contenidos probatorios, pues el conainterrogatorio, que es la herramienta procesal primordial con la que cuenta para ese fin, está limitado por expreso mandato legal a «los temas abordados en el interrogatorio directo». Así lo ha precisado la Sala: «...para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”-, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo (...) (Cfr. 18 CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651).

Dicho de otro modo:

(...) la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente (Cfr. CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 43651)”

Colorario a lo anterior, amén del cumplimiento irrestricto de dichos parámetros, se hace necesario que la parte solicite en la vista pública la incorporación de una versión antecedente como testimonio adjunto y que el juez se pronuncie frente a esa postulación con una decisión positiva que permita su práctica.

En ese sentido la Corte ha sido clara al señalar:

“La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; mal podría el funcionario valorar como testimonio adjunto (esto es, como una verdadera prueba) una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente, pues con ello estaría arrogándose una iniciativa de la que está desprovisto (Cfr. CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 43651).

De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible violación del debido proceso probatorio”

En todo caso, debe darse la oportunidad a la contraparte, para que, si a bien lo tiene, exprese su posición sobre la admisión de esa prueba complementaria.

Ahora, la *prueba de referencia*, normativamente -*artículo 437 del CPP*- la define como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención del mismo, las circunstancias de atenuación

o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate cuando no sea posible practicarla en la vista pública.

Luego, en virtud del principio de libertad probatoria por cualquier medio, verbigracia testimonios, historias clínicas, informes entre otros, el juzgador podría adquirir el conocimiento sobre aquella declaración en la cual no se produce su inmediación, pues el testigo no está disponible para comparecer al juicio oral, es decir, su versión se obtuvo por fuera del debate público. También, se advierte que la prueba de referencia puede ser confrontada por la contraparte y finalmente, el juez de instancia será quien de conformidad a su raciocinio le otorgue el valor correspondiente dentro del conjunto probatorio, el cual es **menguado**, pues su **apreciación como fundamento de condena esta proscrita de no armonizarse con otros medios probatorios.**

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

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

Igualmente, en el juicio la parte deberá enunciar su uso, la contraparte tener posibilidad de controvertir su utilización y el juez de instancia permitir la práctica de la prueba.

Era necesario para esta instancia traer a colación estos postulados, pues su cumplimiento posibilitaría a la Fiscalía General de la Nación, la incorporación de los medios de prueba al debate público, como en el caso específico, **las declaraciones anteriores al juicio rendidas por la menor y su fallecida hermana.** Al revisar los registros orales, en primer lugar, se observa de manera palpable como la Fiscalía no hizo uso del procedimiento de incorporación probatoria del *testimonio adjunto*, pues tal vez por estrategia, al advertir algún tipo de imprecisión no le

convenia hacer uso de este medio suasorio que pudiera entorpecer la demostración de los hechos; empero, para su teoría del caso sí le resultaba necesario agotar el procedimiento de incorporación de la *prueba de referencia*, pues con ella demostraría la versión de una de las afectadas (fallecida) con el comportamiento libidinoso del acusado, procedimiento que realizó como se analizará más adelante, posterior al testimonio de la menor que compareció al juicio e inclusive de la ciudadana Alba Lid Arroyave.

Ahora, resulta claro que la judicatura, la defensa y la Fiscalía al parecer dieron por sentado la incorporación al debate de la **estipulación probatoria No. 6**, y con ello, de facto, la posibilidad de valorar las entrevistas que realizó la profesional en psicología del INMLCF sin necesidad de que compareciera al juicio, como que en el curso de los interrogatorios dando por probadas versiones anteriores, enrostraron las presuntas contradicciones a los testigos, como lo hizo en varias oportunidades el defensor (contrainterrogatorio) y el juzgado (preguntas aclarativas).

A manera de ejemplo veamos lo siguiente:

El defensor público en el contrainterrogatorio a la menor C.A.C le preguntó (*ver registro minuto 48:50*):

“Tu dijiste en una entrevista y aquí lo dijiste que, el abuelo los había dejado con llave en la casa, después de que pasaron las cosas que tu dijiste que pasaron que, él les lambió las partes íntimas, como tú dices que las violó, cierto, como dices tú, y después de eso se fue de la casa y cerró con llave la puerta”

Continuó preguntando la defensa (*ver registro minuto 51:48*)

“Tú nos dices aquí, le dijiste a la agencia fiscal y al señor juez que ustedes le contaron a la mamá y la mamá se desmayó, ¿eso es cierto?” la menor respondió “sí”, prosiguió el defensor “Sin embargo, cuando ustedes relataron esos hechos, cuando ocurrieron los hechos, al día siguiente jamás mencionaron eso, ¿usted sabe por qué no mencionaron eso? Que la mamá se había desmayado”.

Ahora, veamos como ejemplo una pregunta aclaratoria que formuló el Despacho en ese amplio interrogatorio que realizó (*ver registro minuto 5:17*).

“Bueno, Carolina, es importante también que le aclares al Despacho, tú dices que tú abuelo era la primera vez que te recogía en el colegio, o las recogía cierto” responde la menor “sí” continúa el Despacho “ Pero entre las pruebas que han ingresado en este juicio, cierto, hay información que indica que no era la primera vez que pasaba, que él acostumbraba a veces recogerlas, porque crees que dicen eso, tú dices que era la primera vez y hay pruebas que indican que te recogía en otras oportunidades, entonces es importante que nos aclares eso”.

Salta a la vista que, siendo la versión de la menor afectada el primer testimonio que se recepcionaba en la audiencia pública, la defensa y la judicatura dieron por probado, anticipando conclusiones, el relato de unas versiones previas presuntamente otorgadas por la menor sin enunciar de cuales se trataban y que hasta ese momento del trámite del juicio, no habían ingresado como *testimonio adjunto, ni prueba de referencia o inclusive, impugnación de credibilidad* para su debida contradicción. Ahora, aunque consideraran que la estipulación probatoria habilitaba conocer dichas versiones, **lo cual no quedó claro en el acontecer de la vista pública**, tal interpretación atentaría flagrantemente el debido proceso como se analizara a continuación.

Para mayor ilustración, rememoremos en qué consistía dicha estipulación probatoria, catalogada como la sexta:

Que de comparecer a juicio la doctora Patricia Inés Meneses Escobar, psicóloga forense del INMLCF, su testimonio sería en los mismos términos que rindió en la valoración psicológica contenida en los informes periciales No. DROC-GNPF-167-09 respecto de la menor C.A.C con RC. 31457991 y No. DROC-GNPF-168-09 de la menor C.A.C con RC. 31457992, ambos del 1º de septiembre de 2009, esto es que las menores ofendidas al momento de la valoración relataron la forma como ocurrieron los hechos los cuales quedan escritos en el informe y la conclusión de la psicóloga en el sentido que el relato de las menores es lógico, coherente y que no existe alteración psicológica en ellas²⁹.

