

Segunda Instancia Rdo. 0091-2016

ALVARO PINEDA

Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años y Otro

Sentencia Condenatoria

Apelación

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL

SALA PENAL

Magistrado Ponente

LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA

Aprobado Acta No. 007

San Gil, veintiuno (21) de enero del dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor ALVARO PINEDA en contra de la sentencia proferida el 19 de julio de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito de Puente Nacional, Santander, por medio de la cual condenó al procesado, después de hallarlo penalmente responsable del delito de “*Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años en concurso heterogéneo y sucesivo con Actos Sexuales Abusivos Con Menor de Catorce Años*”, a la pena principal de 96 meses de prisión, siendo víctima el menor B.C.P.R.

II. HECHOS

Fueron consignados en el escrito de acusación, en los siguientes términos:

“El día 27 de enero de 2008, el señor ALVARO PINEDA, invitó a su casa, ubicada en el corregimiento de la Quitaz, municipio de La Belleza, al menor B.C.P. y con frecuencia le regalaba dulces, menor que para la época de los hechos tenía 13 años de edad. Estando allí procedió a abusar sexualmente de él, le quitó la ropa, lo manoseaba y lo besaba, manifestándole que no le contara a nadie.

En el mes de febrero de esa anualidad regresó porque le regalaba cosas y entonces el hombre se bajó los pantalones y se le echó encima que lo alcanzó a penetrar y él se quitó porque le dolió, aducía ayudarle en el estudio, le gastaba dulces y le dio mil pesos. Posteriormente cuando lo veía sentado llegaba y le daba helados, después de su cumpleaños le dijo que se volaran y él le dijo que no. El 17 de mayo de ese año volvió a la casa del imputado porque le iba a regalar unos cocos y le dio gaseosa, y le dijo que le iba a regalar una cobija y le quitó la ropa, le cogió el pene y lo succionó, le echó semen y le dijo que sí se seguían viendo le iba a regalar una casa. El día anterior a la denuncia se encontraron y le manifestó que sí abría la boca lo mataba, y que fueran a los valles a hacer el amor.

El 21 de mayo de 2008, el menor trató de huir de su casa, dejándoles una carta a sus padres”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de La Belleza, Santander, el 21 de septiembre de 2012 accedió a la solicitud de declaración de persona ausente del señor ALVARO

PINEDA y el 15 de febrero de 2013, realizó las audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del referido, por el delito de Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años, consagrado en el artículo 208 del Código Penal *“en concurso heterogéneo y sucesivo con Actos Sexuales Abusivos Con Menor de Catorce Años”*, este último de conformidad con lo preceptuado en el artículo 209 del mismo compendio normativo, siendo víctima el menor B.C.P., imponiéndosele a dicho procesado medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, por lo cual se profirió una nueva orden de captura.

2. El escrito de acusación se presentó el 12 de marzo de 2013 y el día 6 de mayo de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Puente Nacional, Santander, por el delito de Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años, consagrado en el artículo 208 del Código Penal, *“en concurso heterogéneo y sucesivo con Actos Sexuales Abusivos Con Menor de Catorce Años”*, previsto en el artículo 209 del mismo compendio normativo.

3. La vista preparatoria se efectuó el 24 de julio de 2013, donde se enunciaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del procesado y la edad del menor presunta víctima; de igual modo, se profirió el respectivo auto de pruebas, el cual no fue recurrido por las partes ni los intervinientes, quedando debidamente ejecutoriada dicha decisión.

4. La audiencia de juicio oral se cumplió en 5 sesiones, los días 16 de octubre de 2013, 14 de agosto de 2014, 7 de mayo de 2015, 30 de marzo

de 2016 y 24 de junio de 2016. En el desarrollo de estas diligencias, el Ente Acusador expuso su teoría del caso, se incorporaron como estipulaciones probatorias las indicadas en la audiencia preparatoria, se practicaron las pruebas previamente decretadas y, en el traslado a los sujetos procesales e intervinientes para la exposición de los alegatos conclusivos, la Fiscalía solicitó la condena del procesado por los punibles objeto de acusación, la defensa, por su parte, deprecó la absolución de su asistido y, de forma subsidiaria, solicitó la condena de su prohijado sólo por el ilícito de Actos Sexuales Con Menor de Catorce Años. El sentido del fallo resultó de carácter condenatorio para el señor ALVARO PINEDA, por el delito de Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años en concurso heterogéneo con el de Actos Sexuales Con Menor de Catorce Años *“en concurso homogéneo y sucesivo”*. Se dispuso librar orden de captura en contra del procesado.

5. El día 19 de julio de 2016 se realizó audiencia de lectura de fallo, mediante la cual se condenó al señor ALVARO PINEDA por el delito de *“Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años en concurso heterogéneo y sucesivo con Actos Sexuales Abusivos Con Menor de Catorce Años”*. Dicha providencia fue apelada por el defensor.

IV. EL FALLO APELADO

Luego de destacar el aspecto fáctico, la individualización e identificación del procesado, los alegatos conclusivos de los sujetos procesales y hacer referencia a lo relatado por los deponentes en el juicio oral y público, el A Quo señaló que, con las pruebas que le fueron puestas en su conocimiento, se puede concluir, sin asomo de duda, que efectivamente B.C.P.R., fue abusado sexualmente por el

acusado ALVARO PINEDA, en un comienzo con tocamientos eróticos sexuales y posteriormente, accediéndolo carnalmente.

Al respecto resaltó que lo referido por el ofendido ante los diferentes profesionales que le realizaron las respectivas valoraciones es creíble, en razón a que *“en dichas salidas, el menor fue conteste en narrar de manera pormenorizada, clara y coherente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos del abuso sexual del cual fue víctima”*, además de que señaló como su agresor al señor Álvaro Pineda.

