

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Pereira, doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

ACTA DE APROBACIÓN No 232
SEGUNDA INSTANCIA

Acusado:	Carlos Eriberto Gómez Pinilla
Cédula de ciudadanía:	1.078.179.398 expedida en Dosquebradas (Risaralda)
Delito:	Actos sexuales con menor de catorce años
Víctima:	M.E.M.G. ¹ de 7 años de edad, para la época de los hechos
Procedencia:	Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Fiscalía y el apoderado de Víctimas contra el fallo absolutorio de fecha octubre 29 de 2018. Se revoca y condena.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- Los hechos fueron plasmados por el funcionario de primer nivel en el fallo confutado, conforme lo inserto en el escrito acusatorio así:

“El día 26 de octubre de 2017, a eso de las cuatro de la tarde, fue capturado por parte de la comunidad el señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, al interior de la casa 10 manzana 5 del barrio El Plumón Alto de Pereira, toda vez que fue sorprendido por la señora Daniela Arias Londoño en el momento en que abusaba sexualmente de la menor “M.E.M.G.” de siete años de edad, quien es sobrina del indiciado y residen en la misma residencia.

¹ De conformidad con lo reglado en el artículo 13 Numeral 1º de la Ley 1719 de 2014, se omitirá en la presente decisión, tanto el nombre del menor afectado, como el de sus familiares, por lo cual se usarán sus iniciales, con miras a garantizar su derecho a la intimidad y privacidad.

De acuerdo a la versión de la testigo Arias Londoño, observó cuando **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, tío de la víctima "M.E.M.G." la tenía acosada con una mano en los genitales de la menor, mientras que con la otra mano se sobaba su miembro viril, fue entonces cuando la ciudadana dio aviso a los vecinos quienes ingresaron a la vivienda y le dieron captura".

1.2.- A raíz de lo anterior, se llevó a cabo a instancias de la Fiscalía las audiencias preliminares (octubre 27 de 2017), por medio de las cuales: (i) se legalizó la captura del señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**; (ii) se le formuló imputación por el delito de **actos sexuales con menor de catorce años** -artículo 209 C.P.-, con las circunstancias de agravación previstas en los numerales 2° y 5°, artículo 211 ídem, los cuales **NO ACEPTÓ**; y (iii) se le impuso como medida de aseguramiento la detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- La Fiscalía presentó formal escrito de acusación (diciembre 01 de 2017) donde le endilgó iguales cargos al imputado **GÓMEZ PINILLA**, **-con excepción del agravante contemplado en el numeral 2°, art. 211 C.P., por el cual no se le acusó-**, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito, autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (febrero 15 de 2018), preparatoria (mayo 03 de 2018), y juicio oral (septiembre 11 de 2018), al final del cual se dictó un sentido de fallo de carácter absolutorio, y en octubre 29 de 2018 se dictó la correspondiente sentencia.

1.4.- Para llegar a esa determinación, el A-quo luego de hacer alusión a los hechos que fueron estipulados, consideró que no se controvertió que en octubre 26 de 2017, a las 16:00 horas, aproximadamente, el señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ** se encontraba en la misma habitación de la menor M.E.M.G., lo cual surge claro de lo dicho por DANIELA ARIAS, la entrevista de ELISAÍN MACHADO, como prueba de referencia y las circunstancias de tiempo modo y lugar como el procesado fue capturado.

Como quiera que la Fiscalía renunció a escuchar la declaración de M.E.M.G., procedió a analizar la entrevista rendida 17 horas después del hecho ante funcionaria del CTI, así como lo narrado 45 minutos después a la médica forense del INMLCF, donde se tiene que en la **primera** al preguntársele si alguien le indicó que debía decir manifestó "no sé"; y en la **segunda** usó la palabra "**violó**", la que según la profesional no es propia para una niña de 07 años, por lo que deduce que alguien tuvo que haberla incorporado en la menor. Igualmente, de lo referido por la pequeña, resalta el conocimiento de la suerte de su tío, esto es que estaba en la cárcel, situación que para ella no era posible conocer, aunado a que luego de sucedido el hecho, mientras un agente

custodió al procesado, otro se quedó con M.E.M., sin saberse qué le dijo el uniformado en dicho momento, pese a ser información relevante, ya que la Fiscalía no practicó tal testimonio.

Considera que las entrevistas que entregó M.E.M.G. son diametralmente diferentes, solo concuerdan en la presunta existencia de un acto de índole sexual, sin determinarse qué fue lo que allí pasó, ya que en un primer momento refirió tocamientos al parecer repetitivos y en diversos lugares de la casa, desconociéndose si todos se dieron en ese día, pero ante medicina legal solo mencionó uno y que en esa ocasión sí le quitó su ropa. También a la forense le dijo que le "había metido el dedo", lo que no reportó en su inicial entrevista, lo que se descarta con los resultados del examen forense, y si bien como lo dijo la profesional, para una menor la vagina es todo su aparato genital, lo que explicaría su afirmación, ello no acontece con los verbos "meter" y "tocar", que la pequeña podría diferenciar, sin usar tal descripción en la primera entrevista. Aunado a ello, el estado anímico que mostró M.E. en la valoración, no era concordante con el actuar de una niña agredida sexualmente, y se advierte que el testimonio de M.E.M.G. fue contaminado desde el momento de la comisión del hecho, al inducirle detalles o circunstancias que no sucedieron o no tenía forma de saber de su ocurrencia.

Lo expuesto en la entrevista por ELISAIN MACHADO RENTERÍA, no ofrece elementos para corroborar de forma directa un actuar de índole sexual del acusado hacia M.E.M., al no reportar manoseo alguno de parte de **GÓMEZ PINILLA**, además de decir que la menor estaba totalmente vestida, y al concatenar tal dicho con lo narrado por M.E.M. en su entrevista, quien dijo que no vio las partes íntimas de su tío, permite colegir que esta se encontraba dormida -tal como lo afirmó el acusado en juicio-, aunque ello no es más que un indicio que no esclarece lo acontecido, y solo soporta que ambos estuvieron en una misma habitación.

Por su parte, DANIELA ARIAS LONDOÑO, dijo observar a la niña sentada en la cama con el vestido recogido a nivel de las piernas, que CARLOS tenía pantalón, pero no camisa y que le tocaba la pierna a la pequeña, razón por la cual lo aprehendieron; pero aun así tal testigo no pudo afirmar si esta tenía o no ropa interior. Ahora, si bien es cierto que de tal declaración se puede advertir un tocamiento, no es posible colegir su carácter libidinoso, pues dicha persona no es testigo directo de lo sucedido sino de corroboración o indiciaria, sin que concuerde con lo dicho por ELISAIN y lo verificado en el registro fotográfico, acerca de la forma en que ingresó a la vivienda. Igualmente, en entrevista previa, la testigo dijo haber visto a la menor con los interiores abajo, lo que contrasta con lo que dijo en juicio, al decir que no lo recordaba, pero que podía

afirmar que la niña tenía la ropa interior en tal condición. Considera en consecuencia, que tal testimonio es impreciso e incoherente, dada su falta de concordancia con lo dicho por ELISAIN, la inspección al sitio del hecho y además cambió abruptamente su versión respecto a un aspecto tan trascendente, lo que le resta credibilidad.