Conforme lo anterior, se vislumbra que la Fiscalía y la defensa optaron por estipular única y exclusivamente que i) las **menores narraron la forma como ocurrieron los hechos y ii) la conclusión de la psicóloga**, es decir, el acuerdo versó por considerar probado **el hecho de que las menores agraviadas fueron valoradas por esa profesional, a quien se le comentaron los hechos en su evaluación arribando a dicha conclusión**, hecho diferente, a dar por sentado o probado el contenido íntegro de las versiones, con las circunstancias de modo tiempo y lugar específicas del hecho investigado, lo cual es susceptible de contradicción, atendiendo las formas propias del juicio oral para tal efecto.

Por ende, el análisis de la enunciada estipulación probatoria en un sentido diferente al resaltado por esta Sala, resulta jurídicamente inviable, pues iría en contravía de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 10º de la Ley 906 de 2004, en el cual se establece que el juez solo puede autorizar estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva ***“sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”***.

²⁹ Ver minuto 14:00 del registro.

Así las cosas, el artículo 356 del C.P.P., refiere que las estipulaciones probatorias recaen sobre los hechos y las circunstancias que conciernen al proceso, y que no impliquen la renuncia de garantías constitucionales como la *no autoincriminación*; de ahí que, esta proscrito ese tipo de acuerdos entre las partes sobre las pruebas del proceso penal.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 50696 del 4 de diciembre de 2019, resaltó:

“(i) el efecto principal de la estipulación es sustraer del debate algunos hechos o sus circunstancias; (ii) ello, naturalmente, incide en las decisiones de los jueces sobre las pruebas que se deben practicar en el juicio; (iii) en esa fase, el juez no conoce –ni debe conocer– el contenido de las pruebas; (iv) por tanto, si las partes estipulan pruebas y no hechos, el juez no tendrá elementos de juicio para establecer cuales aspectos factuales no serán objeto de controversia, ni, en consecuencia, para decidir sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento solicitados por cada parte para sustentar su teoría del caso.

Así, por ejemplo, si las partes “estipulan” la historia clínica o la necropsia, mas no uno o varios hechos que pudieran ser demostrados con esos documentos (cuyo contenido es complejo, en cuanto puede abarcar declaraciones del perito y de terceros, opiniones etcétera), el juez no tendrá elementos para establecer cuales aspecto del tema de prueba quedaron abarcados con las estipulaciones y ello, naturalmente, afectaría las decisiones acerca de las pruebas que se practicaron en el juicio”.

Se aprecia diamantinamente que, la evaluación errónea de las declaraciones anteriores al juicio, es la génesis del indebido análisis probatorio realizado por la jueza como fundamento de la sentencia de primer grado. Esta funcionaria, de manera reiterada en la audiencia, asumió y anunció bajo el entendido de conocer las pruebas que nunca fueron incorporadas al trámite, las presuntas contradicciones, realizando en el devenir de la vista pública un ejercicio que no le correspondía, pues en vez de formular preguntas aclarativas o complementarias, en realidad realizaba amplios cuestionarios sobre esos puntos presuntamente neurálgicos, pero inexistentes hasta ese momento en el proceso, dando lectura de fragmentos de las versiones anteriores (*sin identificar la diligencia o acto investigativo fuente de la declaración, y si provino de estipulación u otro medio de conocimiento*) que no habían sido incorporadas por la parte (Fiscalía o defensa), verbigracia, como también lo hizo en el testimonio otorgado por Alba Lid Arroyave, tía de las menores ofendidas, veamos:

“Usted en una versión que rindió anterior, que ya ingresó como prueba a este juicio, pues dice algo muy parecido, dice que Dios le puso algunas palabras en su boca y que le dijo a la niña, que si alguna persona algún día alguien la tocaba o le hacía daño me tenía que contar porque yo la iba a apoyar, ¿usted le dijo eso ese día? Que, si alguien la tocaba, o le hacía daño usted la iba a apoyar.”. (*Ver registro, minuto 38:54*).

“En la declaración que usted da ante la psiquiatra le dice, yo le pregunté a Catalina que, qué le había hecho el papito y ella se puso a llorar y me dijo que él le había hecho el amor y a Carolina, eso fue impresionante, el rostro era decaído lloraban, yo les pregunté que era hacer el amor y ellas respondieron, por qué da una versión allá y otra acá.”. (ver registro de la audiencia, minuto 40:38).

Ahora, la defensa ante este irregular proceder, igualmente resultó impávida y desacertada, pues además de no presentar oposición ante lo desarrollado en el juicio, no ejerció las potestades que tenía a su alcance para vislumbrar las presuntas contradicciones acaecidas con las versiones anteriores de los testigos de cargo, pues pudo *impugnar la credibilidad* de los declarantes frente a los puntos específicos que considerara relevantes para su estrategia defensiva, trayendo para ello a colación las declaraciones anteriores al juicio e incorporándolas conforme a la técnica; sin embargo, no lo hizo así, pues en eventos específicos solo se limitó a presentarle al declarante que en pasada oportunidad (sin especificar el cómo, cuándo, dónde y el tipo de diligencia) había dicho lo contrario a su versión actual, pero no sentó las bases para realizar el procedimiento de objeción enunciado.

“Sobre el particular, ha dicho la Corte que es necesario diferenciar si las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral se pretenden emplear para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos a través del refrescamiento de memoria o la impugnación de credibilidad de los testigos o como medio de conocimiento, es decir, como prueba de referencia o testimonio adjunto o complementario, cuando quiera que lo narrado en la entrevista sea inconsistente con lo declarado en el juicio.

(Cfr. CSJ SP105-2018, Rad. 43651):

En ese escenario, la Sala ha precisado que no puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba. **En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo.** En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como medio de prueba, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal³⁰. Subrayado de esta Sala de decisión.

En conclusión, son inadmisibles y por tanto no se pueden valorar las versiones anteriores al juicio frente a los testigos de cargo que, no se hayan incorporado debidamente al contradictorio, amén de las preguntas formuladas por la judicatura y la defensa en ese sentido, pues esa la sanción ante el anormal manejo que se dio a la audiencia pública del juicio oral.