Precisó, que la versión dada por B.C. en la audiencia de juicio *“mantiene su núcleo central y guarda total coherencia con lo dicho desde la misma denuncia así como lo referido ante la psicóloga del C.T.I., cuando tenía 14 años”* y no se encontró en el menor *“una actitud mendaz”*, que permitiera deducir que éste haya mentido para perjudicar al señor Álvaro Pineda.

Igualmente, dijo que la profesional en psicología encontró en el relato dado por el menor *“coherencia en su lenguaje verbal y no verbal, o que hay consistencia, que hace mención a una gran cadena de acciones, sin que haya percibido que dichas manifestaciones fueran aprendidas”*.

Añadió que, aunque la médico que le practicó la valoración sexológica a la víctima no haya encontrado *“rastros de semen en el cuerpo del menor, ni evidencia de maltrato en el orificio rectal, así como ningún signo de violencia”*, no es posible descartar la existencia del acceso carnal, si en cuenta se tiene que la profesional en la audiencia de juicio mencionó que *“los hechos no se perpetraron ese día, sino que venían sucediendo con antelación”*.

De otra parte, indicó que, al realizar el análisis en conjunto de las pruebas traídas y debatidas en el juicio, *“se infiere con total nitidez que efectivamente entre el menor y el victimario existía no solo una desinteresada amistad (...) sino que detrás de todas estas presuntas buenas acciones se escondía todo un ardid para alcanzar el fin propuesto por este hombre mayor para seducir y acceder carnalmente al menor”*.

Frente al reproche que realizó la defensa a la valoración psicológica practicada a B.C., señaló que no le asiste razón, ya que la profesional de la psicología en la audiencia de juicio y en el análisis efectuado al examinado, manifestó que encontró coherencia, *“conclusión a la que arribó no de manera aislada como lo pretende hacer ver la defensa sino, que ella encuentra esa coherencia, en la espontaneidad del relato, en el lenguaje que utiliza, en la claridad y percepción que recibe de manera directa, todo ello unido con los elementos que le fueron puestos de presente (...)”*, máxime cuando ella no solo analizó la entrevista que le realizó al menor, sino que también estudió *“las entrevistas que éste había rendido ante la policía judicial y la médico legista”* y la vertida por su progenitora.

En lo relativo a lo que argumentó la defensa *“en el sentido que no existió acceso carnal abusivo sino que simplemente actos sexuales”*, señaló que del acervo probatorio, valorado en conjunto, se concluye lo contrario, pues el menor fue contundente en señalar que éste sí ocurrió y en varias ocasiones, destacando además la relevancia, en este tipo de delitos, de la declaración de la víctima, por ser el único testigo directo, valorado de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia T-554 de 2003 de la Corte Constitucional, en el *“artículo 404 del estatuto procesal”* y en los criterios

jurisprudenciales, fijados en la sentencia con radicado 26128 del 11 de septiembre de 2017.

Puntualizó que el menor en su relato no mostró resentimiento en contra del procesado y que su versión es *“altamente creíble, ajustado a la realidad de las circunstancias que rodearon el evento criminoso”*, resaltando que la psicóloga que valoró al ofendido conceptuó que el relato dado por éste fue coherente y lógico.

Además, sobre la responsabilidad del procesado, indicó que no existen dudas ya que existen indicios graves, como lo es la oportunidad que tenía éste en razón a la precariedad económica de la víctima, quien atraído por los regalos que le daba el señor Álvaro Pineda permitía los abusos sexuales; y en igual sentido, el *“hecho de la huida intempestiva del victimario de la región en donde residía y tuvieron ocurrencia los hechos de abuso sexual, una vez el menor contó y puso en evidencia el maltrato sexual de que había sido víctima por parte de este sujeto, lo cual constituye sin lugar a dudas otro indicio grave en su contra, ya que nadie huye de un lugar si no tiene nada ilegal que esconder, sin que se haya hecho presente durante el transcurso del proceso, denotando con ello su único propósito de burlar a la justicia (...)”*.

Adujo que la psicóloga María Tarazona Cely, en la valoración que le efectuó al menor, expuso que *“el relato de la víctima tenía coherencia, en sus distintas salidas, tanto lo afirmado por él ante la médico forense que le practicó la valoración médico legal, su progenitor y lo que dijo ante ella misma en la entrevista que le recepcionó en su valoración psicológica (...)”*.

Corolario a todo lo dicho en precedencia, apoyó los argumentos de la representante del Ente Acusador, la cual deprecó la condena del procesado y consecuentemente desestimó la tesis de la defensa que solicitó la absolución de su defendido o que se condenara sólo por el delito de Actos Sexuales Con Menor de Catorce Años.

En lo referente a la dosificación punitiva, partió de la pena de 64 a 144 meses de prisión, conforme al artículo 208 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, por el delito de Acceso Carnal Abusivo, habida cuenta que del concurso heterogéneo es la que ostenta mayor gravedad y, después de establecer los cuartos de movilidad punitiva, señaló que en este caso, se ubicaría en el primer cuarto que va de 64 a 84 meses de prisión, por cuanto no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, mientras que concurre la de menor punibilidad por ausencia de antecedentes penales.

Dentro de dicho ámbito de movilidad, tasó la pena en 72 meses de prisión, debido a la particular gravedad de los hechos, concretamente, a la forma cómo el agresor se fue ganando la confianza del menor y su familia, aprovechándose de las carencias económicas de ese núcleo familiar para generar en B.C. dependencia; monto al que le aumentó 24 meses por el concurso con el delito de Actos Sexuales con menor de catorce años, consagrado en el artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, **fijando en definitiva la pena principal en 96 meses de prisión**, mismo término en el que determinó la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, le negó al condenado los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria, por expresa prohibición del Código de la Infancia y la Adolescencia para este tipo de casos (artículo 199).

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor del señor ALVARO PINEDA, inició la sustentación de la alzada señalando algunos de los presupuestos a los que el Juez se debe someter para dictar una sentencia condenatoria, los cuales se encuentran estipulados en los artículos 7, 380, 381 y 448 del Código de Procedimiento Penal, destacando que para proferir sentencia condenatoria, se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable y las pruebas deben ser valoradas en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, del mismo modo, al existir dudas, las mismas deben resolverse en favor del procesado.