Estima que no es posible establecer más allá de toda duda qué fue lo que pasó en dicha habitación, ni siquiera los hechos que la Fiscalía expuso en la acusación, en tanto el núcleo central se limita a que **CARLOS ERIBERTO** y M.E.M.G. estaban en la misma habitación, y la explicación a ello lo es por cuanto era la que este ocupaba, donde se cambiaba de ropa **mientras la niña dormía**, como hipótesis altamente factible, y ante esa duda razonable no se puede emitir fallo de condena.

1.5.- Inconformes con tal proveído, el delegado del ente acusador y el apoderado de víctimas, apelaron el fallo y lo sustentaron de manera escrita, dentro del lapso de ley.

2.- DEBATE

2.1.- Fiscalía -recurrente-

Pide se revoque el fallo absolutorio proferido y en su lugar se emita uno de carácter condenatorio, lo cual sustentó así:

Parte de dos premisas que se deducen de las pruebas practicadas: **(i)** el relato de la niña guarda su núcleo esencial y estructural -el tío la tocó en sus partes íntimas-, y **(ii)** momentos previos a la captura, el acusado y su sobrina estaban solos en la habitación donde duerme la abuela de la pequeña.

El contenido de la entrevista es claro y contundente, y allí la menor refirió que SU "tío le tocaba con la mano la vagina [...] por encima y por debajo de la ropa", narración que no fue modificada por ella en sus otras intervenciones, en tanto a la médico legista le dijo, aunque en otros términos que "me manoseó, tocó, me metió el dedo por la vagina", e incluso se hizo alusión allí a lo que plasmó en la atención médica, sobre los tocamientos en área genital y mamas, y si le metió o no el dedo forma parte del léxico usado, pero nunca en contravía que su tío la manoseó o tocó la vagina con la mano, y que estos ocurrieron en tres veces en la pieza de la abuela y en la cocina de su casa.

En punto de la contaminación de la víctima, al usar la palabra "violó" ante la forense, por lo cual se le restó credibilidad, si bien un testigo puede ser

aleccionado para que diga ciertas cosas, también al escuchar reiteradamente eventos o palabras, terminan por decir situaciones diversas a las iniciales, e incluso algunas palabras cuyo significado no comprenden. No obstante, una niña de la edad de la víctima, conoce el término "violación", ya que particularmente los medios de comunicación o incluso en instituciones educativas se divulga, sin que por ello puede decirse que es un hecho contrario a la realidad, y aunque no se le preguntó a M.E.M.G. que entendía por "violación" ello está implícito en su relato. Ahora, aunque la menor antes del examen estuvo 45 minutos con funcionarios de la Policía, se pregunta el fiscal si ¿allí fue donde la contaminaron?, pero de ello no hay prueba, solo suposiciones, aunado a que esa alusión que hizo la médica fue circunstancial y sin mayor fundamento, más que su personal apreciación o conclusión de buena fe, sin descartar que la menor haya aprehendido dicha expresión en un instante, al ser mencionado por alguien cercano y antes del reconocimiento médico, por lo cual sus dichos no pueden ser percibidos como falaces.

En cuanto a la crítica del A-quo frente al comportamiento de la niña ante la médica forense, señala que el de una persona que ha sido abusada depende de muchas situaciones, entre ellas la clase o tipo de abuso, el autor o edad de la víctima, y acá debe examinarse el grado de confianza que le dio la médica, con lo que creó un espacio propicio que en lugar de capitalizarse negativamente, debe llevar a considerar con probabilidad de verdad sus manifestaciones en ese instante.

Respecto a la prueba periférica, se tiene que ELISAIN MACHADO vio una parte, esto es, al acusado sin camisa y con los pantalones y ropa interior abajo y en el mismo cuarto con la niña, por lo cual salió y le contó a DANIELA, y al regresar vieron el episodio subsiguiente, el acusado ya con los pantalones, sin camisa y M.E.M. en la cama, a quien indiscutiblemente tocaba en la entrepierna, lo cual es disiente de lo que ocurría. Estima entonces, que el manoseo que observó DANIELA sí es un hecho directo con clara intención libidinosa, y si bien ELISAIN no dijo en su entrevista en qué condiciones vio al procesado y a la pequeña, si se lo dijo DANIELA. Igualmente, el argumento del A-quo en el sentido que M.E.M. solo dormía y que el acusado se cambiaba de ropa carece de sustento, incluso la mamá de esta dijo que esa no era la habitación del acusado.

2.2.- Apoderado de víctimas -recurrente-

Pide se revoque la absolución y se emita condena, para lo cual expone:

Refiere que la decisión del A-quo se basó en el análisis que hizo de lo dicho por M.E.M.G. en la entrevista ante psicóloga del CTI y un perito del INMLCF,

las que al cotejar, sacó a relucir algunas incoherencias para concluir que son "diametralmente diferentes", al concordar solo en la presunta existencia de un acto de índole sexual de CARLOS hacía la pequeña, sin tener en cuenta que tal labor le estaba encomendada a la defensa, quien podría haber impugnado credibilidad de encontrar tales contradicciones.

El juez le restó importancia a la entrevista de ELISAIN MACHADO, que se estipuló (sic) e ingresó a juicio, donde se da por cierto que **CARLOS ERIBERTO** fue sorprendido con la camisa y los calzones abajo, mientras la niña estaba acostada en la cama, ante lo cual se aduce que supuestamente M.E.M.G. dormía, pero frente a ello se pregunta **¿qué hace una persona desnuda en una habitación de una menor cuanto estaba sola?**, ELISAIN no tenía nada que ganar o perder pues le habían dado hospedaje en la casa; y **¿por qué tuvo el valor civil de correr y contarle de inmediato a su vecina?**.

De lo dicho por DANIELA ARIAS en juicio, si bien se le da credibilidad, se le resta importancia al precisarse que dicho tocamiento en la pierna no puede tenerse como un hecho libidinoso. Tampoco se tuvo en cuenta lo expuesto por el policial JORGE MÉNDEZ, quien relató que al ingresar al inmueble encontró a una niña y un señor que estaban en una habitación, este último sin camisa y en actitud sospechosa, con el pantalón desabrochado y nervioso, al parecer resguardándose de la gente.

El A-quo tampoco tuvo en cuenta lo narrado por la psicóloga DIANA CAROLINA ARISTIZABAL, quien narró en juicio que al acudir al lugar del hecho, se entrevistó con los familiares de M.E.M. y al día siguiente fue a la clínica donde estaba internada la menor, dialogó con esta y encontró rechazo por parte de la madre de M.E.M., al decirsele que nada tenía que hacer allí, deduciéndose una falta de colaboración que podría justificarse al tratarse de su hermano **CARLOS ERIBERTO**.

2.3.- Sustentado el recurso, el A-quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación, con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004

-modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesto y debidamente sustentado el recurso de apelación contra providencia susceptible de este recurso, por parte del fiscal delegado y del apoderado de víctimas.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal establecer si la decisión absolutoria proferida en favor del señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, si lo que procede es su revocatoria y en su reemplazo dictarse una sentencia de condena, como lo pide el delegado del ente acusador y el apoderado de víctimas, como recurrentes.

3.3.- Solución a la controversia

No observa la Colegiatura la existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo adoptado por el A-quo.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca del compromiso de la persona involucrada, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Los hechos que le fueron endilgados por parte del órgano persecutor al ciudadano **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, los hizo consistir en que el día 26 de octubre de 2017, a eso de las cuatro de la tarde, dicha persona fue capturada por parte de la comunidad al interior de la casa 10 manzana 5 del barrio El Plumón Alto de Pereira, al haber sido sorprendido cuando realizaba tocamientos a la menor M.E.M.G. de 07 años de edad para ese momento, de la cual es su tío por línea materna.

