REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. JULIÁN RIVERA LOAIZA[1]

Sentencia SA. No. 001

Pereira, Risaralda, Veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 318
Hora: 08:00 a.m.

Radicación	66001 60 00 035 2014 03037 01
Sentenciado	Julián David Gallego Castro
Delito	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Juzgado de conocimiento	Juzgado 3 Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del 4 de mayo de 2015

1-. ASUNTO A DECIDIR:

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira - Risaralda, mediante la cual se condenó a Julián David Gallego Castro, a la pena de 144 meses de prisión, como autor delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

2-. HECHOS:

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

El supuesto fáctico del escrito de acusación[2] es el siguiente:

> *"El día 14 de julio de 2014, siendo aproximadamente las 14:00 horas. En el interior del inmueble ubicado en la carrera 8ª Nro. 13-65 del barrio La Libertad del municipio de Pereira, JULIÁN DAVID GALLEGO CASTRO, obligó al infante NDE de 9 años de edad a que le practicara sexo oral, fue así como introdujo el miembro viril en la boca del infante.*
>
> *(...)"*

3-. IDENTIDAD DEL ACUSADO:

Julián David Gallego Castro, alias "Candela", identificado con número de cédula de ciudadanía 1.093.222.407 de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), donde nació el 28 de febrero de 1993, hijo de María Elena y José Edgar, soltero, ebanista, bachiller (fls. 30-31).

4-. ANTECEDENTES PROCESALES:

4.1 El 15 de julio de 2014 fueron realizadas las audiencias preliminares ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira. En la audiencia de formulación de imputación, la fiscalía atribuyó al señor Julián David Gallego Castro el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en calidad de autor, pero el imputado no aceptó el cargo (fl. 7).

---

[2] Folios 2-6

En la misma fecha, fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

4.2 El 22 de abril de 2014 fue realizada la audiencia en la cual la fiscalía acusó a Julián David Gallego Castro en calidad de autor del delito de acceso carnal con persona menor de 14 años, consagrado en el artículo 208 del código penal (fl. 16). El 16 de enero de 2015 fue celebrada la audiencia preparatoria (fl. 18). El 13 de abril de 2015 fue celebrada la audiencia del juicio oral, en la cual el Juez de primera instancia anunció sentido del fallo de carácter condenatorio (fls. 49 – 50).

4.3 El 4 de mayo de 2015 fue proferida la sentencia en la cual el señor Julián David Gallego Castro fue condenado como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, imponiéndose una pena de 144 meses de prisión (fls. 51-57).

4.4 El defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación (fls. 60 - 68).

5. LA SENTENCIA APELADA:

5.1 El Juez *a quo* condenó al acusado en calidad de autor del delito de acceso carnal con persona menor de 14 años, consagrado en el artículo 208 del código penal, siendo sujeto pasivo el menor NDE. Los fundamentos del fallo son los siguientes:

- En su testimonio, el menor NDE es coherente, pues, en diferentes ocasiones (en entrevista ante investigador, ante el médico legista y ante

el mismo psicólogo), suministró una misma versión que, además, concuerda con otros medios de prueba.

- Hay un testigo de los hechos que, al igual que la víctima, se presenta desprovisto de prejuicios, de un ánimo vindicativo o de cualquier interés en incriminar injustamente al aquí acusado, pues se limitó a contar a los mayores aquello que para él fue motivo de sorpresa y alarma, en cuanto se percató de que su primo –menor que él—, era objeto de un abuso sexual.

- El defensor tiene razón cuando señala que la coherencia y consistencia de un relato no es, necesariamente, un indicador de veracidad. Sin embargo, en armonía con los hallazgos de la valoración psicológica, el relato del menor NDE –durante todas sus apariciones—, es consistente, pues sus versiones son, sustancialmente, similares, a pesar de que puedan existir algunas explicables diferencias en cuanto a algún detalle, pero se mantiene la estructura interna de lo que refiere, y tampoco hay contradicciones frente a otros elementos probatorios.

- En conclusión, los argumentos del defensor no desvirtúan la teoría del caso de la Fiscalía, ni apuntan a dudas razonables, en cuanto a la comisión de la conducta punible, realizada por el acusado, por lo cual procede la condena del mismo.

6. EL RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO

6.1 El defensor expuso los siguientes argumentos en su apelación:

- El defensor recordó algunos criterios referidos a la valoración del testimonio de niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas de abuso sexual, según lo señalado en la sentencia del 26 de octubre de 2011, Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 36357.

- Cuestionó si las versiones del menor, analizadas en conjunto con las demás pruebas del proceso, generan la convicción, más allá de duda razonable, sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado.

- Según el defensor, en las manifestaciones del menor se advierten graves contradicciones y relatos increíbles que hacen dudar seriamente de la veracidad de las mismas, las cuales no son irrelevantes como lo asevera el Juez *a quo*, sino en aspectos trascendentales.