De otra parte, argumentó que al testimonio de B.C.P.R. no se le puede dar total credibilidad *“en todo lo que narra”*, dado que su relato *“en ciertos momentos no es coherente”* y agregó que dicho menor manifestó que *“tenía una buena amistad con Álvaro Pineda, y que él trataba de tocarlo pero que nunca lo penetró, que Álvaro le regalaba cosas, que su papá empezó a sospechar porque le contaron lo que pasaba, pero que los relatos que hace no son concretos frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las fechas (...)”*.

Se refirió a la declaración de Eduardo Rojas Marín, en lo que respecta al comportamiento del procesado, asegurando que este informó *“es bueno, que es buena gente, que no es abusivo con los menores de edad y que en*

la casa vivía con una pareja que lo acompañaba, que no tiene conocimiento de abusos sexuales con menores y que nunca ha tenido problemas sexuales con menores de edad en la región”.

En cuanto a la valoración efectuada al menor por parte de la médico Ligia Rosa Gómez Cáceres, destacó que *“el menor dice que no fue penetrado, que la misma médico dijo que no hubo ningún desgarró y que como vemos los músculos del ano fueron creados para expulsar y no para penetrar, que en el momento en que haya una penetración así sea abusiva o complaciente siempre habrá un desgarró, habrá un daño, que eso se ha demostrado científicamente”.*

Frente al testimonio rendido por Luis Javier Fajardo, arguyó que éste no es un testigo directo *“sino que es un testigo de oídas”*, por lo tanto, no se le puede dar credibilidad *“sólo porque el menor lo narró, además, porque dice que no se acuerda bien”.*

Expuso que el señor Guillermo Gutiérrez en su deponencia mencionó no saber acerca del comportamiento del procesado, como tampoco tiene conocimiento de algún *“problema que haya tenido con menores de edad, que B. y Álvaro no se tratan y que con Javier tampoco se tratan, critica este hecho ya que en su sentir hay una contradicción con lo dicho por Javier, esto es, si son amigos o enemigos, y que pudo ser como consecuencia de esa enemistad que se dicen las cosas que no hayan sucedido”.*

Respecto de los investigadores del C.T.I., Carlos Alberto Hernández Parra y Enrique Motta, manifestaron que *“no tienen conocimiento de estos hechos, pues sus tareas investigativas para la defensa no tienen mayor importancia”.*

En lo referente al dictamen pericial efectuado por parte de la psicóloga MARIA LEONOR TARAZONA CELY, indicó que al menor sólo se le realizó una valoración que duró 2 horas, no obstante *“lo que recomienda la parte científica es que la valoración debe hacerse más de una vez para ver si realmente hay coherencia o no (...)”*, y cuestiona que la psicóloga hable de coherencia *“pero... coherencia respecto de qué?, si solamente fue una valoración, y que hay que compararla con varias valoraciones”* para poder establecer dicha coherencia.

Criticó el hecho de que la entrevista no fuera grabada, en razón a que no existe *“claridad en la técnica empleada, que simplemente nos sujetamos a lo que dice la psicóloga, que sobre la objetividad del entrevistador tampoco la hay, que no sabemos si el uso de las preguntas fueron inductivas o sugestivas, así como los factores externos que pudieron haber incidido en una respuesta”*.

Añadió que una transcripción *“no se puede”* hacer exacta ya que hay que sujetarse a lo que plasma la psicóloga en la valoración, además, *“no se puede controvertir algo que si no hay video para mirar si lo que dijo, o que es cierto o no es cierto (...) el entrevistador solo plasma lo que a él le parece importante y que ese es el problema de no grabar”*.

Con base en lo dicho en precedencia, deprecó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a su prohijado, y como una petición subsidiaria, solicitó que su defendido sea condenado por el delito de Actos Sexuales Con Menor de Catorce Años y absuelto por el punible de Acceso Carnal Abusivo Con Menor de Catorce Años, agregando que no hay claridad en ciertos aspectos, como cuando *“él dijo que fue una sola vez”*; mientras que la Dra. Ligia Rosa *“dice que no*

hay penetración, que no hubo daño”, sumado a que el menor afirmó que su agresor lo intentó penetrar pero no pudo.

VI. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

La delegada de la Fiscalía luego de reiterar lo dicho por la defensa en la sustentación del recurso de apelación y lo narrado por algunos testigos en la audiencia de juicio; señaló que con el acervo probatorio presentado en el juicio *“indudablemente a la única conclusión a la que se llega es que el jovencito si fue abusado sexualmente por ese adulto quien lo hizo fruto de su lascivia dándole regalos y prometiéndole dádivas, hechos ocurridos cuando contaba con una edad de 13 años”.*

Resaltó que la víctima *“no sólo desde un comienzo de la investigación indicó que había sido objeto de la lascivia de PINEDA, sino que no sólo fueron tocamientos en sus partes genitales, sino penetración rectal, no como lo pretende hacer ver el defensor, que “trató”, sino que refiere que “lo alcanzó a penetrar”, y que él se le quitó porque le dolió, en otra ocasión afirma que “lo penetró”, es más en la misma audiencia de juicio oral es claro en indicarlo así (...)”.*

Arguyó que *“si bien es cierto que la médico que le realizó el examen médico legal refiere que el menor manifestó que lo trató de abusar, y que no le encontró lesiones, ello no significa que realmente no hubiera acceso carnal, como quiera que en una buena cantidad de casos efectivamente no quedan lesiones a ese nivel (...) dado que el músculo anal es dilatable debido al paso del bolo fecal, es por ello que en términos normales, no quedan evidencias de lesiones o fisuras cuando ingresa el miembro viril (...), a menos que se ejerza violentamente y se produzcan rompimientos, normalmente no ocurren sangrados, salvo que se produzcan los rasgados por la violencia”.*

Por lo tanto, solicitó que se confirme la sentencia objeto del recurso.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación para resolver el recurso de apelación elevado por la defensa técnica del señor ALVARO PINEDA, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, según el cual, las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen *“de los recursos de apelación contra autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito”*, pues la determinación de primera instancia, objeto de escrutinio, es una sentencia proferida por un Juzgado de la categoría de Circuito de este Distrito Judicial.