No obstante, pese a que se limita el análisis probatorio en ese sentido, consideramos que en el curso del juicio se planteó la posibilidad de que existiesen imprecisiones o contradicciones por parte de los testigos de cargo conforme las pruebas debidamente introducidas en la audiencia,

³⁰ SP 2667-2019, Rad. 49509 del 17 de julio de 2019.

ello se advierte por la funcionaria *A quo* en algunas preguntas complementarias validas que realizó, amén de que el defensor público tuvo la posibilidad a través del contrainterrogatorio, como así lo hizo, de efectuar cuestionamientos con el objeto de dar relevancia a manifestaciones al parecer contrapuestas entre la menor compareciente, Alba Lid Arroyave y los demás elementos probatorios expuestos en el debate. En ese contexto, se **advierde otra fuente de posibles contradicciones que también fueron sustento del fallo absolutorio.** A partir de este punto (*lo declarado en el juicio*), la Sala circunscribirá el análisis pertinente.

Así las cosas, este Tribunal cuenta con el testimonio de la menor víctima **C.A.C** identificada con registro civil de nacimiento No. 31457992, quien conforme las circunstancias especificas relatadas, da cuenta como el señor Marco Aurelio Arroyave Lotero realizando actos libidinosos diversos al acceso carnal, puso el miembro viril en su vagina y le practicó sexo oral, lo cual realizó también contra su hermana **C.A.C** y de lo que fue testigo directa.

También se cuenta con la declaración de **Alba Lid Arroyave**³¹, tía de las menores ofendidas, y como se vio en la declaración de la menor víctima, era reconocida como su mamá de crianza. Esta ciudadana en su testimonio enunció las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las cuales se enteró de lo ocurrido con sus sobrinas.

En primer lugar, la declarante indicó que el 23 de abril de 2009, fecha de los hechos, su papá **Marco Aurelio Arroyave Lotero** había ido a verla antes del mediodía y dijo que se iba a quedar con las niñas. Ya que ellas habían sido criadas por los abuelos paternos, para ella era normal que él fuera de vez en cuando a verlas, entonces le dejó las llaves y él quedó en que pasaría por ellas. A la empleada que estaba en el momento a cargo de las menores, el señor Marco Aurelio fue y le dijo que no fuera a recoger las niñas, pues él se haría cargo de eso.

De esa primera manifestación, la ciudadana Alba Lid enuncia que en efecto el hoy procesado le solicitó ver a las niñas, que ella sin ningún tipo de oposición le entregó las llaves para tal efecto, pues no era extraño que de vez en cuando las visitara y, que según su conocimiento el señor Arroyave Lotero habló con la persona encargada del cuidado de las menores para recogerlas. En ese contexto, pese a que la menor víctima declarante en el juicio no conocía los aspectos antecedentes que hoy ilustra su tía, es decir, que su abuelo contaba con autorización para recogerlas y llevarlas hasta su casa, no desdibuja los dichos similares que narró la menor, los cuales se circunscriben a que el procesado habló con su cuidadora para no recogerlas en el colegio y se hizo cargo de las niñas desde ese momento.

³¹ Minuto 10:11 del registro.

Otro aspecto que no riñe con lo declarado por la menor, es haber señalado que su abuelo nunca las había recogido en el colegio, percepción que no se torna tan lejana a la realidad, pues lo señalado en el juicio por la señora Arroyave, como normal, es que el abuelo fuera de vez en cuando a ver las niñas, inclusive, en esos momentos les daba hasta monedas, es decir, se advierte la posibilidad de que esas visitas (que no eran reiteradas) no se hicieran en el colegio, sino en otros lugares.

Si bien, y en el tema de los trescientos pesos, la niña indicó que solo esa vez su abuelo le había dado dinero, no olvidemos en primer lugar, el escenario judicial donde se practicó la prueba y la afectación clara de esa diligencia judicial en el estado de ánimo de la menor conforme lo analizado en líneas anteriores, aunado a la edad de la testigo, pues cuando otorga su declaración tenía 12 años y los hechos ocurrieron cuando tenía 7 años, es decir, por el paso del tiempo, su impacto en la audiencia y ante el vago recuerdo **por no ser habituales las visitas de su abuelo**, es probable que lo declarado en ese momento resulte su percepción de lo acontecido, aspecto irrelevante para encontrar que su relato pueda ser falaz.

Sobre la forma como se enteró de los hechos, explicó la declarante que estaba laborando y al llegar a su casa como a las siete de la noche, notó que la puerta tenía pasador cosa que nunca había ocurrido, por lo cual tuvo que tocar para que las niñas abrieran, preguntó por el acusado y este se había ido, luego una de las niñas (Catalina) le entregó el dinero que el abuelo le había dado, la otra menor (Carolina) que estaba en el baño, salió y ella le preguntó por el dinero que le había dado el abuelo y ella en tres oportunidades lo negó, por lo cual, la otra menor le tildó de mentirosa pues le habían dado el mismo dinero, solo que se compró un bombón. Seguidamente, la señora Alba Lid iba a reprender a la menor, pero no por el bombón como lo aclaró, sino por la capacidad de mentir. Luego procedió a castigar físicamente a la niña por lo ocurrido y le dijo que si alguien le hacía algo o le hacía daño que contaba con ella, por lo cual la menor le dijo que el “papito” le había “hecho el amor” a Catalina. Ante esa situación, llamó a su esposo y a la otra niña y le preguntó a ésta que le había hecho el abuelo y ella dijo que “el amor”.

Señala posteriormente, que llamó a María Bernarda Barrera, madrina de una de las menores, pues era abogada y trabajaba en los 14 municipios con el tema de violencia intrafamiliar, persona que llegó junto con la empleada Luz Elena. Aduce que, María Bernarda empezó a hacerles preguntas a las niñas y ahí comentaron que el abuelo les había lamido la vagina. Posteriormente, se dirigieron al CAIVAS de la Fiscalía y le contaron lo sucedido a su hermano Rafael Arturo Arroyave.

También, enunció la declarante que posteriormente tuvo que esperar las valoraciones de las niñas ante Medicina Legal, también debieron esperar el curso de la investigación para que acudieran a su casa, no recuerda el día y, que llevó a las menores al Hospital Santa Mónica, pero tampoco recuerda más detalles. También refirió que los hechos ocurrieron en la habitación del niño de su esposo, Juan Camilo Hincapié, quien vivió con ellos, pero no se encontraba en la casa para ese día.