En desarrollo del juicio oral, se procedió a recibir, como pruebas de la Fiscalía, las declaraciones de JORGE OLMEDO MÉNDEZ -Intendente de la Policía-, DANIELA ARIAS LONDOÑO -testigo-, ANA GRACIELA GÓMEZ PINILLA -madre de la víctima y hermana del procesado-, ADRIANA YANETH MENDOZA JIMÉNEZ -médica forense

del INMLCF-, con la cual se incorporó el dictamen médico sexológico practicado a la víctima, y DIANA CAROLINA ARISTIZABAL OCAMPO -investigadora del CTI-, con quien se allegó como prueba de referencia, las entrevistas rendidas por M.E.M.G. -víctima- y del señor ELISAÍN MACHADO RENTERÍA -testigo-.

Igualmente, se estipularon probatoriamente, los siguientes hechos: (i) que M.E.M.G., nació en mayo 21 de 2010, lo que se acreditó con su Registro Civil de Nacimiento²; (ii) la plena identidad del señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**; (iii) que el procesado carece de antecedentes penales³; (iv) que el lugar donde acaecieron los hechos fue en la casa 10, manzana 5 del barrio Plumón Alto; y (v) que de comparecer a juicio la investigadora ADRIANA VÉLEZ, introduciría la fijación fotográfica donde se describe la vivienda donde ocurrió el hecho.

Por su parte, la defensa del procesado arrió a juicio, únicamente el testimonio de MARGARITA MACHADO TORRES -prima del procesado-.

En este evento en concreto, el funcionario de primer nivel luego de analizar las pruebas arrimadas a juicio consideró que, salvo haberse acreditado que en la vivienda ubicada en la manzana 5 casa 10 del barrio Plumón Alto, se encontraban solos la menor M.E.M.G. y su tío **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ**, respecto de lo que allí sucedió solo emerge duda probatoria, dada la divergencia entre las entrevistas entregadas a solo horas del hecho por parte de la niña, sin que con la sola prueba de referencia y de corroboración se logre dilucidar que aconteció en tal vivienda, ante lo cual emitió un fallo absolutorio.

Por su parte, tanto el delegado de la Fiscalía como el apoderado de víctimas, indicaron que a juicio sí se arrimó prueba con la cual se soportó la responsabilidad del procesado en los hechos que le fueron atribuidos, por lo cual piden se emita un fallo adverso.

Como bien es sabido, uno de los rasgos esenciales de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, es que su comisión se presenta en la clandestinidad o en ámbitos reservados o privados, y ello lo es por cuanto el agresor procura que nadie los perciba, por lo cual se han denominado como "delitos a puerta cerrada" ⁴, al acaecer fuera del alcance de cualquier observador, y en consecuencia el único testigo de la agresión o abuso resulta ser la propia víctima, y acorde con lo que en este asunto en particular se

² Indicativo serial 44482850, NUIP 1.078.180.221.

³ Se soporta con oficio S-20170617296/SUBIN/GRIAC-1.9 de octubre 26 de 2017, suscrito por el administrador de la información de la SIJÍN MEPEP.

⁴ CSJ SP7326-2016, 01 JUN. 2016, rad. 45585.

ventiló en juicio, se tiene que los hechos por los que fue acusado el señor **ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, ocurrieron en el interior de la vivienda de la madre de este y a su vez abuela de la niña M.E.M.G., ubicada en la manzana 10, casa 5, barrio el Plumón Alto de esta capital.

En este caso, se tiene que de los hechos que fueron materia de investigación, dieron cuenta de manera inicial a los investigadores tanto los señores ELISAIN MACHADO RENTERÍA, DANIELA ARIAS LONDOÑO como la menor M.E.M.G.; no obstante, en curso del juicio oral, solamente se contó con la presencia de la señora DANIELA ARIAS, por cuanto respecto a la niña el delegado del ente acusador renunció a su comparecencia a juicio, por lo cual incorporó como prueba de referencia la entrevista que la misma rindió, como así lo tiene consagrado la jurisprudencia, tratándose de menores víctimas de delitos sexuales, y una vez se acreditó las exigencias a que aluden el canon 438 C.P.P., se procedió de igual manera a incorporar como prueba de referencia la entrevista que rindió el día del hecho el señor ELISAIN MACHADO.

De acuerdo con lo informado en sede de juicio por parte de la psicóloga e investigadora del CTI, DANIELA ARISTIZABAL OCAMPO, se desprende que el mismo día del hecho se desplegaron sendos actos urgentes -toma de entrevistas a los testigos-, los que continuaron al día siguiente -con la entrevista a la niña y examen médico legal- de los cuales se extrae que los testigos y la menor M.E.M.G., dieron cuenta a las autoridades sobre los hechos suscitados en la tarde del día 26 de octubre de 2017, todos alusivos a los presuntos actos abusivos de que fue víctima la menor por parte de su tío **ERIBERTO GÓMEZ**.

No obstante, ELISAÍN y M.E.M.G., quienes presenciaron de primera mano los hechos acaecidos en el interior de la vivienda, no concurrieron a juicio, y en consecuencia, las entrevistas que entregaron ingresaron como prueba de referencia, y por ende es cierto desde luego, que en lo que atañe a estas, dada la imposibilidad en que se encuentra la contraparte para ejercer el derecho de contradicción o confrontación, comporta una valoración menguada en punto de su confiabilidad, y por ende un fallo de condena no puede fundarse exclusivamente en esta clase de pruebas, como lo establece el artículo 381 CPP.

Ahora, el hecho de que solo tengan la condición de pruebas aquellas practicadas en presencia del juez de conocimiento, con satisfacción de los principios de publicidad, contradicción y confrontación, al tenor de lo reglado en el dispositivo 16 CPP, no significa que las pruebas de referencia admisibles no tengan valor probatorio, porque tal material, unido a otros elementos de convicción, podría llegar a ser el fundamento de un fallo adverso al acusado.

De ahí que deba hacerse uso a lo que jurisprudencialmente se ha dado en llamar "prueba de corroboración periférica", en los siguientes términos:

"[...] Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una **corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.**

En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, **los hechos y circunstancias de interés "para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos", entre ellos, los indicios,** el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.

[...]

Aclarado lo anterior, se advierte que **el juzgador basó su fallo de condena no solo en prueba de referencia** (la entrevista que rindió el señor Manuel Antonio Buitrago), **sino que la misma fue confirmada con otros medios de convicción (corroboración periférica), como lo fueron los indicios construidos a partir del dicho de los policiales que participaron en la captura de los procesados,** en razón de las voces de auxilio de la ciudadanía que se hallaba en el lugar en donde fue ultimada la víctima (testigo de referencia) y de lo que ellos percibieron directamente (testigos directos), en torno a que los procesados mientras corrían se iban cambiando la ropa.[...]⁵

En efecto, la prohibición legal que encarna el dispositivo 381 CPP, consiste en que solo con prueba de referencia no se puede condenar, pero si tal prueba admisible está unida a otros medios de convicción con los cuales converge, sí es posible llegar a una determinación de condena, sin que sea necesario que la prueba de referencia deba confirmarse con prueba directa, en tanto la misma por el contrario puede corroborarse "por cualquier medio" en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios o prueba indirecta, toda vez que su fin principal es darle confiabilidad o credibilidad a la prueba de referencia, lo que es apenas lógico porque el principal defecto que esta posee, como se sabe, es que tiene menguada dicha confiabilidad o credibilidad ante la imposibilidad de ser confrontada en juicio por la contraparte. El contenido de la jurisprudencia sobre ese particular, es del siguiente tenor:

"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 procesado⁶; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual⁷; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv)

⁵ CSJ AP, 4 jun. 2013, Radicado 40893.