2. Del Recurso de Apelación

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado.

Ese grado de convicción según se desprende de la citada disposición, debe alcanzarse con fundamento en las pruebas que fueron solicitadas y decretadas legal y oportunamente, obviamente con observancia de los principios de contradicción, inmediación y publicidad. Si a la postre, de los medios de conocimiento aducidos, no se supera la duda

razonable, inexorablemente tendrá que absolverse al procesado, porque eso significa que no se pasó de la probabilidad de verdad, grado de conocimiento necesario para acusar, pero que se torna insuficiente al momento de infligir una condena.

En otras palabras, en el estadio propio de la sentencia debe pasarse de una situación de probabilidad, que es la que se declara al formularse acusación en contra de una persona, a un grado de convencimiento que supere toda incertidumbre; pues únicamente de ese modo podrá derruirse la presunción de inocencia, que más que una garantía puede considerarse como un derecho fundamental del procesado, con un clarísimo origen constitucional al tenor del artículo 29 de la Carta Política. Por supuesto, el Juzgador sólo podrá basar su decisión en la prueba que bajo los postulados de publicidad, inmediación y contradicción haya sido incorporada al juicio.

Igualmente, como bien es sabido, el compromiso del Ad Quem al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación, a no ser que se encuentren inescindiblemente vinculados con estos o sea necesario un pronunciamiento de fondo sobre otros aspectos con el fin de preservar el principio de legalidad y el debido proceso, respetando en todo caso la prohibición de la reformatio in pejus cuando el procesado sea apelante único.

3. Así entonces y en atención a lo censurado por el defensor en su alzada, los problemas jurídicos principales a resolver son: i) si del material probatorio recaudado en el juicio oral se puede concluir que

los hechos abusivos en contra de la integridad, formación y libertad sexual del menor B.C.P.R. existieron; y ii) en caso afirmativo, si el responsable de los mismos es el señor ALVARO PINEDA. De igual modo y en concordancia con lo anterior, se dilucidaran los siguientes problemas jurídicos secundarios: i) si B.C.P.R. incurrió en incoherencias o contradicciones sustanciales en su testimonio que lo hagan increíble; ii) si la valoración psicológica realizada a dicho menor no ofrece valor suasorio y iii) si del dictamen médico-sexológico se concluye la inexistencia de la penetración.

4. En primer lugar, frente al convencimiento más allá de toda duda que se requiere para condenar, resulta imperioso hacer un análisis concreto de las pruebas recaudadas a lo largo del debate oral, apreciadas de forma individual y en conjunto, como lo establece el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, para determinar si en el presente asunto el resultado que arrojan las mismas es la certeza racional en torno a la materialidad del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS en concurso heterogéneo y sucesivo con ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, en contra del menor B.C.P.R.; así como respecto de la responsabilidad de ALVARO PINEDA en los mismos, pues es precisamente dicho proceso valorativo de los elementos de convicción y su conclusión, lo que el impugnante cuestiona de la decisión de instancia.

5. En torno al análisis probatorio, debe precisarse que no hay una medición matemática o rígida para la apreciación o juicios de valor en esta materia, correspondiendo ceñir el estudio de los medios de convicción, recaudados en el juicio oral, a los trazos dados por la sana crítica y sus criterios de la experiencia, la lógica y la ciencia, para

arribar con propiedad a un convencimiento más allá de toda duda razonable de las cuestiones antes señaladas. Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica...”¹.

Igualmente y con anterioridad, el Alto Tribunal expuso:

“La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada.

El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.

En consecuencia, el razonamiento para determinar en un proceso penal si un hecho dado ocurrió o no (facticidad), y, en la primer eventualidad, las posibilidades en que se ejecutó, solo puede apoyarse en premisas argumentativas que apliquen las reglas de la sana crítica, en los términos que vienen de explicarse, no a través de la personal o subjetiva forma de ver cada sujeto la realidad procesal examinada”².

6. Ahora bien, antes de hacer cualquier mención a las pruebas legalmente aducidas y al valor que se les otorga, es dable resaltar que,

¹ Sentencia con radicado 43866 del 16 de marzo de 2016.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 25 de mayo de 2005, radicación 21068.

si bien es cierto, las declaraciones previas al juicio oral realizadas por los menores víctimas de injustos como los que se analiza en este caso, pueden ser introducidas para su valoración, incluso cuando la víctima comparece al juicio oral, deben ser solicitadas por quien tenga interés de realizar el aporte probatorio, en este caso, el Ente Acusador, cumpliendo con la carga argumentativa que le corresponde.

Al respecto, ha indicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que dichas versiones rendidas por fuera del juicio oral son prueba de referencia *“porque (i) encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación, y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera. (CSJSP, 16 mar 2016, Rad. 43866)”³.*

Por lo tanto, bajo esos parámetros deben ser solicitados, es decir, la Fiscalía debe deprecar, como medio de prueba independiente, la versión rendida por el menor previo al juicio oral, señalando expresamente que se trata de prueba de referencia y acreditando la correspondiente causal de su admisibilidad excepcional de las previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, sin que

³ SP5295-2019 Rad. 55651

se pueda limitar a incorporarlas directamente junto con los demás elementos con vocación demostrativa, como es el caso de las valoraciones psicológicas o médico legales que contienen, por regla general, la versión de las presuntas víctimas, vertida ante los expertos para efectos del correspondiente dictamen pericial, como equivocadamente ocurrió en el presente asunto.