- No existe explicación para que se diga que en el momento de los hechos el acusado detuvo la cabeza al menor, se bajó la cremallera, sacó el miembro viril, sacó las manos, le empujó la cabeza, le abrió la boca y le introdujo el miembro en la cavidad de la misma. Manifestó estar tranquilo e irse corriendo.

- La víctima no explicó si la puerta de acceso al sitio donde presuntamente acaecieron los hechos estaba abierta o cerrada, como tampoco supo decir con certeza sí existía o no esa puerta

- El menor JSMD manifestó que la puerta estaba cerrada y que él la abrió. Este testigo –primo de la víctima— dijo estar en una "pieza" al frente del supuesto lugar donde ocurre el hecho y desde ese sitio no se podía ver. JSMD dijo ver el hecho y que fue lejitos y señala una distancia del sitio del despacho donde se encontraba, declarando al corredor del 2o piso del Palacio de Justicia. También refirió que tardó 5 minutos y dice que es poquito mientras que la víctima refiere un tiempo menor.

- El menor NDE no refiere haber recibido amenazas de parte del acusado. Por lo que no está muy claro el elemento violencia. También precisó que el acusado le dijo que se agachara y se acercara a él, y si no estaba amenazado, ni compelido u obligado a realizar tal acto ¿qué era lo menos que se podría esperar del menor? Patearlo, arañarlo, golpearlo, pedir auxilio; no lo tenía amarrado mientras se bajaba la cremallera y se sacaba el miembro, por lo que se podía esperar una reacción en tal sentido de parte de la supuesta víctima.

- También existen planteamientos para concluir que el hecho no existió porque la relación del acusado con el menor era buena, lo conocía de hacía buen tiempo y no actuaba mal, así fue reconocido en juicio.

- Los antecedentes personales, sociales y familiares del acusado eran excelentes, lo que hace menos probable la comisión de la conducta punible.

- La prueba pericial para determinar la existencia de fluido seminal en la cavidad bucal de la víctima fue tomada en el hospital de Santa Mónica y su resultado fue negativo para semen, lo que es confiable si se tiene en cuenta que existe alta probabilidad de presencia de espermatozoides en la cavidad bucal de la víctima porque el tiempo presumible de sexo oral fue de 3 minutos según la víctima. Para sostener lo anterior citó una investigación forense del fluido seminal en víctimas de violencia sexual por laboratorio de biología forense "BIOFARBO".

- El defensor consideró incumplido el protocolo de hisopado del glande del pene para establecer la presencia de amilasa o saliva o espermatozoides de la víctima o del agredido.

- Aunque existe una prueba pericial, como bien lo explicó en el juicio el perito JAIRO ROBLEDO, la lógica o coherencia, no tienen que ver con la veracidad de un hecho. Esa prueba concluye que no existe afectación sicológica en el menor por los presuntos hechos, ratificado oralmente en el juicio por el mismo perito.

- No existen los elementos o requisitos consagrados en el artículo 381 de la ley 906 de 2004, es decir, no existe el conocimiento, más allá de duda razonable, acerca de los elementos de la responsabilidad para que se hubiese proferido una sentencia condenatoria. Por el contrario, existen dudas que, según el artículo 7º *ibídem*, deben resolverse a favor del

procesado, lo cual implica la absolución de los cargos endilgados en la acusación.

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. Problema jurídico a resolver:

La Sala analizará la prueba presentada en juicio para establecer si la misma acredita los elementos de la conducta punible o si, como lo aduce el apelante, existen dudas razonables que impongan la absolución del acusado.

7.3 No siempre que existan diferencias en algunos aspectos del testimonio, ello destruye su confiabilidad; para que esto suceda es necesario que las contradicciones lo sean sobre aspectos esenciales o sustanciales que no permitan creer en el relato del testigo. Pero si lo que el testigo dice encuentra respaldo en la información derivada de otros medios de prueba, esto es, si hay concordancia sustancial entre lo que afirma un testigo con lo que dice otro, a modo de ejemplo, en tales casos la información es confiable y ello hace posible que se use tal testimonio como fundamento de la sentencia.

7.3.1 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo ha planteado en diversas decisiones, entre éstas en la sentencia de casación del 3 de marzo de 2021, Magistrada ponente Patricia Salazar Cuellar, radicación 53057 (SP729-2021),

> "al analizar el testimonio, lo que destruye su valor y credibilidad es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales relevantes, cuya depreciación será mayor cuando sea menos explicable la inconsistencia".

7.3.2 Pese a que el defensor cuestiona la decisión de dar credibilidad al relato de los dos menores que hicieron presencia como testigos de cargo, y lo hace porque en su criterio estos no son consistentes, el análisis de los testimonios lleva a conclusiones que coinciden con lo resuelto por el Juez *a quo* al proferir sentencia condenatoria contra el acusado.