⁶ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

⁷ ídem

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.

[...]

Finalmente, debe insistirse en que **una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.**

[...]

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. **En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable”.**⁸ -negrillas excluidas-

Para el evento que nos ocupa, la pregunta que corresponde hacerse es si la prueba de corroboración e incluso directa que aquí existe, da confiabilidad o credibilidad a la prueba de referencia admisible contenida en las entrevistas que fueron válidamente introducidas. Y la respuesta es absolutamente positiva dado que inicialmente lo vivido por M.E.M.G., y posteriormente percibido por ELISAIN MACHADO RENTERÍA, fue soportado de manera directa con lo observado por DANIELA ARIAS LONDOÑO, e incluso el policial JORGE OLMEDO MÉNDEZ GARCÍA, quienes dieron fe; la primera, de lo que vio en el interior de la vivienda y lo que la niña le comentó luego su intervención; y el segundo, de la forma en que encontró al señor **GÓMEZ PINILLA**, quien previamente había sido aprehendido por particulares. Aunado a lo anterior, lo que M.E.M. vivió fue reiterado ante la médico forense, donde narró lo sucedido y aunque usó palabras que en efecto no son habituales en el argot de una pequeña de 7 años, dio cuenta de los manoseos de que fue víctima por parte de su consanguíneo, todo lo cual lleva a la Sala a considerar, en contravía de lo sostenido por el funcionario de primer nivel, que en este asunto si emerge prueba tanto de referencia como directa que corrobora periféricamente lo acontecido en octubre 26 de 2017 en la vivienda en la que para ese entonces se encontraba M.E.M.G. con su tío **ERIBERTO GÓMEZ**.

Es un hecho cierto que acerca de lo que aconteció en el interior de esa habitación, como ya se sabe, únicamente existe la entrevista de M.E.M.G., ya que nadie más pudo percatarse del desarrollo de ese episodio, así como lo visualizado por el señor ELISAIN MACHADO RENTERÍA, quien para esa fecha residía en tal vivienda, al ser sobrino del señor HÉCTOR FABIO PALOMEQUE,

⁸ CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866, reiterado en CSJ SP068-2023, 01mar.2023, rad. 61313.

esposo de la abuela de la menor, quien manifestó que encontrándose el día del hecho en la vivienda, en horas de la tarde, se levantó al escuchar todo en silencio y cuando pasó por el cuarto principal donde dormía su tío y la señora L., al estar la puerta abierta observó a **CARLOS** -quien prestaba servicio militar y estaba de permiso-, que tenía la camisa puesta, pero sus pantalones y calzoncillos abajo, y le daba la espalda a la niña M.E.M.G., quien estaba acostada, la que tenía un vestido -que no lo vio levantado-, y al no haber sido visto por ellos salió de la vivienda y le narró lo percibido a un joven conocido como "TASCÓN" y este a su vez le contó a una vecina a quien conoce como la "PAISA", la cual entró a la casa y al advertir lo que sucedía con la menor requirió a ELISAIN y a "TASCÓN" para que retuvieran CARLOS mientras llegaba la Policía.

De la información que en la entrevista entregó **ELISAIN MACHADO**, se advierte que percibió de manera directa cuando el señor **CARLOS ERIBERTO**, a quien conocía, por cuanto era el hijo de la señora L., esposa de su tío HÉCTOR FABIO, se encontraba en la habitación de estos, con los pantalones y calzoncillos abajo, sin que además de ello diera cuenta de haber visto alguna otra clase de maniobra o tocamiento por parte del adulto hacia la menor.

Pero esos datos que entregó el referido testigo no fueron insulares, y por el contrario, fueron corroborados de forma directa momentos después por la señora **DANIELA ARIAS LONDOÑO** (alias La Paisa), quien una vez enterada de lo ocurrido por "TASCÓN", el cual le arreglaba la puerta de su casa -cercana a aquella donde se presentó el hecho- y como quiera que la puerta de acceso a tal vivienda se hallaba cerrada, decidió ingresar por un hueco en la parte del patio, y al hacerlo se percató que la niña M.E.M., a quien conoce como "Estrellita", estaba sentada en la cama con el "vestidito" recogido a la altura de las "piernitas" y el adulto la tocaba, lo que la indignó y motivó a pedirle a "ELISA", como conoce a ELISAIN y a "TASCÓN", que retuvieran a CARLOS mientras llegaba la Policía.

Tal testigo refirió que vio a **CARLOS ERIBERTO**, al que conocía por ser su vecino, con pantalón pero sin camisa, y al verla se asustó y **quitó su mano de la pierna de la niña**⁹, y no obstante que inicialmente indicó no recordar si la pequeña tenía su ropa interior, en sede del conrainterrogatorio al ser cuestionada al respecto con entrevista que rindió previamente -aunque esta no fue incorporada

⁹ Si bien DANIELA al parecer enseñó a los allí asistentes, como observó tal tocamiento, ello no quedó registrado en el video, por cuanto este en momento alguno captó a la testigo cuando declaraba, como debería ser; no obstante, se avizoró que la abogada del procesado se acercó para ver el ademán que esta efectuaba y se alcanza a apreciar que la letrada, como simulando lo que veía en la testigo, pasa su mano izquierda a nivel de la ingle de ese mismo lado. Véase primer registro de juicio, a partir del minuto 50:29.

en debida forma, pero aun así se permitió por parte del A-quo su uso- fue enfática en decir que sí tenía los "cucos" abajo, pero por el tiempo no lo había recordado. Aunado a ello, igualmente sostuvo que una vez salió con "Estrellita" de la casa le preguntó ¿por qué se dejaba tocar? y la reacción de esta fue la de llorar y quedarse callada, pero posteriormente, al preguntarle la vecina de nombre LUZ a la niña M.E.M.G. si ¿él la tocó? M.E.M.G. dijo que **sí**, aunque cuando al llevársela y estar con la mamá, expresó que **no** y así se ha mantenido.

Pues bien, a diferencia de lo sostenido por el funcionario de primer nivel, para la Sala, los dichos de la señora **DANIELA ARIAS LONDOÑO**, son dignos de credibilidad, al tratarse de una persona ajena al entorno familiar de M.E.M.G. y **CARLOS ERIBERTO**, sin que se conozca de alguna clase de animadversión de su parte para con este o su familia, sin que la escueta mención que la prima del encartado, señora MARGARITA MACHADO TORRES, hiciera respecto de un altercado que uno o dos meses tuvo esta con JOHANA, hermana de CARLOS, tenga la contundencia suficiente para soportar que la sindicación que realizó lo efectuó como retaliación; por el contrario, para la Sala lo que narró la testigo fue lo que presenció de manera directa al ingresar a la habitación donde ocurría la ilicitud.