En efecto, el A Quo valoró dichas versiones previas del menor B.C.P.R., concretamente las vertidas ante la Dra. María Leonor Tarazona Celi, quien realizó la valoración psicológica, y ante la Dra. Ligia Rosa Gómez Cáceres, para efectos del reconocimiento médico legal, como elementos demostrativos adicionales, los que incluso el abogado defensor utiliza como insumos para uno de los puntos de la censura, sin que el Ente Acusador hubiese solicitado, en la audiencia preparatoria, dichas versiones como prueba de referencia, sino que simplemente se limitó a indicar, respecto de la entrevista realizada por la Dra. María Leonor, que haría alusión a la valoración psicológica del menor y a lo *“qué le dijo -la presunta víctima-, en el evento que el menor no comparezca, sea introducido por ella”*. Lo anterior, sin perjuicio que estas versiones anteriores puedan ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Asimismo, en punto de la valoración médico legal, la Fiscalía se limitó a indicar que la profesional depondría sobre los aspectos propios de su informe; destacándose que dichas versiones, tampoco fueron utilizadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad por ninguno de los sujetos procesales, de tal forma que tampoco, para esos efectos, pudieron ser debidamente incorporadas en el juicio oral esas versiones anteriores de la víctima, a excepción de unas entrevistas rendidas por

el menor B.C. el 8 de junio de 2009 y el 22 de mayo de 2008, las que sí fueron utilizadas por la Fiscalía para refrescar memoria.

En consecuencia, no resultaba procedente, como equivocadamente lo hizo el Cognoscente en la sentencia impugnada, valorar o darle un atributo demostrativo a las versiones previas del menor ofendido, incorporadas con las referidas peritos, las que obtuvieron esa información al momento de examinarlo con el fin de elaborar sus respectivos experticios, toda vez que esa prueba pericial no fue petitionada y, por ende, tampoco deprecada con la finalidad o como medio para introducir dichas versiones, sino para la exposición de las conclusiones a las que arribaron como expertas en las áreas correspondientes, es decir, se reitera, el Ente Acusador no cumplió los pasos necesarios para su incorporación como prueba de referencia, señalados por la máxima autoridad en materia penal así:

“En la sentencia 44056 de 2015 la Sala hizo hincapié en el trámite que debe agotarse para la incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia. Se dijo:

El descubrimiento de la declaración que constituye prueba de referencia.

El descubrimiento probatorio debe sujetarse a las reglas generales establecidas para todos los medios de prueba ((CSJ AP, 13 Jun 2012, Rad. 32058, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SC, 20 Feb. 2007, Rad. 25920, CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177, CSP AP, 03 Sep 2014, Rad. 41908 entre otras).

En materia de prueba de referencia, debe tenerse especial cuidado en descubrir tanto la declaración anterior al juicio oral, que se pretende introducir como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración.

Este requisito debe ser minuciosamente verificado, habida cuenta de los límites para el ejercicio del derecho a la confrontación asociados a la admisión de prueba de referencia.

Así, por ejemplo, si se trata de la declaración rendida por un testigo antes de fallecer, debe descubrirse dicha declaración, así como los documentos que la contengan y/o los datos de los testigos que la escucharon y que pretenden ser utilizados como prueba de su existencia y contenido.

La explicación de pertinencia como requisito esencial de la solicitud de la prueba

En reiteradas ocasiones la Sala ha resaltado la importancia de la explicación de la pertinencia de la prueba como presupuesto para su decreto, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse en torno a su conducencia, utilidad, etc. (entre otras, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Cuando se trata de prueba de referencia, la parte que pretende su aducción debe cumplir dos cargas puntuales en materia de prueba de referencia.

En primer término, tiene la carga de explicar la pertinencia de la declaración anterior al juicio oral, que se pretende aducir como medio de prueba de alguno de los aspectos relevantes del debate. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 441 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la “admisibilidad y apreciación” de la prueba de referencia debe regularse “por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”.

Además, debe explicar la pertinencia de los medios de prueba elegidos para acreditar la existencia y el contenido de la declaración anterior al juicio oral.

Así, por ejemplo, si la parte pretende que se decrete como prueba lo expresado por una persona antes de fallecer o de ser víctima de secuestro o desaparición forzada, etcétera (Art. 438 de la Ley 906 de 2004), debe explicar la pertinencia de dicha declaración, y si quiere demostrar la existencia y contenido de la misma a través de un documento, de un testimonio y/o de un dictamen pericial, debe cumplir los requisitos generales y específicos de admisibilidad frente a estos medios de prueba.

La demostración de la causal excepcional de admisión de prueba de referencia

(...)

La causal de aceptación de prueba de referencia prevista en el numeral 3° de la Ley 1652 de 2013 está supeditada a la verificación de que la víctima sea menor de 18 años y se trate de un delito contra la integridad, libertad y formación sexuales.

Determinación de los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior.

Cuando se admite una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia, la parte que lo solicita debe demostrar su existencia y contenido. A su vez, la parte contra la que se aduce la prueba de referencia tiene derecho a ejercer los derechos de contradicción y confrontación frente a estos medios de prueba. Por ejemplo, puede atacar la autenticidad del documento que contiene el relato o la credibilidad de los testigos que dicen haberlo escuchado, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo que declaró por fuera del juicio oral (Arts. 440 y 441 Ley 906 de 2004).

En desarrollo del principio de libertad probatoria, la Ley 906 de 2004 no limita a las partes para utilizar cualquier medio de prueba con el fin de demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio. Sin embargo, la parte tiene el deber de procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración.

(...)

La incorporación de la declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia

(...)