7.3.3 Como punto de partida, en este caso las partes presentaron un acuerdo con varias estipulaciones probatorias, referidas básicamente a los siguientes hechos: i) el informe de visita sociofamiliar a la residencia de la víctima; ii) el informe de plena identidad del procesado; iii) el registro civil de nacimiento del menor víctima; iv) informe pericial de frotis oral realizado al menor con resultado negativo; y, v) el informe de arraigo del acusado.

7.3.4 Como se dijo, en este caso hay dos testigos presenciales del hecho, a saber, los menores NDE y su primo JSMD, quienes, estando en el mismo lugar y a la misma hora, como se desprende de sus relatos, acreditan que el acusado

JULIÁN DAVID GALLEGO CASTRO, el 14 de julio de 2014, siendo aproximadamente las 14:00 horas, sometió a NDE a un acceso carnal consistente en la introducción del miembro viril de GALLEGO CASTRO en la boca de NDE para que éste realizara la maniobra sexual por algunos minutos. Esto ocurrió –como lo prueban estos dos testimonios—, en la carrera 8ª Nro. 13-65 del barrio La Libertad del municipio de Pereira y, aunque no hay evidencia de violencia física o síquica, esto no desvirtúa la existencia del hecho, pues esta modalidad típica no está articulada al ejercicio de violencia sino a la realización de acceso carnal sobre persona que, al momento de la acción, debe tener menos de 14 años, como en este caso se pudo establecer a partir del relato del menor NDE. De ahí que no es pertinente la aseveración que el defensor realiza en el sentido que el menor no refiere haber recibido amenazas de parte del acusado, pues si con esto se quiere dar a entender que era necesario que hubiese alguna clase de amenaza o acto de coacción sobre él, ello no es relevante en este tipo penal, sino en el de acceso carnal violento. Lo que resulta necesario es la demostración de un acceso carnal o un acto sexual diverso sobre persona menor de 14 años con conocimiento de este elemento del tipo y esto fue lo que sucedió en este caso.

7.3.5 El testimonio de cargo de NDE tiene coherencia interna y es consistente con lo narrado por su primo JSMD, pues ambos estuvieron en el mismo sitio, a la misma hora, y refirieron circunstancias que los hacen coincidentes entre sí, al punto que no es posible hablar de contradicciones como lo plantea el defensor, como aquello de si había una puerta en el lugar o no lo había y si existía tal puerta si ésta se hallaba cerrada o abierta. Al respecto, tanto NDE como JSMD informaron que el día del hecho estaban juntos, pues tenían vínculos familiares y en virtud a estos jugaban juntos y la presencia de los dos

menores en el sitio, confirmada incluso por el testimonio del acusado, le dan fuerza a las manifestaciones de los menores, quienes no dudaron en momento alguno a la hora de narrar lo que vivieron y percibieron en ese inmueble. Como los menores acostumbraban jugar juntos, por ser familiares, esto explica por qué ese día y a esa hora estaban en el mismo inmueble. La explicación que dieron sobre su presencia en ese sitio es razonable.

7.3.6 Los dos jóvenes refirieron que estaban en un taller de muebles y madera en el parque "la Libertad" y que subieron al segundo piso del taller y que allí se encontraba Julián, persona a la que llamaron por su nombre, además de referir que esta persona llamó a NDE y le pidió un favor. Sobre esto JSMD dijo haber escuchado a Julián llamar a su primo NDE para que lo ayudara a subir una madera, indicando JSMD que Julián cerró una puerta que había en el lugar, por lo que dijo haberse ido un momento para luego volver y observar cuando su primo NDE estaba realizando actividad sexual oral sobre el miembro viril de Julián. En estos detalles coincidieron ambos testigos, sin advertir diferencias sustanciales en esta parte del relato como para decir que estaban contando historias diversas. Es claro que los testigos no aluden a circunstancias de hecho relacionadas con ejercicio de violencia, pues si bien el menor NDE dijo que Julián le pidió que se agachara, le tuvo su cabeza, sacó su miembro viril y empujaba la cabeza de NDE hacia su miembro, NDE no dijo, en modo alguno, que hubiese sido objeto de coacción o violencia física por el acusado, pero como dijimos esto no es relevante para el delito atribuido a Julián David Gallego Castro en la acusación.

7.3.7 Los dos testigos de cargo –los menores que identificaron al acusado como autor del suceso—, también coincidieron al afirmar en que JSMD, al observar

a su primo NDE arrodillado practicando sexo oral a Julián, salió corriendo del sitio a narrar lo que había ocurrido a la mamá de NDE, quien recibió la información y luego de ello se enteró del evento el padre de NDE, señor VADH[3].