Y es que como viene de verse, el arribo de la señora DANIELA ARIAS a la vivienda donde se encontraba el señor **CARLOS** con su sobrina M.E.M.G., a quien conoce de cariño como "Estrellita" se dio una vez fue enterada por terceros de lo que allí sucedía, y el que hubiera entrado por un hueco y no por la puerta principal, la cual estaba cerrada, independientemente que fuera de madera y tuviera o no cerrojos, no mengua el poder suasorio de su dicho, el cual se advierte coherente con lo que momentos antes había expresado el señor ELISAIN, contrario al análisis que de ello realizó el A-quo. Mucho menos evidencia la Sala que la testigo, como lo sostuvo el funcionario de primer nivel, haya cambiado su versión, en tanto si bien en principio manifestó ante cuestionamiento del fiscal que no miró si la niña tenía ropa interior, posteriormente cuando la defensa dio lectura de lo que esta refirió en la entrevista que rindió el día del hecho, recordó y reiteró que los tenía abajo y que sus partes íntimas sí se le veían.

No se puede perder de vista que fueron dos momentos diferentes en los que el señor **CARLOS** fue avizorado en el interior de la residencia, así: el primero, cuando el señor **ELISAIN**, quien vivía en esa residencia lo vio en la habitación principal con los pantalones y calzoncillos abajo y la niña acostada en la cama; y el segundo, al ingresar la señora **DANIELA**, momento en que ya lo observó sin camisa y con los pantalones arriba, **pero también percibió que este tocaba la entrepierna de la menor**, lo cual, de haber sido al nivel que la Sala logra

percibir, dado lo que se apreció en el juicio de los gestos que efectuó la apoderada del procesado, al instante en que la testigo enseñaba sobre su propio cuerpo el tocamiento del que fue víctima la menor, nada diferente a una maniobra de índole libidinoso es la que en ese momento el acusado realizaba sobre esta.

Mírese incluso, que la manera en que el señor **CARLOS ERIBERTO** fue visto por la señora DANIELA, quien a la postre le pidió a ELISAIN y a "TASCÓN" que lo retuvieran, fue igualmente evidenciado por el policial JORGE OLMEDO MÉNDEZ GARCÍA, quien al llegar al sitio, en un lapso entre tres y cinco minutos después de enterados por la central de radio de un presunto abuso a una menor, luego de ser enterado por la testigo acerca de lo sucedido e ingresar a la vivienda, encontró al procesado sin camisa y con el pantalón desabrochado, lo que da cuenta que en efecto, el mismo se lo había puesto recientemente.

DANIELA ARIAS, como así lo advierte la Sala fue testigo presencial, no solo de la manera en que percibió al señor **CARLOS ERIBERTO**, sino en la cual se encontraba la niña, y específicamente notó cuando este, como se dijo, le tocaba la entrepierna, y ese accionar *per se*, demostraba las malas intenciones que tenía, máxime que cuando de actos sexuales con menores de 14 años se trata, es evidente que para su configuración se requiere que tal conducta tenga una connotación de índole lujuriosa, esto es, que con el accionar del individuo se despierten sus apetitos sexuales, y que estas se efectúen en una zona erógena, al ser esta donde se generan reacciones físicas. Y en relación con tales zonas, la doctrina ha señalado que la misma hace referencia a "toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual"¹⁰, y además que "aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)"¹¹.

En este asunto, a no dudarlo, el hecho de que el procesado, se hallaba en la habitación solo con M.E.M.G., que previamente haya sido visto por ELISAIN MACHADO, con los pantalones y calzoncillos abajo, que luego DANIELA lo haya visto sin camisa, aunque ya con pantalones y la niña sentada en la cama, con el vestido recogido, y más aún cuanto le tocaba la entrepierna, tenía una connotación de carácter sexual, eminentemente libidinoso, nada diferente a ello puede catalogarse de lo evidenciado por los testigos de cargo. Al respecto, de tiempo atrás, la jurisprudencia ha sostenido:

¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis, Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica, Barcelona (España), Hispano-europea, 1976, pp. 62.

¹¹ Ídem.

"[...] en los actos sexuales con menor de catorce años del artículo 209, inciso 1º, la conducta en sus fases objetiva y subjetiva, se dirigen de una parte, a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles abusivas que se tornan invasivas de las partes íntimas del otro, quien en todo caso se trata de una persona no capaz cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación dada esa minoría de edad y quien carece de una cabal conciencia acerca de sus actos, y se consuman mediante la relación corporal...".¹² »¹³

Acá, como lo sostuvieron tanto el delegado del ente acusado y el apoderado de víctimas en su condición de recurrentes, se tiene que los comportamientos que desplegó el señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA** sobre su sobrina M.E.M.G., fueron a todas luces acciones libidinosas, que al ser cometidas en contra de una menor de 10 años, para la época del hecho, son constitutivas de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, y dichos tocamientos, no solo los refirió la niña en la entrevista que rindió al día siguiente ante investigadora del CTI, sino que minutos después igualmente los reiteró ante la médico forense que le realizó el examen sexológico.

Ahora, aunque el funcionario de primer nivel consideró que M.E.M.G. al parecer fue manipulada, por cuanto inicialmente en la entrevista ante investigadora del CTI, al preguntársele si antes de comparecer alguien le dijo que tenía que decir, frente a lo cual respondió "no sé", y ante la forense hizo alusión a palabras que no conoce una niña de 7 años, al decir que su tío estaba en la cárcel o que la "violó", palabra esta que le causó extrañeza a la médica, pero a ello, en sentir de la Sala, no puede dársele la trascendencia que le otorgó el A-quo para menguar su credibilidad, pues la médica fue clara al decir que si bien tal expresión no es propia de su edad, finalmente la menor describió qué quería decir con ello, y a la postre refirió que su tío **"le manoseó la cuca en todo lado, la tocó, le metió el dedo en la vagina, le tapó la boca"**.

Lo que de ello se advierte, es que M.E.M.G., con antelación a la valoración sexológica, la cual se dio en la mañana del día siguiente a los hechos, pudo haber escuchado la palabra "violación" ya fuera de los policiales, de parte de sus propios familiares, o incluso, como lo sostiene el fiscal recurrente, de los mismos medios de comunicación, por lo cual la refirió ante la profesional que la examinó, como también pudo oír de parte de su familia o de los policiales que su tío iría en la cárcel, pero ello *per se*, no desestima lo que desde el primer momento refirió y que se encuentra corroborado periféricamente, esto es que en efecto fue abusada -tocamientos- por parte de su tío **CARLOS ERIBERTO**.

¹² Corte Suprema de Justicia. Providencia de 27 de julio de 2009, radicación 31715.

¹³ CSJ SP, 18 abr. 2012, rad.34899

Tampoco se aprecia menguada la verosimilitud del relato que hizo la pequeña en la entrevista, donde hizo alusión al parecer a eventos repetitivos, al sostener que lo sucedido se presentó tres veces en el cuarto de su abuela y una en la cocina, pero ante la médica forense solo hizo mención a un solo evento, al ser perfectamente posible, que en los mismos hechos que son objeto de la presente actuación, al encontrarse M.E.M.G. sola con su tío, se hayan suscitado tales manoseos en reiteradas ocasiones, no se olvide que la niña ante la médica forense indicó que su familiar le **"manoseó la cuca en todo lado"**, de ahí que, en sentir de la Sala, a eso bien podría haberse referido cuando expuso que fueron varios momentos en los que la tocó, por lo cual no se avizora, como así lo dijo el A-quo, que las aludidas manifestaciones de M.E.M.G. sean diametralmente diferentes, por el contrario, ambas dan cuenta sin lugar a dudas que la menor sí fue víctima de los aludidos tocamientos.