Aclaró la testigo que Juan Camilo, siempre ha estado con la abuela paterna desde que ella se hizo cargo de las niñas, por lo cual para evitar que él estuviera solo con ellas, cuando estuvieran todos en casa el menor podría ir a dormir. También la señora Arroyave reconoció que su padre había sido muy cariñoso con las niñas, quienes lo tenían en un buen concepto por los dulces y las monedas que les daba, pero nunca tuvo con ellas comportamientos agresivos.

También aclaró que las niñas antes de vivir con ella, lo hacían con los abuelos (padres de la testigo), pero al fallecer la abuela de las menores, a quien en su momento reconocieron como su propia mamá y ante el abandono de los padres biológicos, la señora Alba Lid se hizo cargo de ellas, información coincidente con lo que manifestó en el juicio **Leidy Johana Cardona Uribe** (*ver registro desde el minuto 28:36*), madre biológica de las menores ofendidas, y el señor **Álvaro Arroyave Arango**, padre biológico de las niñas (*ver registro desde el minuto 17:44*). Este ciudadano, hijo del procesado Marco Aurelio Arroyave Lotero, indicó que la señora Alba Lid tenía una buena relación con él (buena relación de padre a hijo), y después de los hechos la misma se deterioró.

En este punto, se analizará lo dicho por la ciudadana **Luz Amparo Arroyave Arango** (*ver registro desde el minuto 32:04*), tía de las menores ofendidas e hija adoptiva del señor Marco Aurelio Arroyave y su cónyuge, quien en su versión indicó que entre ambos (Alba Lid y Marco Aurelio) su relación fue mala, porque Alba trataba de hacerle la guerra, insistiendo a su mamá que se vendiera la casa y se fueran para cuba, que vendieron la finca y Alba Lid se quedó con un parte de esa plata.

El objeto de verificar este testimonio, radica en que la primera instancia le dio valor a esa presunta confrontación, para entender un motivo del porque Alba Lid alienaría las menores en contra de su abuelo. Si se analiza esa versión, resulta insular frente a lo atestiguado, no solo por lo dichos de **Alba Lid Arroyave**, sino también por su hermano **Álvaro Arroyave Arango**, quien denotó la existencia de una buena relación padre e hija, vislumbrándose por la Sala de su interrogatorio, que para esa época le era factible a este ciudadano conocer esos aspectos, pues

hasta antes de que falleciera su mamá, él visitaba y mantenía con las niñas que estaban a cargo de sus padres.

De ahí que, si la señora Luz Amparo observó alguna discusión o controversia por factores económicos hasta antes del fallecimiento de la esposa del acusado, no tiene relevancia sustancial para enmarcar una animadversión de Alba Lid contra su padre pues: i) las supuestas discusiones ocurrieron cuando vivía la esposa de Marco Aurelio, luego las niñas vivían con ellos; ii) Alba Lid se hace cargo de las niñas después del fallecimiento de la mamá, y el señor Marco Aurelio las visitaba poco, es decir la relación era distante; y iii) la declarante no aclaró o precisó en que consistía la presunta discusión entre los familiares más allá de dos eventos por unos predios, como para entender un posible móvil o motivo de involucrar a este señor injustificadamente en unos hechos tan graves.

Luego entonces, esta Corporación no encuentra ningún elemento que permita entender que la menor haya faltado a la verdad y que Alba Lid constriñó o alienó lo referido por las menores de edad en contra de su abuelo. Recordemos que en el análisis se descarta todo aquello que censuraron de sus versiones la judicatura y la defensa, **con fundamento en declaraciones anteriores al juicio.**

Por otro lado, del testimonio rendido por la señora **Alba Lid Arroyave** en la vista pública, se tiene como una actitud normal, consecuente u obvia que, una persona responsable se duela por lo ocurrido con sus familiares, más si son menores de edad que al parecer han sufrido una afectación de las dimensiones que se han ventilado. Luego, que haya solicitado información a las menores una vez advirtió irregularidades en su comportamiento, resulta lógico, amén que, una vez verificada la situación vulneradora de sus intereses jurídicos le resultaba válido preguntar ¿qué pasó?, ¿cómo pasó?, ¿en qué circunstancias? ya que el agresor resultó ser su propio progenitor y abuelo de las niñas.

De ahí que, el hecho de buscar ayuda en un profesional del derecho, como al parecer lo hizo la declarante con la madrina de la menor, para de esta forma tener una mejor disposición de afrontar la problemática, no se compagina a criterio de este Tribunal, con el análisis realizado por la jueza de instancia, cuando incurrió en el error recurrente en el curso del juicio, de lanzar conjeturas al momento de realizar preguntas “complementarias”. (*Ver desde el minuto 40:31, del registro de audiencia*) y desde esa óptica desvelar la presunta alienación sobre las víctimas en el señalamiento de su abuelo como el autor de los hechos, veamos.

“Dice usted que llamó inmediatamente a la madrina de una de las niñas que es abogada y que ella vino, entrevistó a las niñas y las interrogó, ¿eso es verdad? **Respondió.** Si. **Preguntó.** ¿Usted estuvo presente en esa entrevista? No. **Continúa el Juzgado.** No estuvo presente... Porque no estuvo presente. **Respondió.** Porque ella como vio que las niñas estaban llorando ella me dijo que las iba llevar a la habitación y les iba a preguntar. **Continúa el Despacho.** No sabe en que términos manejo ella esa entrevista. **Contesto.** No. **Preguntó.** Usted sabe si ella tenía experiencia en entrevistar menores abusados. **Contestó.** Si doctora. **Preguntó.** ¿Tenía experiencia? **Respondió.** Yo creo que uno de los motivos por los que llamé a María (inaudible) es como ella estaba en los 14 municipios manejando violencia intrafamiliar... **la interrumpe la Jueza...** **No es que una cosa es violencia intrafamiliar y otra es menores abusados...** **Continuó** la declarante. Entonces ahí me decía de mismas hermanas que abusaban de las hermanitas y de todo entonces he... **interrumpe el Despacho y preguntó.** Sabe usted si ella tuvo alguna formación en entrevistar menores abusados, alguna formación académica específica en ese tema. **Respondió.** No, no sé, no lo sé.

Ahora, Alba Lid en su versión refiere alertarse de que algo extraño ocurría el día de los hechos, cuando observó la mentira de su sobrina al ocultar que su abuelo le había dado 300 pesos. También, la testigo reveló de manera voluntaria, sobre una presunta revelación que tuvo con su progenitora, cuando posterior al mes de diciembre, época de su fallecimiento, soñó que aquella le decía en varias oportunidades cuando veía a su papá, *“tenerme que morir yo y resucitar para darme cuenta quien es usted”* (ver registro 38:16), la testigo lo relacionó de manera posterior a lo sucedido, es decir, ya después de enterarse de lo que pasó, ató cabos de aquella posible premonición, e inclusive llegó a relacionarla con el palpito que tuvo ese día, cuando no fue a entrenar de manera habitual, por irse a su casa a ver a las menores.