7.3.8 El acusado fue presentado como testigo por su defensor y en su relato se refirió a circunstancias que, en vez de destruir la credibilidad del relato incriminatorio de los dos menores, la refuerzan, pues en su narración el señor Julián David Gallego Castro alude a aspectos que, en esencia, coinciden con lo que dijeron los menores. En efecto, el acusado admitió que el 14 de julio de 2014 trabajaba en la carrera 8 No. 3-65 de esta ciudad, y que para ese momento estaba en el segundo piso, como lo refirieron los menores de edad, así como reconoció que los niños se encontraban jugando con la madera y le dijo al menor NDE que la pasara unas tablas como habitualmente lo hacía. Esta parte del relato del acusado testigo coincide con lo dicho por el menor ofendido, quien también dijo que el acusado lo había llamado y le pidió ayuda para llevar una madera, lo que fue narrado igualmente por el menor JSMD al señalar que "Candela" llamó a su primo y le pidió le ayudara a traer unas tablas. Lo que diferencia el testimonio del acusado frente al testimonio de los menores es en el hecho de que el acusado niega haber realizado actos como los que atribuye la acusación a él, pues el acusado solo aduce que luego de pedir ayuda para llevar las tablas observó que de un momento a otro salió el joven corriendo y detrás salió el otro menor, en tanto él quedó trabajando, para finalmente ser abordado por la mamá del menor, quien le dijo que le habían comentado algo.

[3] El nombre del padre del niño víctima del acceso carnal es presentado en la sentencia con las iniciales de los nombres y apellidos en cumplimiento del numeral 1 del artículo 13 de la ley 1719 de 2014.

7.3.9 En su relato, el acusado también se refirió al episodio ocurrido ese día con el padre de la víctima, señor VADH, según el cual el padre del menor al abordarlo lo golpeó en un pie con una tabla. Desde luego, el acusado narra este episodio con algunas variaciones sobre lo sucedido antes de ello, pues lo que dice es que el señor VADH preguntó a su hijo sobre lo acaecido y éste negó tal episodio de abuso sexual, señalando que era una mentira de su primo, que luego el señor VADH llamó a su hijo con voz fuerte y transcurrido un tiempo el señor VADH abordó al acusado y le pegó con una tabla en el pie. Lo que explicó el señor VADH, en su testimonio, sobre esto es que él tuvo la oportunidad de hablar con su sobrino y con su hijo y éste le manifestó lo que había acontecido con Julián David Gallego Castro, admitiendo que esta persona había abusado de él, episodio que había ocurrido en varias ocasiones, por lo que fue en ese momento que decidió salir y encarar a Julián David Gallego, indicándole que no lo quería volver a ver, golpeándolo con una tabla en el pie.

7.3.10 Mientras tanto el médico Julio César Marín Peña, refirió sobre los hechos en los que participó: i) recuerda haber tenido un paciente con las iniciales NDE, el menor fue llevado a consulta por presunto abuso sexual; ii) le fue exhibido el informe elaborado, lo reconoció y dijo que en el informe de historia clínica, aparece que aproximadamente al menor se le metió el pene a la boca durante tres minutos; iii) una vez que el paciente realiza esas afirmaciones se realiza una valoración integral, es decir, examen fisiológico y psicológico exhaustivo para determinar el abuso como tal, se toman muestras orales para determinar si hay semen, se toman muestras para VIH; iv) el estado anímico del menor era básicamente reservado en sus respuestas, recibió asistencia de la madre, las respuestas eran concretas, muy cortas; v) el procedimiento para tomar muestras en la cavidad oral es el siguiente: con un hisopo se frota en los

recesos de la boca debajo de la lengua, durante 20 segundos en cada receso, se toman muestras y se envían a análisis; vi) las precauciones que se van hacer para dichas tomas de muestras es que la persona que las haga de tener tapabocas, usar guantes, con el fin de que no se contamine la muestra; vii) el lapso entre el presunto abuso y la toma de muestras es de cinco horas; viii) en el informe aparece que el menor había ingerido alimento antes de tomar dichas muestras.

7.3.11 A su vez, el psicólogo forense Jairo Robledo Vélez, indicó sobre su actividad: i) realizó un informe, se le coloca de presente el informe pericial realizado al menor de edad; ii) el menor relató que se encontraba en el segundo piso de una fábrica del papá y que un trabajador hizo que le hiciera sexo oral, había otro niño el cual percibió esto; iii) se toman otros elementos importantes como historia clínica, lo dicho por el padre en la denuncia, lo que dijo el niño en la entrevista de policía judicial, lo que dijo otro niño de ocho años sobre los hechos que se investigan; iv) el resultado de la valoración psicológica es que el menor de edad proviene de un hogar funcional, en el cual hay solidaridad y acompañamiento, que ambos padres están muy pendientes de la crianza de este, que el menor no ha presentado alteraciones significativas en su desarrollo o crecimiento o en su vida social y recreativa. El niño estuvo yendo con anterioridad donde otra psicóloga, pero no es raíz de estos hechos; v) frente a los hechos materia de estudio se videncia que no había conflicto con el indiciado ni a animadversión frente a los hechos materia de estudio; vi) el niño presenta fastidio ante los relatos que realiza, tiene un buen funcionamiento psíquico, presenta lógica y coherencia en su relato; vi) lo que se entiende por lógica es que se está diciendo algo dentro de un contexto que muy probablemente existió en realidad, unos tiempos que existió junto a un espacio

determinado, una persona concreta, esa es la lógica; vii) la coherencia hace referencia a que las ideas se mantienen, no hay cambios sustanciales, se habla muy bien en la interacción, detalles de lo que posiblemente sucedió; viii) este tipo de experiencias pueden repercutir en el desarrollo del menor.