Así mismo, se duele el funcionario de primer nivel por el hecho que M.E.M.G. no haya dicho en la inicial entrevista que el procesado "le haya metido el dedo", como así lo expresó ante la médica forense, y si bien reconoce que el término vagina, suele describir todo el órgano genital femenino, lo que podría explicar tal afirmación, estimó que no sucede igual con los verbos "meter" y "tocar", los que son disímiles y por ende la niña estaba en capacidad de diferenciar. Pues bien, a ese respecto debe decir la Sala que tampoco se advierte alguna contradicción, por cuanto se sabe que M.E.M.G. tenía apenas 7 años para la fecha del hecho, y como bien lo explicó la perito ADRIANA YANETH MENDOZA, el relato que realizó la menor de forma alguna contradice los hallazgos, toda vez que con antelación a la cavidad vaginal, existe otra como lo es el espacio entre los labios mayores, menores y vulva, y en la percepción de las niñas, al sentir que se ingresó a tal estructura, fácilmente podría considerarse, como en este caso, que se les introdujo un dedo en la vagina cuando en realidad en momento alguno se ingresó a tal cavidad. Para la Sala ello fue lo que acá pudo ocurrir, ya que se tiene, de acuerdo con la valoración médica sexológica, que M.E.M. tenía el himen integro, no elástico, lo que implica que en momento alguno tuvo una penetración a tal nivel.

Como se sabe, al efectuar la valoración probatoria del testimonio de menores se debe determinar si en sus dichos persiste un núcleo central básico, a partir del cual establecer que lo trascendente de lo narrado no comporta diferencias sustanciales ni se desdibuja de manera importante con el correr de los días, como lo ha plasmado la jurisprudencia¹⁴, aunado a que como se ha dicho, existe prueba de corroboración periférica que permite afianzar la narrativa de

¹⁴ CSJ SP, 13 abr.2011, rad. 30984.

la niña, sin que las pruebas de descargo, evidencien duda probatoria alguna para fincar con ella un fallo absolutorio.

Si bien el A-quo también le restó poder de convicción a los presuntos actos sexuales que narró M.E.M. en su entrevista, toda vez que el estado anímico de esta al acudir a la valoración sexológica, no era acorde con quien previamente ha sido víctima de abuso sexual, sobre ese particular, se tiene que la forense, consignó en su dictamen que la niña fue activa, juguetona, que utilizó todos los juguetes que en el consultorio se encontraban, exploró todo el espacio y que incluso, de forma espontánea durante la anamnesis se acercó a la silla donde la profesional se hallaba, pero el que ello haya sido así, no desdibuja en momento alguno que la pequeña haya sufrido algún tipo de vejámenes sexuales por parte de su familiar, ello, por cuanto es evidente que no todas las víctimas reaccionan de igual manera ante una situación como la que la menor vivió, ya que si bien algunas pueden mostrarse retraídas, poco colaboradoras e incluso impiden la valoración sexológica, lo que acá se evidenció es que la médica generó un espacio de confianza para que la menor pudiera expresar con tranquilidad lo sucedido, nada diferente a ello puede extraerse de lo allí acontecido, y mucho menos como así lo consideró el A-quo de forma implícita, que la conducta denunciada no haya tenido ocurrencia.

Para la Corporación, no puede ponerse en duda la prueba periférica y directa que corrobora la testimonial de referencia, porque es un hecho cierto que en el inmueble donde acaeció el hecho, únicamente se encontraba el hoy comprometido **CARLOS ERIBERTO**, respecto de lo cual incluso se puede establecer un indicio de presencia, el cual además fue visto por el policial que lo capturó, en similares condiciones como fue percibido por DANIELA ARIAS quien a la postre con ELISAIN y "TASCÓN" quienes la acompañaron, fueron quienes le dieron captura, ante la indignación que a esta le generó el haberlo visto cuando tocaba a la niña, quien que en esa ocasión, como así lo manifestó la testigo, lo reiteró ante ella y otra persona lo que allí pasaba, y que a la postre ratificó ante servidora del CTI y la médica forense.

Ahora, no puede desconocerse que al tratarse de un ilícito en el que está involucrado el tío de M.E.M., ello en principio pudo generar que la madre de esta y hermana del encartado, señora **ANA GRACIELA GÓMEZ PINILLA**, pretendiera minimizar lo sucedido, con miras a evitar que su consanguíneo pudiera verse inmerso en un ilícito de tal magnitud, y de ello incluso se pudo percatar la investigadora DIANA CAROLINA ARISTIZABAL, quien informó que al contactarse con la madre de la víctima al día siguiente en las instalaciones del hospital donde esta se encontraba, la progenitora le indicó que el médico le había comunicado que su hija no había sido penetrada, que no tenía ningún

signo de abuso sexual y por lo cual “ella no veía razón para que yo estuviera allí o debiera continuar con los actos urgentes”, e incluso con posterioridad a ello nuevamente se le acercó la madre a la investigadora para expresarle que “si la niña no había sido perjudicada, no entendían porqué insistían en que le hiciéramos la entrevista a la niña”, pero no obstante que al parecer se mostraba reacia a que se continuara con la investigación, no se opuso a que se le recibiera entrevista, como tampoco a la valoración sexológica.

De lo anterior, se advierte que si bien la señora ANA con seguridad, dado el nexo de consanguinidad con el implicado en estos hechos, pretendía que la actuación no prosiguiera, de las pruebas que finalmente se recopilaron y que ingresaron a juicio oral, se puede establecer, más allá de toda duda, que en efecto la menor M.E.M.G. fue víctima de tocamientos de índole libidinosa por parte de su tío **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**.

Para la Corporación, sea como fuere, independientemente de la existencia de contradicciones entre las distintas versiones previas entregadas por M.E.M.G. a la investigadora y a la forense, acorde con la prueba de referencia arrimada a juicio y corroborada por la testigo DANIELA ARIAS se tiene que: **(i)** tanto el señor **CARLOS ERIBERTO** y M.E.M.G. se encontraban solos en una habitación de la casa; **(ii)** inicialmente fue visto **ERIBERTO** por ELISAIN MACHADO con el pantalón y calzoncillos abajo; **(iii)** momentos después cuando ingresó a la vivienda DANIELA, lo vio sin camisa, y con los pantalones puestos, aunque desabrochados -como también lo notó el policial JORGE OLMEDO MÉNDEZ GARCÍA-, la niña tenía el vestido recogido, con los calzones abajo, y percibió cuando el procesado le tocaba la piernita a la menor; y **(iv)** dichos tocamientos fueron confirmados por la menor M.E.M.G. Todo ello, en su conjunto constituye una verdadera **inducción a prácticas sexuales**, respecto a lo cual la jurisprudencia¹⁵ ha sostenido:

“(…) 10. Pues bien, la norma sustantiva identificada por el Procurador demandante como erróneamente interpretada (art. 209) describe el delito de **actos sexuales con menor de catorce años** a través de 3 conductas alternativas: (i) realizar con una de estas personas actos sexuales diversos del acceso carnal, (ii) ejecutarlos en su presencia, o **(iii) inducirla a prácticas sexuales**.