El proceso de incorporación de la declaración anterior al juicio oral dependerá del medio de prueba utilizado por la parte para lograr dicho cometido. Así, por ejemplo, si lo dispuesto para dichos efectos es un documento, deberán aplicarse en lo pertinente las reglas de la prueba documental (autenticación, admisión,

*lectura del documento, etc.), y si se pretende utilizar un testimonio, son aplicables las reglas de la prueba testimonial (el testigo deberá comparecer al juicio para ser sometido a interrogatorio cruzado, sólo podrá declarar sobre lo que directa y personalmente haya percibido, etc.) (CSJ SP, 8 Abr. 2014, Rad. 36784)."*⁴

Por lo tanto, las versiones de B.C.P.R., obtenidas previamente al juicio, no podían tenerse por incorporadas válidamente como prueba de referencia y no era dable su valoración.

7. Descendiendo a los puntos que el recurrente cuestionó, concretamente respecto de la valoración probatoria efectuada por el A Quo, se tiene lo siguiente:

7.1. En la sesión de audiencia de juicio oral llevada a cabo el 7 de mayo de 2015, **la víctima B.C.P.R.**, además de informar que para el año 2008 vivía en el municipio de la Belleza, Santander, concretamente en el corregimiento de la Quitaz, junto con sus padres de nombres Alba Inés Ruiz Rojas y Luis Javier Pineda Fajardo, época en la que tenía 13 años de edad y se encontraba estudiando, por lo que debía desplazarse desde el corregimiento a la vereda San Antonio; que conoce a ALVARO PINEDA porque *"él fue muy allegado a la familia (...) como conocido, y pues debido a eso que él fue conocido, fuimos como estableciendo una amistad con él"*, sin imaginar que las pretensiones del procesado fueran de tipo sexual.

Relató que cuando estaba estudiando y ALVARO PINEDA sabiendo *"que yo tenía mis compañeros (...) me esperaba en el camino escondido y pues salía y a veces me iba con mis mismos compañeros y pues nadie imaginaba que él estaba persiguiendo eso, si ve, y pues de él se allegó mucho a la familia*

⁴ Ibídem.

debido a eso y pues fue inclusive que estaba haciendo la confirmación me había dicho mi papá que escogerlo de padrino”, pero que “de un tiempo para otro él me dijo que fuera a la casa y que no le contara a nadie, y que no hiciera alboroto que iba a ir a la casa de él y pues yo fui y a veces la necesidad y uno pequeño, pues si ve y uno, él me empezó a dar cosas y yo debido a eso empezamos a tener relaciones con ALVARO PINEDA, pero debido a eso ya después siguió pasando el tiempo y a medida de que ya como que tuvimos la primer relación él ya se fue allegando mucho y ya fue entrando más a la casa y pues tuvimos siempre varias relaciones y todas fueron ocurridas en la casa de él”; agregando que de sus constantes visitas a la casa del acusado fue testigo “un profesor de matemáticas que es Jairo (...) el mismo profesor lo puede decir que yo hacía muchos viajes a la casa de él y a veces yo golpeaba y él era el que abría la puerta y yo preguntaba por DON ALVARO”.

Precisó que “cuando comenzamos él ya pues me empezó a tocar a quitarme la ropa pues intentándome penetrar las primeras veces, ya de un tiempo para otro la penetración ya la hubo y pues eso fue muchas veces”, pero empezó a notar que “la gente ya como que ya sabía que el hombre de pronto tenía sus vainas como dicen si ve”, por lo que “le tocaba esquivársele más a la gente para ir allá, y ya empezaba a ir uno tarde de la noche”; destacando que ALVARO le regalaba “muchas cosas, una vez me regaló una muda de ropa que cumplí mi cumpleaños, él fue el que me regaló la torta y todo mejor dicho todo eso”.

Agregó que su progenitor “empezó a notar eso” y “me dijo mijo, espere no haga nada y como que hagámosle una trampa para nosotros cogerlo bien a él”, sin embargo, ALVARO “como que ya se pescó que mi papá estaba buscando la prueba para poderlo hundir de lo que estaba pasando” y fue cuando, en el recorrido para ir a estudiar, el procesado llamó a B.C. “y me dice que no

vaya a decir nada de lo que estaba pasando, como haciéndome interpretar una cosa a mí en la cabeza de que o interpretar no porque yo creo que yo hubiera seguido armando el problema de pronto el hombre a mí me había jodido si ve, y yo me fui esa tarde inclusive yo me volé que mi papá lo puede decir, yo cogí mi ropa y ya estaba yo con ese miedo y ahora dios mío lo que me gané fue un problema acá porque el man a mí me puede estar jodiendo por yo haber contado eso, y me fui de la casa, y ya cuando yo iba cierto ya parte del camino que ya no veía más la luz del día pues me arrepentí cuando yo me devolví mi papá ya él venía en la moto, venía ya con mi hermano, me estaban buscando y ya después de eso el hombre se borró del mapa (refiriéndose al aquí enjuiciado" y más adelante precisó que si bien, ALVARO no le mostró un arma "él lo que me dijo era que me hizo interpretar fue que no soltara la boca porque yo estaba metiéndome en un gran problema si yo hablaba lo que estábamos haciendo los dos".

Indicó que estos abusos impactaron en gran medida su vida, sufrió discriminación, lo que lo motivó a dejar los estudios, *"tuve muchos rechazos por la sociedad porque yo intenté seguir estudiando y pues usted sabe cómo es que la sociedad asume una cosa así sea el problema que sea, no se ponen en el puesto de uno, y pues a raíz de eso tuve que me molestaban mucho tuve mucha discriminación y pues yo me salí de estudiar y ya comencé mi vida normal a trabajar (...) yo sé que fue culpa mía también pero como le digo a veces la necesidad, ya que le traigan cosas, como que lo apadrinen a uno y sabiendo lo que estaba pasando yo siento que las cosas las estaba haciendo mal hechas, pero él fue muchísimas veces las que estuvimos los dos".*

Agregó que no recuerda la fecha en la que ocurrieron esos episodios sexuales, solo que tenía 13 años, por lo que por parte de la Fiscalía se le puso de presente una entrevista rendida por dicho testigo el 8 de junio de 2009, para refrescar memoria, indicando el menor que sí fue en la

época que en esa declaración se señala, es decir, *“27 de enero de 2008 y 17 de mayo de 2008”*, sin embargo, agregó que *“y pues, eso sí fue cuando así como dice acá y pues yo si soy consciente de que el me penetró y que fue muy, fueron varios encuentros”*, además, que también es cierto que *“como dice ahí, cuando ya lo que era decir que si me dejaba penetrar y había plata, eso sí es cierto también”*.