7.3.12 La investigadora Lady Diana Villa, explicó sobre su actividad: i) las actividades realizadas por la investigadora fueron: labores de vecindario, solicitó la plena identidad del indiciado, verificó el arraigo, solicitó los registros civiles de los menores; ii) al realizar las actividades anteriormente mencionadas se pudo resaltar el hecho que el lugar de residencia en Santa Rosa es peligroso dicho sector, por lo cual se trasladan con otros compañeros para realizar las actividades investigativas pertinentes, al llegar allá muchas personas no quisieron dar sus nombres por temor de sus vidas; iii) no recuerda el nombre del barrio pero sabe que es en Santa Rosa de Cabal, hicieron labores de vecindario y el resultado coincide en que todas las personas afirman que este era una buena persona, aportaba para su casa, que era muy juicioso y que no tenía ningún problema; iv) hasta el momento en que se hizo la labor de verificación, el señor Julián no había sido requerido por alguna autoridad, aparte del que está investigando; v) el procesado se dedicaba a trabajar en la fábrica de madera, al igual con el señor V, quien fue que el encargado de darle el trabajo y al igual también en la empresa Chevrolet en la cual laboró.

7.3.13 La perito forense del INMLYCF Adriana Janeth Mendoza Jiménez, declaró sobre su participación en los actos de investigación: i) para el año 2015 en el mes de julio se realizó pruebas con lógica al menor de edad con las iniciales NDA, quien se hizo presente en el consultorio en compañía del papá; ii) durante la entrevista el menor manifestó que el día anterior en horas de la

tarde se encontraba jugando con su hermanito a las tres de la tarde, luego había una persona adulta conocida para él y llega el momento en que se quedó el niño sólo con este adulto, y esa persona se bajó los pantalones y arrodilló al niño con sus manos, le hizo abrir la boca y le metió el pene, luego llegó un primo del niño, buscó a los padres de este para comentarles la situación, el padre del menor le pega con una tabla a dicho adulto y posiblemente lo entrega a la policía; iii) tuvo acceso a información complementaria de las circunstancias que involucran al menor, pues éste fue atendido en horas de la tarde en el hospital de Santa Mónica, las autoridades le permitieron el acceso a la testigo al historial clínico del menor; iv) el resultado de los exámenes practicados al menor fueron: en el cuerpo del niño no se encontró ningún trauma, en la cavidad oral tampoco se encontró, no había lesiones en la comisura o en el paladar blando, no había escurrimientos; v) cuando la perito revisa el niño éste ya había comido y ya se había cepillado los dientes, los genitales están en buenas condiciones de higiene, el prepucio en buen estado, el ano en forma y tono normal sin dilataciones, sin fisuras; vi) la interacción del menor fue muy buena, buena comunicación e interacción, no se vuelven a sacar muestras pues ya se habían realizado en el hospital Santa Mónica; vii) el menor hace un relato espontáneo de los hechos, en donde refiere haber sido penetrado por su boca; viii) en el informe se observa el relato que hizo el menor sobre los hechos tal y como se acostumbra en este tipo de valoraciones.

7.3.14 A la Sala no le queda duda de que se debe otorgar credibilidad al testimonio entregado por el menor NDE, y que no son de recibo los argumentos del censor respecto de las presuntas inconsistencias y contradicciones en el discurso ante las diferentes declaraciones, así como tampoco la presunta inexistencia del hecho por la prueba pericial de frotis bucal con resultados

negativos para espermatozoides en la cavidad oral del menor, toda vez que los testigos y las pruebas aportadas por la fiscalía, contrario a lo argumentado, no generan duda en razón de la responsabilidad del acusado en los hechos materia de investigación.

7.3.15 De la prueba oportuna y legalmente aducida a la audiencia de juicio oral, puede indicarse que no queda duda que para el 14 de julio del año 2014, en horas de la tarde, el menor NDE, se encontraba en la fábrica de su padre donde un trabajador (JULIAN DAVID GALLEGO CASTRO), aprovechando que estaba solo en el segundo piso de ese lugar, lo llamó, lo tomó por la cabeza con una mano mientras que con la otra se sacó el miembro viril del pantalón y lo introdujo en la boca del menor durante al menos 3 a 5 minutos, hasta que fue descubierto por otro menor primo del ofendido, quien informó a la mamá del mismo y luego al papá sobre lo ocurrido. Para ese momento el niño agredido tenía nueve años de edad.