10.1 La tercera clase de comportamientos prohibidos exige la concurrencia de estos elementos típicos: (i) inducir a prácticas sexuales, (ii) a una persona menor de 14 años, y (iii) con conocimiento del hecho y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. **Por ello, la Sala de Casación Penal ha explicado que su configuración:**

¹⁵ CSJ SP219-2023, 07 jun. 2023, rad. 55559.

... requiere que se le **instigue o persuada** [al menor de 14 años] **para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.**

De acuerdo con la definición gramatical de la palabra, inducir significa mover a alguien a algo o darle motivo para ello, provocar o causar algo. **Siendo ello así, inducir a prácticas sexuales implica desplegar comportamientos orientados a provocar que un menor de catorce años realice algún tipo de actividad de connotación erótica.**¹⁶

En igual sentido lo indicó la sentencia SP4573-2019, oct. 24, rad. 47234:

Por "**inducir**" se entiende la acción de «*provocar o causar algo*» y también «*mover a alguien a algo o darle motivo para ello*». Hacer ofertas con fines sexuales a otro es una manera de inducirlo a prácticas sexuales, en tanto le está brindando motivos para incurrir en tales actividades, así no se consiga el resultado querido. Por ende, el simple hecho de pedirle al que no haya cumplido los catorce (14) años **cualquier actividad de índole sexual** se ajusta a la descripción típica del artículo 209 de la Ley 599 de 2000, **bajo la variante de la inducción, ... (...)**" subrayas y negrillas nuestras.

Para el A-quo una posible explicación del motivo por el cual el señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ** se encontraba en la misma habitación con M.E.M.G., lo era por cuanto este tenía su ropa allí, lo que da una razón lícita para su permanencia en tal lugar y no en la habitación que ocupa ELISAIN, en tanto el hecho de que se cambiara la ropa luego de una extensa jornada laboral mientras la niña dormía, es, en su sentir, una hipótesis factible, aunado a que la menor no vio el miembro viril del procesado; no obstante, para la Sala tal postura no puede ser acogida, por cuanto en primer lugar, de acuerdo con lo que expresó ANA GRACIELA GÓMEZ, hermana del investigado, se tiene que su hermano **CARLOS** dormía en la última pieza donde lo hacía "ELISA", como así lo dijo ante pregunta del fiscal y reiteró en un cuestionamiento complementario que le efectuó el A-quo, de lo cual se puede inferir que si el cuarto donde estaba la menor no era el suyo -sino de su madre y esposo-, no tenía motivo o razón alguna para estar allí cambiándose de ropa, según la hipótesis del juez.

Lo anterior, aunado a que acorde con lo manifestado por la señora MARGARITA MACHADO, cuando su primo **CARLOS ERIBERTO** llegaba de permiso del batallón donde prestaba servicio militar, se quedaba en su casa, lo que pone en entredicho lo mencionado por la hermana de este quien señaló que él vivía en la casa de su señora madre y en la misma habitación donde permanecía

¹⁶ Sentencia SP1867-2021, may. 19, rad. 56950; reiterada en la SP2920-2021, jun. 30, rad. 49686.

ELISAÍN, y por ende de haber sido así, sería en ese específico sitio donde guardaría su ropa, no en la habitación de su madre.

Así mismo, se desconoce si en efecto el señor **CARLOS** laboró el día del hecho, ya que respecto de tal situación, lo único que dio cuenta su prima MARGARITA MACHADO lo fue en el sentido que este salió esa mañana de su casa a trabajar, al haber escuchado cuando un señor lo llamó para laborar, pero nada se sabe acerca de si durante ese día cumplió alguna actividad, por lo cual el supuesto del A-quo en el sentido que **CARLOS** se cambiaba de ropa en la casa, concretamente en el cuarto de su madre -que no la suya-, cuando la pequeña se hallaba dormida, carece de soporte probatorio; ello además, por cuanto si bien la niña nada dijo de haber visto el miembro viril de **CARLOS ERIBERTO**, no lo fue por que estuviese dormida, ya que cuando ELISAIN observó por primer vez a **CARLOS**, este tenía sus calzoncillos abajo y daba la espalda a M.E.M., quien se encontraba acostada, pero al ingresar DANIELA, ya el procesado se había subido sus pantalones y la menor estaba **sentada**, lo que por demás desdibuja la conjetura a la que llegó el funcionario de primer nivel, relativa a la presencia de **CARLOS** en tal habitación.

De ahí entonces, que la hipótesis que de los hechos edificó el A-quo para soportar el fallo absolutorio, además de indicar la existencia de duda probatoria, carece de respaldo alguno; por el contrario, como viene de verse, existe prueba de referencia y de corroboración que permite endilgar responsabilidad en la comisión de la ilicitud en el señor **GÓMEZ PINILLA**.

En ese orden, la Sala **revocará** la sentencia **absolutoria** proferida por el despacho de primer nivel en favor del acá procesado y en su lugar declarará su responsabilidad, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, por los cuales se le imputaron cargos y fue acusado.

Punibilidad

Esta Corporación, le atribuyó al señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA** la autoría material a título de autor en el delito de **actos sexuales con menor de catorce años**, al que se contrae el artículo 209 C.P., **con la circunstancia de agravación** contemplada en el numeral 5° del canon 211 ídem, -al realizarse sobre pariente que se encuentra en tercer grado de consanguinidad (**sobrina**)-, lo que conlleva una sanción que oscila entre **12 y 19 años y 06 meses de prisión**, o lo que es lo mismo de 144 a 234 meses.

El ámbito de movilidad es de 90 meses, en consecuencia, que al ser dividido en cuartos arroja 22 meses, 15 días, por lo que los cuartos punitivos serían:

cuarto inferior de 144 meses a 166 meses, 15 días; cuartos medios de 166 meses y 16 días a 211 meses, 15 días, y cuarto superior de 211 meses y 16 días a 234 meses.

Como quiera que en este evento no se tienen acreditadas circunstancias de mayor punibilidad que le hubieren sido endilgadas al señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, en cambio sí concurren de menor punibilidad, concretamente la consagrada en el numeral 1º del art. 55 C.P., como lo es la ausencia de antecedentes, la Sala ponderará la sanción dentro del **primer cuarto de movilidad**, y por consiguiente tomará como sanción el límite inferior, por lo cual lo sentenciará a una pena de **144 meses** de prisión

Se impondrá también la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal privativa de la libertad.

Subrogado

Con miras a establecer si se puede conceder a favor del acá procesado algún subrogado o sustituto de ley, acorde con lo reglado en el artículo 450 C.P.P., que consagra la posibilidad para que la captura se libre desde el momento en que se emite sentido de fallo, o como en este caso en concreto, al haber sido hallado responsable en segunda instancia, la Sala debe proceder a analizar en primer lugar si se debe disponer de manera inmediata su captura, o si por el contrario, debe permanecer en libertad hasta la ejecutoria del fallo de condena emitido por esta Corporación, para lo que se deberá tener en cuenta los fallos de índole constitucional, esto es, lo plasmado en la sentencia **C-342/17**¹⁷, así como los más recientes precedentes que sobre la materia ha esgrimido la Sala de Casación Penal, en sede constitucional¹⁸, donde se plasmó:

“Por lo tanto, a manera conclusiva, habrá de establecerse que: al momento de anunciar el sentido del fallo, si el acusado es declarado culpable y no se hallare

¹⁷ Según palabras de la Corte: “[...] la interpretación de acuerdo con la cual, la norma demandada contiene un mandato que impone la privación de la libertad, cuando se anuncia la condena de un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta contraria a la Constitución y las garantías del debido proceso, en tanto que invierte la comprensión constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, al establecer como regla general el encarcelamiento y como excepción la libertad personal” [...] “el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio *pro libertate*. Adicionalmente debe considerar, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por implicar una afectación más profunda de los derechos fundamentales [...]”.