Señaló, respecto de los encuentros sexuales que *“como decía ahí muy bien, él me bajaba la ropa, me tocaba eso fue de principio, ahí como dice que las primeras veces que como te dije ahorita me intentó penetrar pero yo no aguanté si ve, ya después de que ya sucedió eso ya fueron más los encuentros, porque la primera vez que él me hizo eso a mí me dolió mucho o sea no fui capaz, o sea me fui para la casa, ya cuando me devolví ya después él me dijo mejor no ya no venga y el siguió con el ya no pues si yo lo penetro a usted si pillas yo le voy a dar más plata si ve como que le voy a colaborar más con las cosas, como qué le voy a regalar más cosas”*.

Agregó que el día que pretendió irse de su casa, por sentirse amenazado por ALVARO PINEDA, dejó una nota *“pero no puedo rectificar si yo le dije todo en esa nota, pero si le dejé un papel que yo le decía a mi papá que yo me iba de la casa porque yo estaba consciente de que había cometido ese error y pues él ya sabía que yo estaba metido en un problema por haberse descubierto eso”*.

En el CONTRAINTERROGATORIO realizado por la defensa, indicó que la casa de ALVARO PINEDA *“tenía un sofá, la cama y el televisor”*; que había una habitación aparte que era donde vivía el profesor JAIRO HERNANDEZ, *“creo que ni hacía de comer en la misma casa, y el propio dueño era casi el profesor”* y que Álvaro *“es de piel morena, tiene un aspecto en la uñas como bastante gruesas como bastante fuerte con el colorcito de acá*

abierto hacia arriba tiene bigote, su nariz es aguda en la punta y él siempre vive vestido como ropa formal pero con camisas manga corta de botones (...) de una altura normal ante las otras alturas y no es tan gordo ni nada”.

De esta declaración, se destaca que la víctima fue conteste en cada uno de los interrogantes que se le efectuaron, concreto y claro en advertir que fue objeto de diversos episodios de contenido sexual por parte del aquí procesado ALVARO PINEDA, unos constitutivos de acceso carnal abusivo, algunos de tentativa de penetración, la cual no se consumaba por no poder el menor soportar el dolor, y otros de actos sexuales diversos a dicho acceso.

De igual modo, B.C.P.R. fue enfático al indicar que pese a que no recuerda la fecha o el año en el que ocurrieron dichos vejámenes sexuales, sí recuerda que sucedieron cuando apenas tenía 13 años de edad, lo que evidencia que acaecieron en el 2008, tal y como lo señaló la Fiscalía en la acusación; además, gracias al refrescamiento de memoria, la propia víctima concretó que los abusos sexuales en su contra se materializaron en enero y mayo de 2008, advirtiendo, en todo caso, que también se realizaron en otras oportunidades.

Adicionalmente, dicho testigo detalló las circunstancias previas a los hechos, las que finalmente desencadenaron su disposición para permitir el abuso, tales como que el procesado se dedicó a buscar la aceptación en el núcleo familiar de la víctima, generando en ellos confianza por el apoyo que empezó a representar para B.C.; que ALVARO PINEDA se aprovechó de las precarias condiciones económicas de esta familia, supliendo ciertas necesidades del menor, al punto que fue considerado para ser su padrino de confirmación,

creando en él dependencia económica, pues incluso, hasta una casa le prometió y ayuda para sus estudios; y que, en efecto, como B.C. lo informa, lo motivó a permitir el abuso, al punto que el ofendido se siente responsable por los hechos de los que fue víctima.

En igual sentido, relató lo que finalmente desencadenó la revelación, que no fue otra cosa que las sospechas que en su comunidad se estaban presentado por sus continuas visitas a ALVARO, de lo que sus progenitores se enteraron, lo que precisamente alertó a su papá y finalmente provocó que el procesado lo buscara para evitar que el menor expusiera ante las autoridades lo que entre los dos sucedía, motivando esto el intento de B.C. de huir de su casa.

En consecuencia, el testimonio de B.C.P.R. resulta espontáneo y coherente, no solo frente a lo dicho en las entrevistas que le fueron puestas de presente para efectos de refrescar memoria, sino también respecto a la forma con la que realiza el relato en el juicio oral, sin que se evidencie que dichas manifestaciones las efectuó con la intención de perjudicar al procesado, al punto que la propia víctima asume parte de la responsabilidad por lo sucedido, pese a su corta edad para el momento de los hechos, justamente por su incapacidad para dimensionar las consecuencias de lo que sucedía, máxime ante una persona que ostentaba aceptación en su contexto social y familiar, de manera tal que los referidos señalamientos obedecen a situaciones que vivió el menor, sin que en su versión se observen contradicciones que nublen su credibilidad.

7.2. De otra parte, los señalamientos efectuados por B.C.P.R. en contra de ALVARO PINEDA encuentran correspondencia con lo dicho por

EDUARDO ROJAS MARIN, vecino y amigo del procesado, quien aseguró, en lo relevante, que vio cómo el entonces menor B.C. visitaba la casa de ALVARO; que en ocasiones se percató que el acusado le abría la puerta al menor y le permitía su ingreso, sin que tenga conocimiento de cuánto se demoraba en salir, ni de lo que ocurría al interior de ese inmueble, porque se ocupaba en sus labores cotidianas; información que, convenientemente, el togado defensor omite, al hacer alusión a lo dicho por el referido testigo.