7.3.16 Como dijo la Sala, el testimonio del menor fue confirmado con las manifestaciones de su primo, también menor de edad, quien observó lo sucedido y dio aviso a los padres del ofendido. El padre de la víctima corroboró lo manifestado por el niño en razón de lo que los menores le informaron y lo mismo sucede con los dictámenes del informe sexológico y el psicólogo forense. No obstante, la defensa consideró contradictorio lo manifestado por los niños y así mismo que la prueba de frotis bucal tuviese un resultado negativo para la presencia de espermatozoides, lo que consideró que implicaba duda frente a la ocurrencia del hecho, así como la responsabilidad del procesado.

Para tal efecto solo controvirtió la prueba de cargos con el testimonio del procesado.

7.3.17 Al respecto, el apelante argumentó que el menor NDE incurrió en contradicciones, entre ellas la forma como el agresor lo tomó con una mano por la cabeza, luego con la otra se sacó el miembro, le abrió la boca y le introdujo el pene en la boca, para lo cual dijo no encontrar explicación. Además, que el menor dijo estar tranquilo, pero luego haber salido corriendo y que, atendiendo que no existían amenazas del acusado, no hubiese huido primero, arañado, pateado o ejercido alguna defensa. Sin embargo, la Sala considera coherente el discurso del niño, quien dijo en el juicio oral, así como en las entrevistas previas ante el psicólogo y la perito forense, que el señor Gallego Castro lo tomó por la cabeza con una mano mientras que con la otra sacó su pene del pantalón, luego le abrió la boca y le introdujo el miembro en su boca, hechos que no admiten duda en su ejecución como lo plantea el censor, si se tiene en cuenta que se trataba de un adulto controlando por la fuerza física a un menor de tan solo nueve años de edad, aunado a ello, el hecho que el niño no ofreciera resistencia o se tornara violento tampoco le quita credibilidad a sus dichos, puesto que no todas las víctimas de abuso sexual actúan de la misma manera y el estar pasivo, permisivo, es una de las formas en las que el ser humano, lo cual pudo ser el motivo para que el niño NDE, por miedo, por la impresión de tal situación o la misma imposibilidad de comprender lo que sucedía, no se hubiese manifestado en la forma en que pretende el recurrente.

7.3.18 El apelante sugirió que los menores no explicaron si la presunta puerta que dividía las habitaciones estaba abierta o cerrada y tan siquiera se logró establecer por el menor NDE, la existencia o no de la puerta, y el primo de éste dijo que estaba cerrada, lejos para ver lo que sucedía, además de haber contradicción entre el tiempo que demoró JSMD, en regresar con su primo, puesto que este dijo que habían sido cinco minutos y el presunto ofendido dijo que eran tres minutos. Para la Sala quedó claro que sí había una puerta en el lugar, por cuanto los menores refirieron que existía aquella, que en un momento fue cerrada y cuando regresó al lugar el niño JSMD, abrió la puerta y observó, si bien desde lejos, lo que sucedía con su primito, lo que motivó que corriera donde su tía, la mamá de NDE, para contarle lo sucedido, momento que aprovechó la víctima para huir de su agresor, es decir, en ese instante sí reaccionó y escapó. De ese modo tampoco no se advierte duda en las manifestaciones de los testigos de cargo.

7.3.19 El apelante insistió en que la prueba negativa del frotis bucal del menor, de la cual consideró que había grandes probabilidades de encontrar espermatozoides, era indicativa de la inexistencia del hecho denunciado, puesto que, en los tres minutos que duró la felación, debió quedar rastro del semen del acusado. Para la Sala, por el contrario, tal hecho no significa *per se* la negativa del acceso carnal al menor porque se trata tan solo de una posibilidad, en la cual, atendiendo el poco tiempo de la relación sexual, sin eyaculación y que la prueba se tomó al niño transcurrido un buen tiempo, había consumido alimento y lavado sus dientes, dieron como resultado negativo, lo que no quiere decir que no hubiera sucedido el abuso sexual.

7.3.20 Por el contrario, para esta Sala de Decisión las presuntas inconsistencias no constituyen tales, tampoco generan duda de tal magnitud como para considerar que plantea una duda insalvable de responsabilidad; en primer lugar, porque la víctima, en el juicio, fue coherente, consistente en su relato, explicó lo relacionado con la puerta, y tales dichos se corroboraron con la declaración de su primo JSMD, de modo que no constituyen versiones diferentes. Por demás, el señalamiento sigue siendo claro y directo respecto del día, lugar, la hora, el modo en que ocurrió el abuso sexual.