¹⁸ CSJ STP, 08 jun. 2023, Rad. 130745.

detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia o, si lo halla necesario, ordenará y libraré inmediatamente la orden de encarcelamiento (artículo 450 de la Ley 906 de 2004). Para ello, deberá evaluar las circunstancias de mayor y menor punibilidad (artículo 54 del C.P.), considerar si procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena y mecanismos sustitutivos de la pena (artículo 63 del C.P.), además, realizar un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad (artículo 295 de la Ley 906 de 2004), en el que evalúe los fines de la medida restrictiva de la libertad (artículo 296 *ejusdem*) que sean aplicables al caso y sopesa aspectos tales como el arraigo social, el comportamiento procesal de cara a la comparecencia, el *quantum* punitivo al cual se expone, la modalidad delictiva, entre otros”.

Lo anterior, por cuanto para la Alta Corporación, la presunción de inocencia y la libertad como valores torales del ordenamiento constitucional, comportan pregonar que el funcionario judicial debe justificar en mayor medida por qué el enjuiciable debía esperar las resultas de la ejecutoria del fallo y del proceso en general en condición de detenido, más no en uso de su libertad.

Pues bien, para dilucidar lo pertinente debe empezar la Sala por decir que en contra del aquí procesado se emitió al momento de las audiencias preliminares -octubre 27 de 2017- medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, y por tal razón estuvo privado de su libertad desde su captura hasta la fecha en que se emitió un sentido de fallo absolutorio, esto es, en septiembre 12 de 2018¹⁹. No obstante, en este asunto se advierte que la conducta por la que fue sentenciado el señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, supera los cuatro años de prisión, y por ende no colma las exigencias normativas para ser merecedor a la suspensión de la ejecución de la pena -numeral 1º, art. 63 C.P.P.-, ni al sustitutivo de la prisión domiciliaria, ya que la pena mínima del delito enrostrado es superior a los ocho (08) años de prisión -numeral 1º. Art. 38B C.P.- ; y como si esto no fuera suficiente, al figurar en la comisión del delito objeto de juzgamiento, una menor de edad como víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, igualmente se presenta una prohibición de carácter legal, que impide a la Sala conceder cualquier clase de subrogado o sustituto penal -numeral 5º y 6º, art. 199 C.I.A.-, lo que de contera comporta pregonar que el sentenciado no puede ser favorecido con ninguno de ellos.

Ahora bien, en punto del juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad, a que se contrae el canon 295 C.P.P. que reafirma la libertad como la regla general y su privación la excepción, así como los fines de la restricción, a que

¹⁹ En el expediente arriado a la Sala, aparece oficio N° 1219 de septiembre 12 de 2018, suscrito por el titular del Juzgado y dirigido a la Juez Coordinadora de la Oficina de Apoyo al Sistema Penal Acusatorio, donde se le solicita expedir la boleta de libertad a favor del procesado, al emitirse el día anterior -septiembre 11- un sentido de fallo absolutorio -tal audiencia concluyó a las 6:10 p.m.-.

alude la norma 296 ídem, debe decir la Corporación que, en este caso en particular, a la hora de ahora, se estima **necesaria y adecuada** la privación de la libertad del señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, desde la emisión de este fallo. Ello lo sostiene la Sala por cuanto: **(i)** es un hecho cierto que el acá procesado, se valió de su condición de tío de M.E.M.G., para estar a solas con la niña en la vivienda donde esta se encontraba al cuidado de su abuela y madre del agresor, con el fin de realizar tocamientos de índole sexual para satisfacer su deseo sexual; **(ii)** actualmente se desconoce el arraigo familiar y social del procesado, por cuanto no se sabe el lugar donde a la fecha reside y si tiene contacto con otros menores de edad, que bien pudieran ser objeto de similar conducta por la cual ahora se le condena; y **(iii)** la pena que ahora se le impone, de **144 meses de prisión**, o lo que es lo mismo 12 años, es evidente alta y de permitirse que el sentenciado continúe en libertad, es probable que eluda la acción de las autoridades, con miras a evitar su retorno a prisión.

Para la Sala entonces, de acuerdo con lo reglado en el artículo 450 C.P.P., la sanción impuesta al señor **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA** deberá cumplirse en forma intramural y, por consiguiente, se **ordenará librar inmediatamente la correspondiente orden de captura.**

Indemnización de perjuicios

En atención a lo reglado en los artículos 86 a 89 de la Ley 1395 de 2010, que modificó los artículos 102 y 106 C.P.P., se ordena que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia se dé inicio al incidente de reparación integral de perjuicios.

De la doble conformidad

Según lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792/14 y SU-215/16, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujo la misma Alta Corporación en sentencia SU-146/20, al igual que la Sala de Casación Penal en CSJ AP, 03 abr. 2019, Rad. 54215 y CSJ AP, 03 sept. 2020, Rad. 34017, al haber sido emitido por primera vez el fallo de carácter condenatorio en sede de segunda instancia, el señor **CARLOS ERNESTO GÓMEZ PINILLA** tiene derecho, bien sea de manera directa o por intermedio de su apoderada, a interponer y sustentar dentro de las oportunidades establecidas el **recurso de impugnación especial**. Las demás partes e intervinientes -Fiscalía y apoderada de víctimas- tienen la posibilidad de interponer **recurso de casación**.

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

FALLA

PRIMERO: SE REVOCA el fallo **absolutorio** proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) a favor del acusado **CARLOS ERNESTO GÓMEZ PINILLA**, de condiciones civiles y personales bien conocidas en la actuación, y en su lugar **SE CONDENAS** como **autor** material responsable del punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, al que se contraen los artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal, según hechos sucedidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidos en esta providencia, y donde figura afectada la integridad, libertad y dignidad sexual de la menor M.E.M.G., a la pena principal restrictiva de la libertad de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) MESES DE PRISIÓN**.

SEGUNDO: SE CONDENAS al mismo procesado **CARLOS ERIBERTO GÓMEZ PINILLA**, a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual lapso al de la pena principal.

TERCERO: SE DECLARA que el sentenciado no tiene derecho a ningún subrogado o sustituto por expresa prohibición legal; en consecuencia, y conforme con lo reglado en el canon 450 C.P.P., **se ordena librar de manera inmediata la respectiva orden de captura para purgar la sanción en forma intramural**, de acuerdo a lo indicado en el cuerpo motivo de esta providencia. Se tendrá como tiempo ya computado, el lapso durante el cual el señor **GÓMEZ PINILLA** estuvo detenido por cuenta de este asunto.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, se dará comienzo al incidente de reparación integral. Por Secretaría se enviarán a las autoridades pertinentes, las comunicaciones de Ley, entre ellas, la señalada en el parágrafo 1°, artículo 3° de la Ley 1918 de 2018.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4° del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer los recursos de ley.

Contra esta sentencia procede la **impugnación especial** por parte del procesado y/o su defensora, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso extraordinario de **casación**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado
con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado
Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 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: **84067f7f1b49a6167a8f69c2538e94c36901c02e32029b2167597ab416725a0c**

Documento generado en 13/03/2024 08:33:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>