Lo discernido anteriormente, contrario a lo analizado en la sentencia de primer grado, no tiene la suficiente entidad para estimar los señalamientos de las menores como direccionados por Alba Lid en contra del acusado, pues de lo visto en la declaración de esta señora, se puede entrever que el contacto con las niñas al enterarse de la mentira, fue ejercer un castigo sobre quien incurrió en esa falta, pero después recuperar su confianza para establecer el motivo de aquella, más no constituir una idea de que su abuelo les había hecho algo malo, como que inmediatamente de ocurrir los hechos busca ayuda y se activa la ruta de atención de las menores a través de las autoridades.

No puede soslayarse que precisamente en esa ruta de atención, las niñas fueron sometidas a valoración psicológica, tal como quedó estipulado, ora atendiendo el sentido al que ha hecho referencia esta Sala de decisión en apartado anterior, la profesional en esa materia **concluyó que las menores habían tenido relatos lógicos, coherentes y que no existía alteración psicológica en ellas**, lo cual no indica que su relato sea verdad; empero, sí resulta un hecho indicador que junto con el cumulo probatorio, permiten colegir que en aquel momento **no se avizoraba la existencia de algún aspecto que afectara su voluntad o consentimiento** al señalar al procesado como el autor de los hechos.

Ahora, se escuchó en declaración a **Flor Marina Tangarife Rotavista**, Investigadora del CTI, a quien se le asignó orden de trabajo de identificación, búsqueda de antecedentes, inspección al lugar del hecho, arraigo, entrevista a las menores, y por medio de la cual la Fiscalía incorporó al debate público como *prueba de referencia* la **entrevista a Catalina (QEPD), de agosto de 2009**, quien para esa diligencia estuvo acompañada de Alba Lid y la defensora de familia.

En ese sentido, sin oposición de la defensa y con la venía de la judicatura la testigo dio lectura de la evidencia No. 1, entrevista otorgada por aquella menor (*ver registro 1:00:20*).

“Son mis nombres y apellidos como quedaron escritos anteriormente, tengo siete años de edad, vivo en la manzana E casa 12, B/ Álvaro Patiño Amariles, teléfono 315 7784, estudio en el colegio de frailes, Agustín Nieto Caballero, en el grado primero de primaria, la profesora se llama Nelsy y vivo con mi papá Jesús, mi mamá Alba, mi hermano de nombre Camilo de 10 años de edad y mi hermana Carolina de 7 años de edad, sí quiero que mi mamá esté acá y no sé porque estoy aquí, sí conozco las partes de mi cuerpo cabeza, cachetes, nariz, boca, ojos, los pechos, las nalgas, las piernas, los brazos, la cuca pero se llama vagina, si he recibido besos y abrazos de mi mamá pero cosquillas no. PREGUNTADO. Ha recibido en alguna ocasión tocamientos en alguna parte de su cuerpo por parte de otra persona. RESPONDIÓ. Sí, don Aurelio me tocó la vagina, el estaba en la casa mía, porque él nos iba a recoger a la escuela, él tiene siempre cachucha, y es mi abuelo, me lambió la vagina, eso paso en la pieza de mi hermano Camilo, eso paso en horas de la tarde, yo tenía puesto un pantaloncito hasta acá (señala la rodilla), era de flores, una blusa azul y los cucos, me quitó toda la ropa, me acostó en la cama de mi hermano, me colocó el pipi en la vagina, él se subió también a la cama, mi hermana carolina estaba en la pieza mía y yo la llamé duro, Carolina y ella vino y él le hizo lo mismo a mi hermana y yo me fui a vestir en mi pieza, él me dijo que no le contara a mi mamá y yo le conté por que ella siempre dice que le digamos la verdad y yo siempre digo la verdad, él se quitó el bóxer hasta los pies y los bóxers eran de color verde, pero yo me tapé con la cobija para no verlo, yo a él no le hice nada, él no me dijo que le hiciera algo y luego siguió con mi hermana y después se fue, el tenía puesto un pantalón café y una camisa amarilla, eso pasó una sola vez, cuando le conté a mi mamá no sé para donde se fue el abuelo y mi mamá me llevó al hospital, desde que el abuelo nos hizo eso no lo volvimos a ver, no quiero volver a verlo, mi hermano camilo en ese momento estaba estudiando, no es más lo que tengo que decir”

En el contra interrogatorio, la defensa auscultó a la investigadora por el comportamiento de la menor en la entrevista y la testigo refirió que ésta no sabía porque estaba rindiendo la diligencia, pues cuando la defensora de familia empezó a hacerle las preguntas, lo que sí notó, era que la niña estaba muy nerviosa y siempre que se le hacía una pregunta miraba a la mamá, quien tenía una expresión incitándola a hablar. La testigo, no tuvo certeza de que la niña haya sido coaccionada para rendir esa declaración, pero lo que si vio era que la niña estaba temerosa y tenía una actitud de que no sabía que decir.

Frente a esto, debemos analizar que ese comportamiento de miedo o temor al interrogatorio aunado a la reverencia hacia su tía, quien recordemos consideraba como su madre, no puede tomarse negativamente en contra de la menor para desestimar sus dichos, pues debe analizarse profundamente las circunstancias específicas cuando se recepcionó la entrevista: i) la menor

tenía 7 años, y está claro, no sabía porque estaba en esa diligencia; ii) el ambiente de incertidumbre para una niña de esa edad es comprensible, y obviamente, su soporte para afrontar dicha situación es la familiar quien al acompañaba a la diligencia. Luego, no resulta raro que la menor buscara el asentimiento de su tía para contestar; iii) En la entrevista no se dejó ninguna constancia por escrito o la testigo llegó a referir a la audiencia que, fuese la tía quien contestará o propiciara alguna de las respuestas.

En ese entendido iteramos, de lo colegido no se advierte elemento probatorio que permita entender con la lucidez que lo hizo la primera instancia, en que aspectos o circunstancias la señora Alba Lid pudo generar una idea en las menores víctimas, para involucrar a su abuelo como autor de los hechos, y más si del análisis de los restantes elementos de prueba se ratifican las versiones de las menores, como se verificará a continuación.