7.3.21 Es de tener en cuenta que en el informe pericial de psicología forense del 16 de octubre de 2014 en el cual se determinó que no existía fluido seminal para extraer ADN, en conclusión, el frotis oral tomado dio negativo para semen. Sin embargo, la deducción del apelante al respecto no guarda coherencia con lo que tal prueba demuestra, en tanto fue claro según las versiones de los menores que el abuso sexual tuvo una mínima duración de entre 3 y 5 minutos, y si bien existía la probabilidad que hubiese espermatozoides en el conducto uretral que pudieran ser barridos por fluido seminal previo a una eyaculación o por secreciones que lubrican el pene, esto no es más que una posibilidad, muy reducida en razón del poco tiempo que duró el abuso sexual, aunado a que se reduce todavía más si se tiene en cuenta que no existió eyaculación, que la muestra se tomó a las 21:30 horas, mientras que los hechos ocurrieron a las 14:00 horas, es decir, siete horas y media después, aunado a que el menor ya había consumido alimentos, lo que conlleva a que la probabilidad de encontrar

material seminal eran muy bajas, de modo que ese resultado no puede descartar la ocurrencia de la agresión sexual.

7.3.22 El informe pericial No. S-002-2015-S-RO del 26 de enero de 2015, del psicólogo forense Jairo Robledo Vélez, permite inferir que el menor dio una versión de los hechos que es coherente y lógica, además concatenada y guarda relación con lo que informó en el juicio oral la persona que lo agredió sexualmente, la forma en que lo accedió, cómo aprovechó el lugar en el que se encontraban y el momento, así como la soledad del sitio para tomarlo a la fuerza y ponerle su pene en la boca, además, es consistente en la forma cómo su primo se enteró de lo sucedido y lo que contaron a sus padres. Y si bien es cierto que lógica y coherencia no son sinónimo de veracidad, lo cierto es que aunado a las tras pruebas obrantes en el proceso permiten confirmar los dichos del niño. La versión se sostuvo en lo esencial también en el informe pericial de clínica forense del 15 de julio de 2014 suscrito por la profesional especializada Adriana Janneth Mendoza Jiménez.

7.3.23 El defensor frente a tal señalamiento no aportó realmente ningún medio de prueba que permitiera desvirtuar el mismo, y sus argumentos se fundan en el testimonio del acusado, a quien presentó como una persona que tenía buena relación con el menor, con excelentes antecedentes familiares y sociales, por lo cual consideró que no había lugar a la existencia de la conducta investigada. La teoría de la defensa no encontró sustento en el testimonio de descargos porque este refirió incoherentemente que de repente, sin motivo alguno, los niños se

fueron corriendo y le contaron esos hechos, según él inexistentes, a la mamá, motivados aparentemente porque él no les permitía estar en el taller.

7.3.24 Sobre este tema el testimonio del perito Jairo Robledo Vélez sobre el examen que le practicó a la menor NDE se debe considerar como una prueba testimonial, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia pertinente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"(…)

6.7.3 En torno al anterior criterio , debe decirse que en CSJ SP del 2 de julio de 2014, radicación 43555, se expuso que el concepto del perito psiquiatra, constituye prueba técnica pericial, y no prueba de referencia, que al ser sometido a las regla de contradicción, se debe valorar siguiendo las reglas que determinan la apreciación de la prueba testimonial, ya que el dictamen del perito tiene que ser introducido al juicio oral a través de su declaración, que se relaciona sobre lo que percibió directamente en ejercicio de su actividad profesional. La parte pertinente del precedente antes citado es la siguiente:

"(…)

El impugnante, como se dijo, tampoco justificó la necesidad del fallo desde el punto de vista de las finalidades del recurso de casación. En particular, pasó por alto que uno de los propósitos de la misma es la unificación de la jurisprudencia, en cuyo ejercicio la Corte tiene ya

definido que los relatos sobre los hechos aportados al juicio por los peritos no constituye prueba de referencia, pues sus experticios introducidos junto con sus declaraciones, dan cuenta de lo narrado directamente por la víctima a ellos. ...” (Subrayas fuera del texto original)

7.3.25 A su vez, las manifestaciones del padre del menor víctima, sobre el abuso que refirió y el señalamiento puntual que hizo contra JULIAN DAVID GALLEGO CASTRO, como responsable de los hechos, deben ser consideradas y valoradas dentro del concepto de “prueba de corroboración periférica”, deducido de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que fue objeto de análisis por parte de esta Sala de Decisión, en una providencia dictada el 6 de agosto de 2013, dentro del proceso adelantado contra Carlos Gabriel González Escudero por el delito de “actos sexuales con menor de 14 años”, M.P. Dr. Jorge Arturo Castaño Duque, en la cual se dijo:

“(…)

En criterio de la sala mayoritaria en el plenario sí se cuenta con otros medios de persuasión que valorados en conjunto con la prueba de referencia incorporada, son suficientes para estructurar y fundamentar una sentencia adversa a los intereses del acusado, toda vez que demuestran más allá de toda duda la ocurrencia del delito y la responsabilidad de éste en el mismo.

Para sustentar tal aserto, es necesario acoger lo establecido en los precedentes del órgano de cierre en materia penal con respecto a lo que

se ha dado en llamar "prueba de corroboración periférica", y, muy particularmente, el giro interpretativo que ha tenido la jurisprudencia nacional en torno al valor de las pruebas periciales en las conductas sexuales cometidas contra menores de edad.

En torno a lo primero –prueba de corroboración periférica- la Alta Corporación expresó en reciente pronunciamiento:

"[…] 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 otro 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.[…]4

De conformidad con ese precedente, es claro que la premisa planteada por la defensora en cuanto a que el contenido de la prueba de referencia debe confirmarse con una prueba directa, no es cierto, ya que por el contrario éste puede corroborarse "por cualquier medio" en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios."

7.3.26 Aunado a ello se debe manifestar que la defensa no desvirtuó los fundamentos de la teoría del caso de la fiscalía, la cual está basada en los medios de prueba presentados en el juicio oral, que es lo que se conoce como el principio de "incumbencia probatoria", al cual se hizo referencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 8 de septiembre de 2015, radicado 39419:

"(...)

4 C.S.J, casación penal del 04-06-13, radicado 40893.

"La presunción de inocencia, en la forma como lo establece expresamente el ordenamiento procesal penal y lo corroboran diversos tratados de derechos humanos, constituye regla básica en cuanto a la carga de la prueba, ya que le corresponde al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, probar que "una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori". (Cfr. Corte Constitucional sentencia C-209-03).

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal, con claridad precisan que "corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, y que "En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria". Es decir, el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 8-2).

(…)

Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de

inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. "Esto es así, porque ante la duda de la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado." (Sobre el punto, véase Corte Constitucional sentencias C-252-01, C-774-01, C-416-02, y C-209-03.).

Dado que la carga de la prueba de responsabilidad no puede ser invertida, tampoco admite someterla a las reglas de la carga dinámica de la prueba.

(…)

El Código General del Proceso (art. 167), establece el principio general según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y, en forma excepcional, faculta al juez para que de oficio o por solicitud de parte, según las particularidades del caso, pueda distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

No obstante, esta tesis no es de recibo en el proceso penal si se trata de demostrar los elementos del delito y su conexión con el acusado (prueba de responsabilidad), por así prohibirlo de manera clara y contundente el

artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, el cual fija en el órgano de persecución penal la carga de la prueba de responsabilidad, en desarrollo del artículo 29 Superior y los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia, que garantizan la presunción de inocencia durante todo el trámite del proceso hasta la sentencia en firme que la desvirtúe.

De admitirse su empleo para el fin anotado (acreditar responsabilidad), además de transgredir al ordenamiento, se romperían los pilares del modelo de enjuiciamiento acusatorio alusivos al equilibrio entre las partes, la igualdad de armas, y la dirección de la causa por un juez imparcial sin iniciativa probatoria, pues acorde con la definición legal (art. 167 C.G.P), a través de ese principio se le asignaría la facultad de imponer al acusado el deber de demostrar la materialidad del delito y su responsabilidad, cuando considere que ese sujeto procesal se halla en mejores posibilidades de hacerlo que la Fiscalía.

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia

de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.

En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…".

7.3.27 Adicionalmente se debe manifestar que en atención a la corta edad (9 años) que tenía NDE cuando se presentaron los sucesos, el menor se encontraba en situación de indefensión, lo que obliga a valorar su testimonio y lo que manifestó en las entrevistas que rindió acudiendo a los lineamientos fijados en la sentencia T- 554 del 10 de junio de 2003 de la Corte Constitucional, en la cual se dijo lo siguiente:

"*Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.*

En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual

dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor…"

7.3.28 En consecuencia, esta Sala considera que en el caso existen los presupuestos exigidos por el artículo 381 de la ley 906 de 2004, para considerar demostradas la existencia de la conducta punible atribuida al procesado Julián David Gallego Castro y la responsabilidad de éste como autor de ese comportamiento punible, lo que lleva a esta Sala a confirmar el fallo de primer grado.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Circuito de Pereira, el 4 de mayo de 2015 mediante el cual JULIÁN DAVID GALLEGO CASTRO fue condenado en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, de los cuales fue víctima el menor NDE.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra esta procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
La autenticidad de este documento la confiere su procedencia de una cuenta oficial (Art. 7°, Ley 527 de 1999). Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.)

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

Firmado Por:

MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

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:
39a8d7641bdac4fc3a3a91c789af8d56dd12f0a6da88980dc715b25fb1e03d29

Documento generado en 29/04/2021 04:01:43 PM