Teniendo en cuenta la *prueba de referencia*, se avizora que los hechos narrados resultan similares a lo acontecido y divulgado por las testigos de cargo, en específico con su hermana en: i) que su abuelo fue el agresor; ii) que estos hechos ocurrieron al interior de su casa; iii) que el abuelo se bajó su pantalón y ropa interior hasta los pies³²; iv) que no hubo penetración, pues el abuso consistió en lamer la vagina y poner el pene sobre esta, lo cual coincide también con lo declarado por la perito **Ligia Inés Aguilar Ángel**, Médica Legista del INMLCF³³; y v) las agresiones sexuales Marco Aurelio las realizó el mismo día y lugar a ambas niñas en similares circunstancias.

Frente a ese último aspecto, la médico legista en el juicio enunció que las menores al momento del examen adujeron: *“papito nos hizo el amor, nos lambió la vagina, nos metió el pene”*; no obstante, en sus hallazgos no encontró lesión en las menores, pues tenían genitales infantiles femeninos normales, no tenían lesiones traumáticas, el himen era anular integro no elástico, lo cual indicaba que no había sido desflorado, el tono anal normal y la forma anal normal, no se evidenciaron signos de contaminación venérea al momento del examen. También dejó claro, que su conclusión no descarta maniobras de tipo rozamiento o tocamiento.

Si bien, de ello puede advertirse alguna imprecisión, pues en la versión ante la Médico Legista las menores refirieron que hubo penetración y el examen sexológico lo descartó, aquella no es fundamental, pues lo cierto es que en la prueba **testimonial de referencia** y en el **testimonio de la otra menor en la vista pública**, se tornaron **coincidentes en el hecho de que su abuelo les**

³² La menor ante el interrogatorio de la Jueza de instancia, asintió que el procesado al ir por ella se fue con los pantalones abajo, que se veía todo chistoso tratando de caminar así (ver minuto 7:15 del registro).

³³ Ver minuto 5:59 del registro.

había puesto el pene en la vagina. Esa percepción, se advierte normal desde la cosmovisión del infante que no puede discernir entre la diferencia de introducir o poner, como concepto de lo que podrían conocer cómo “hacer el amor”.

En ese sentido, vale la pena traer a colación la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el **radicado 41948 del 25 de enero de 2017 -SP666-2017-** con ponencia del H. Magistrado Eyder Patiño Cabrera, cuando establece la posibilidad de penetración parcial del miembro viril en la región vulvar de la vagina, zona externa, distinto a la penetración completa en el introito vaginal. Veamos:

“La Sala advierte que el Tribunal no solo parte de una premisa distinta a la señalada en el artículo 212 del Código Penal, sino que también desconoce el criterio de la Corte, en cuanto a que el delito de acceso se estructura con la penetración incompleta del miembro viril.

En efecto, dicho precepto define el acceso carnal como “la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquiera otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

Este concepto no contempla que el acceso carnal tenga que ser propiamente en la vagina, sino vía vaginal, descripción que obedece a que el ingreso a ese punto ya implica atravesar los órganos genitales externos de la mujer. (...)

(...) la jurisprudencia de la Corte tiene suficientemente decantado que el acceso carnal se entiende consumado con la penetración parcial del miembro viril en la vagina, comprendida ésta en su estructura integral, más no exclusivamente como el conducto vaginal. (...) (CSJ AP, 25 sep. 2013).

(...) El anterior referente doctrinal y jurisprudencial, así como la descripción contenida en el artículo 212 del Código Penal, conduce a señalar que el acceso carnal, vía vaginal, se estructura desde el momento en que se ha ingresado en la región vulvar pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, modalidad que reviste un injusto de acto sexual. En ese orden, resulta aventurado desvirtuar el delito de acceso carnal, bajo el supuesto no previsto en la ley, que la penetración a la altura del introito vaginal, no constituye esa ilicitud, como lo aduce el Ad quem, máxime cuando el legislador no contempló un punto anatómico a partir del cual se deba tener por estructurado ese comportamiento punible. Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que dicha conducta fue cabalmente ejecutada por el procesado. (...)

Esta interpretación que se trae a colación, nos evoca a pensar que, el tema de la penetración o no del órgano reproductor masculino (u otro elemento) en la vagina, resulta un aspecto de valoración e interpretación, de conformidad a la confrontación de los elementos probatorios recaudados que permitan comprender esa circunstancia. Ahora, si tan especial aspecto admite discusión jurídica y probatoria en el marco de un juicio, imaginémonos en la idea de una menor de edad, de escasos 7 años, realizar ese discernimiento para explicarlo una y otra vez a las autoridades que investigan los hechos, lo cual, a todas luces, puede llevarlo a la confusión de exponer lo acontecido; de ahí que, la crítica probatoria de la primera instancia al respecto no tenga fundamento.

Ahora, según las consideraciones esbozadas en el fallo de primer grado y de lo vislumbrado en el juicio conforme las pruebas plenamente introducidas, también se avizora la existencia de cierta discrepancia en el lugar específico donde ocurrieron estos actos, es decir, si aconteció en el cuarto del menor Juan Camilo, a quien las niñas consideraban como su hermano, o en la otra habitación de la casa.

Frente a este especial aspecto, recordemos la versión de la menor que compareció al juicio y de la señora Alba Lid, cuando adujeron que este niño no permanecía en ese lugar, siendo plausible que la menor declarante haya considerado que la habitación de Juan Camilo fuese la suya, y ello se puede entender cuando señaló que Camilo solo iba a esa casa a almorzar, y no definió si vivía allí o no, lo cual sí fue aclarado por Alba Lid, al referir que el menor mantenía con su abuela.

También, ésta acreditado por la investigadora Arroyave cuando explicó los pormenores de la inspección al lugar del hecho que, además del cuarto de los padres, en la casa había dos habitaciones más, es decir, una de ellas al parecer pertenecía a Juan Camilo y la otra a las niñas; no obstante, en las fotografías incorporadas solo se avizoraron dos camas, una por cada uno de esos cuartos.

Así las cosas, la circunstancia decantada por la jueza de instancia en la sentencia, de por si no se puede considerar una confusión en el dicho de la menor, en el entendido que durante el juicio quedó determinado como la estancia de Juan Camilo en esa residencia era temporal; de allí que, claramente se trate de una habitación que las niñas pudieron compartir con ese menor. Aunado a ello, la víctima que concurrió al juicio ratificó que los hechos se presentaron en la habitación que reconoce como suya, por tanto, los argumentos del *A quo* en tal aspecto resultan insuficientes para desechar las pruebas de cargo.

Con Flor Marina Tangarife Rotavista, quien realizó inspección al lugar de los hechos el 25 de septiembre de 2009, suscribiendo el informe correspondiente, se incorporó al juicio ese informativo con el álbum de 10 tomas fotográficas. Al respecto, la testigo describió el inmueble y señaló que desde el acceso a los cuartos de los menores se aprecia que primero está la habitación de Juan Camilo donde ocurrieron los hechos y posterior el cuarto de las niñas, los cuales se encuentran divididos por una pared. Que, si bien existe una ventana en la última habitación, tiene acceso hacia la calle, lo cual denotaría la imposibilidad desde ese cuarto ver al otro.

Si analizamos en este punto, se presentaría un aspecto que debe aclararse, pues la menor contó en el juicio que cuando se encontraba en el otro cuarto y estaba encima de la cama, vio el momento de la agresión a la otra niña. Luego el reparo de la primera instancia y que motiva su

decisión, radica en la imposibilidad de la menor desde su posición, al encontrarse en la otra habitación haber observado los hechos; sin embargo, consideramos que el análisis fue precario y no se circunscribió al total del caudal probatorio, y mucho menos, se realizó un análisis minucioso a las versiones (debidamente incorporadas al juicio) de las menores víctimas.

Ya hemos referido que no hay disparidad sustancial en el lugar donde se presentó el acontecer factivo, y ello también parte de lo acreditado en la inspección judicial y de aquello que expuso en audiencia la testigo, de que los cuartos estaban contiguos el uno al otro solo separados por una pared, pero con mismo espacio de acceso, teniendo en cuenta que no había puertas. En ese contexto, vislumbra la Sala que la circunstancia enunciada por la jueza de instancia no tiene la suficiente envergadura para desestimar el relato de las niñas, pues debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Los cuartos se encuentran conformados por un ambiente en el que solo los separa una pared, no hay puertas, entendiéndose que para llegar a la última habitación se debe pasar por la primera (referenciada como la de Camilo) siendo factible ver de un lado al otro, desde una posición frontal al ingreso, pues la conexión de cuarto a cuarto es un mismo pasillo dividido por la pared (ver imágenes 7, 9 y 10).
2. La *prueba de referencia (declaración)* establece que esa menor llamó a su hermana cuando estaban ocurriendo los hechos y ella acudió, lo cual es factible, pues al estar tan cerca las habitaciones era probable que la otra niña que se encontraba en el otro cuarto y sobre la cama, hubiese escuchado.
3. La testigo que comparece al juicio, relató que cuando acontecía la agresión de su hermana se encontraba subida en la cama, lo cual al analizarse la imagen No. 9, se advierte que en ese último cuarto la cama estaba pegada en paralelo a la pared que dividía el cuarto de camilo.
4. En el contrainterrogatorio la defensa revindicó a la testigo, pues le otorgó la posibilidad de aclarar que, cuando el acusado agredía a su hermana, ella se encontraba en la otra pieza y pudo observar porque se paró ahí (ver registro 50:54), es decir, resulta plausible que, ante el llamado de su hermana, la menor se alertara y pudiese haber observado lo que estaba ocurriendo sin necesidad de pasar al otro cuarto, solo con pararse en el ingreso, donde debería estar la puerta, tenía la posibilidad de ver la cama³⁴, pues ésta

³⁴ Ese aspecto lo aclara la señora Alba Lid ante las preguntas complementarias de la Judicatura indicó (ver registro, minuto 49:26) “A ver si un tercero se ubicara en la pieza de las niñas que es la que sigue a la de Camilo

también estaba pegada en paralelo a la pared que dividía las habitaciones, y desde esa misma posición su abuelo la pudo haber tomado del brazo, tal y como ella lo indicó.

Atendiendo este análisis, es claro que la judicatura en primera instancia no realizó una valoración pormenorizada de las específicas circunstancias contadas por la niñas, pues se limitó de manera muy general a sus dichos, sin entender que en este tipo de asuntos como lo demuestran las máximas de la experiencia, por factores como la edad cuando se otorga la declaración, el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos puede afectar los recuerdos, el nerviosismo del declarante al momento de adelantarse la diligencia judicial, impiden generalmente a los menores de edad ser exactos y descriptivos en sus dichos, por lo cual corresponde a las partes y al juzgador tratar de aclarar ciertas situaciones para procurar darse cuenta del acontecer fáctico, sin dejar de lado la valoración en conjunto y la corroboración periférica de esas versiones con las pruebas restantes.

Insiste esta Corporación que, los dichos de las menores se compaginan en un gran porcentaje en las circunstancias esenciales de los hechos y, por lo tanto, del análisis minucioso de cada versión es viable darles credibilidad, pues las inconsistencias advertidas en el curso del juicio y conforme los elementos debidamente incorporados al mismo, no resultan sustanciales para abolir su credibilidad, pues precisamente sería extraño que después de tanto tiempo la menor declarante recordara con lujo de detalles lo ocurrido.

Finalmente, frente a la prueba genética estipulada, la muestra de introito vaginal de la menor Catalina, conforme al informe pericial DRDO-LGEF-130201343 del 31 de diciembre de 2013, suscrito por la profesional especializada forense, del grupo de genética forense, Rocío del Pilar Lizarazo Quintero, en el cual solo se obtuvo un perfil genético femenino, debe decirse que no es una prueba contundente para descartar o afirmar la ocurrencia de los hechos, pues atendiendo la versión de las menores y de la Médica Legista, su abuelo no introdujo ninguna parte del cuerpo en la cavidad vaginal, pues según los dichos, solo lamió la vagina de cada menor; de ahí que, como el estudio se realizó en el introito vaginal, ante ese comportamiento, resulta probable que no se hubiese producido transferencia de fluidos o estos se hubiesen perdido con el paso de las horas.

De esta forma, consideramos que la comunidad probatoria es concluyente para establecer la responsabilidad penal del procesado, no resultando validos los planteamientos de la jueza de

cierto? Responde: Sí. Continúa: y quisiera ver lo que esta pasando en la cama de Camilo, donde tendría que estar ubicado ese tercero. Contestó: Junto a la puerta. Continúa. Junto a la puerta, no hay forma de estar dentro de la pieza. Contestó. No hay ventana.

instancia cuando pretende restar credibilidad a la prueba de cargo que se aviene no solo a prueba de referencia, sino también a prueba directa. Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia objeto de apelación, pues a su juicio se reúnen los presupuestos legales para proferir sanción penal por las conductas objeto de reproche.

Recordemos que, en contra del ciudadano **Marco Aurelio Arroyave Lotero**, se profirió acusación por la conducta penal descrita en el artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008, en concurso homogéneo y sucesivo *-artículo 31 del C.P.-* en los siguientes términos:

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”

Con la circunstancia de agravación punitiva de que trata el artículo 2011 del C.P., modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008:

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, **se aumentarán de una tercera parte a la mitad**, cuando:

(...)

5. Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> 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 alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre. (...)”

En este caso, se han demostrado los presupuestos objetivos y subjetivos de este comportamiento punible, como que el señor **Marco Aurelio Arroyave Lotero** con conciencia y representación de sus actos, aquel 23 de abril del año 2009, realizó actos libidinosos diversos al acceso carnal en contra de sus dos nietas de 7 años de edad, sin observarse ninguna causal excluyente de la *tipicidad*. Consecuentemente, frente a la *antijuridicidad*, se considera que efectivamente con ese comportamiento lesionó, sin justificación alguna, el bien jurídico tutelado de la integridad y formación sexual de las menores ampliamente referenciadas.

Sobre la culpabilidad, nos encontramos frente a una persona imputable, con capacidad de autodeterminación, en condiciones de conocer los alcances y consecuencias del injusto, sin que se advierta una inimputabilidad, ni siquiera transitoria, siéndole exigible un comportamiento

ajustado a las reglas sociales y respeto a los derechos fundamentales, en este caso de las víctimas del hecho, por lo cual resalta jurídicamente viable la imposición de una sanción penal.

8. PUNIBILIDAD Y OTRAS DECISIONES

Contra el ciudadano **Marco Aurelio Arroyave Lotero**, se le acusó por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (Art. 209 del CP.), en concurso homogéneo, que tiene una punibilidad básica de nueve (9) a trece (13) años, que es lo mismo ciento ocho (108) a ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión; sin embargo, en la medida que ese comportamiento punible se encuentra agravado conforme lo previsto en el artículo 211 numeral 5, del C.P., la anterior sanción sufre un incremento de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2), para quedar entre ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos treinta y cuatro (234) meses de prisión.

En consecuencia, pasamos a determinar cuáles son los cuartos en que nos hemos de desplazar, lo cual se expondrá gráficamente de la siguiente forma para mayor claridad, representado en meses:

Art. 209 C.P. Art 211 No. 5 C.P.	Cuarto mínimo	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto Máximo
Prisión (meses)	144 a 166.5	166.5 a 189	189 a 211.5	211.5 a 234

En ese sentido, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2º del canon 61 del Código Penal, al señor Marco Aurelio Arroyave Lotero no se le endilgó ninguna circunstancia genérica de mayor punibilidad, por lo cual debemos desplazarnos en el ejercicio de dosificación punitiva dentro del cuarto mínimo de sanción indicado, es decir, entre los ciento cuarenta y cuatro (144) a ciento sesenta y seis, punto cinco (166.5) meses de prisión.

Ora, atendiendo los parámetros del inciso 3º ejusdem, se tiene que el comportamiento investigado resulta grave, pues se sometió a abuso sexual a dos consanguíneas (nietas), siendo sujetos de especial protección constitucional por tratarse de dos (2) niñas de siete años de edad para la fecha de los hechos, personas que fueron objeto de tratos libidinosos y obscenos, atentando contra su dignidad humana, en detrimento y peligro de su óptimo desarrollo físico, mental, familiar y social de manera integral.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la Fiscalía no acreditó un daño tangible representado en dolor, sufrimiento o afectación emocional de las menores producto de la conducta punible, consideramos que con la pena mínima resulta suficiente para edificar la sanción por esos hechos, es decir la pena de **ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión**,

quantum punitivo que se incrementará en otro tanto, en **veinticuatro (24) meses** por el otro hecho, por tratarse de dos eventos de la misma naturaleza, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un concurso de conductas punibles de conformidad al artículo 31 del C.P., esto es, la pena definitiva a imponer será de **ciento sesenta y ocho (168) meses de prisión**.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 52 del Código Penal, se impone para el procesado, por el mismo lapso de la pena principal, la pena accesoria de **inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**.

Los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad (suspensión condicional de la ejecución de la pena y detención domiciliaria) resultan improcedentes en el presente asunto, pues atendiendo lo dispuesto en el artículo 68 A del C.P., los delitos atentatorios contra la libertad, integridad y formación sexual, inclusive contra los menores de edad, están proscritos para la concesión de esas prerrogativas³⁵.

En consecuencia, como quiera que en el trámite procesal no fue decretada medida de aseguramiento alguna en contra el acusado, pues la Fiscalía no la solicitó, en firme esta determinación se libraré la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la sanción. Así mismo, ejecutoriada la sentencia se libran las comunicaciones pertinentes atendiendo lo dispuesto en el artículo 166 del C.P.P.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No. 100 del 4 de julio de 2014, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, por medio de la cual se absolvió a **Marco Aurelio Arroyave Otero** de los cargos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso homogéneo.

SEGUNDO: CONDENAR a **Marco Aurelio Arroyave Otero** por los cargos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso homogéneo (Art. 209, 211.5 y 31 del C.P.), a la pena principal de **ciento sesenta y ocho (168) meses de prisión**, y a la pena accesoria de **inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, por igual término.

³⁵ Y las prohibiciones consagradas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

TERCERO: NEGAR Los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad (suspensión condicional de la ejecución de la pena y detención domiciliaria), atendiendo lo dispuesto en esta providencia.

CUARTO: EN FIRME esta determinación, se libraré la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la sanción. Así mismo, ejecutoriada la sentencia se libran las comunicaciones pertinentes atendiendo lo dispuesto en el artículo 166 del C.P.P.

QUINTO: Esta decisión se notificará siguiendo los parámetros legales previstos para la notificación de providencias en situación de pandemia, dejándose las constancias pertinentes.

SEXTO: Contra la misma procede la impugnación especial atendiendo el principio de doble conformidad³⁶ y el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(Firma electrónica)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado
(Firma electrónica)

(Firma electrónica)
WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Julian Rivera Loaiza

³⁶ Atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional en las Sentencias C-792/14, SU-215/16 y SU-146/20 y por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal decisión CSJ AP, 03 abr. 2019, Rad. 54215.

**Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

61db9ba311c5db9adc1bf27ef34d18668b7ba4315cc1d4112ee6d1e490707000

Documento generado en 06/06/2022 03:16:38 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**