Asimismo, indicó dicho declarante que le informó a la progenitora de B.C. que este visitaba a ALVARO y, si bien inicialmente afirmó que no sospechó nada de dichas visitas, al ponérsele de presente una entrevista que rindió el 17 de julio de 2008, se evidenció que ROJAS MARIN en esa oportunidad dijo que *“nunca los he visto haciendo nada, lo que me consta que simplemente el menor llegaba a la casa a preguntarlo, aclaro que yo fui el que le dije a la mama de BRAYAN lo sucedido porque apreciaba mucho a BRAYAN tocando la puerta de ALVARO preguntándolo y a mí se me hacía mucho raro”*, reconociendo que en esa oportunidad sí realizó tal aserto, reiterando que esa situación le pareció extraña debido a que B.C. no tenía por qué hacer tareas en la casa del acusado.

En este orden de ideas, la declaración de la víctima es confirmada con lo dicho por el testigo en comento, toda vez que este señala inequívocamente que el menor ofendido, en efecto, constantemente iba a la casa de su vecino ALVARO, siendo éste el lugar donde ocurrieron los episodios sexuales relatados por B.C., lo que además, denota el indicio de oportunidad, para la ejecución de los hechos.

En igual sentido, el ofendido narró que ese inmueble era compartido con un profesor y ROJAS MARIN manifestó que ahí vivían otras personas, sin que en ningún momento, niegue que uno de ellos fuera el profesor al que hace referencia B.C. y advierte que alertó a la progenitora del menor de lo que podía estar ocurriendo, tal como también lo expuso el progenitor del entonces menor, en la audiencia de juicio oral, como más adelante se indicará, lo que también señala la probable concurrencia de rumores en el corregimiento en torno a la relación entre el menor y su agresor, lo que dicho sea de paso, pudo desencadenar la arremetida de ALVARO contra B.C., para que no contara sobre los abusos de que estaba siendo objeto, y finalmente la huida de la víctima del corregimiento, como consecuencia de la actitud displicente de la que habla B.C. que le generó sensación de rechazo, al punto que dejó sus estudios, lo cual fue corroborado por su progenitor; circunstancias que no son extrañas de evidenciar en un contexto socioeconómico y cultural como el que se suscita en el corregimiento La Quitaz, pues es común encontrar que la sociedad re victimiza a los agredidos sexualmente.

7.3. El progenitor de B.C.P.R., el señor **LUIS JAVIER PINEDA FAJARDO**, relató en su testimonio en el juicio oral, en lo pertinente, que conoció a ALVARO PINEDA por el trabajo en el campo que los dos desempeñaban, desde hace *“bastante tiempo, porque él vivía todo el tiempo en el corregimiento”*; que tenían *“una amistad normal, y pues nos saludábamos y nos tratábamos así, a veces como compartíamos trabajo de campo un trato normal como un amigo mejor dicho”* y que ALVARO fue a su casa.

Explicó que el procesado era afectivo *“con los pelaos”*, refiriéndose a sus hijos, que les llevaba *“comida, golosinas o algo”*; que a B.C. le llegó a regalar *“una camisa o algo a él”*; que nunca tuvo problemas con ALVARO y que lo que sabe del abuso del que fue víctima su hijo, es lo que este le contó; sin embargo, antes fue alertado, por parte de EDUARDO ROJAS, de que *“de pronto algo estaba pasando ahí”*, quien le dijo a su esposa *“que tuviéramos cuidado que porque C. entraba a la casa de don ALVARO y que cerraban la puerta y no se sabía más nada entonces de ahí nos empezamos enterar de cosas. (...) sí que él iba allá y que don Álvaro llevaba trago y que C. se demoraba mucho tiempo allá y que raro porque ese señor vivía solo”*; agregando que fue en esa misma época que B.C. *“dijo que se iba de la casa, nosotros estábamos trabajando y ya no lo encontramos en la casa, que había dejado una nota que se iba que porque don ALVARO lo había amenazado de muerte”*.

Informó que no recuerda la fecha en la que fue alertado por el señor Eduardo Rojas, por lo que la Fiscal delegada le pone de presente una entrevista que se le recepcionó el 22/05/2008, para refrescar memoria, indicando en dicha oportunidad que fue el 16 de mayo de 2008, sin embargo, en el contrainterrogatorio se limitó a decir que no recuerda la fecha en la que el señor Eduardo habló con su entonces esposa.

Manifestó que trató de confrontar a ALVARO *“y jamás me dio la cara y se me escondía prácticamente, después él se fue del pueblo y no volví a saber más nada de él”*; que si bien ellos no le contaron a nadie de lo que ocurría *“lo que se sabe más que todo es por calidad de chisme, nosotros no hablamos de eso más que con la familia.”*, y agregó que, con posterioridad a la revelación, B.C. *“le cogió como fastidio al colegio y se volvió mentiroso,*

el pelado cambio mucho, no volvió a estudiar realmente hasta ahí fue el estudio”.

Entonces, tal y como se dijo en precedencia, las declaraciones del menor y del señor Eduardo Rojas encuentran confirmación con lo dicho por el señor Luis Javier, concretamente en las circunstancias que rodearon los hechos, como que ALVARO sí le hacía regalos a su hijo B.C.; que el procesado buscó ser cercano a la familia de la víctima; que su hijo se fue de la casa dejando una nota donde hacía alusión a la necesidad de irse por amenazas de ALVARO; que inicialmente su conocimiento del posible abuso vino de un vecino del sector y que con ocasión a la situación, su hijo cambió y le perdió interés al estudio.

Lo anterior permite inferir que la acusación no provino de deseos malsanos de ese núcleo familiar o del menor, para perjudicar al procesado, sino que sí había un ambiente de confianza entre ellos y que su progenie se vio afectado por los rumores, pues decidió, teniendo apenas 13 años, irse de su seno familiar, siendo encontrado en unas condiciones lamentables.

7.4. Ahora bien, el recurrente, con base en el testimonio de **GUILLERMO GUTIERREZ RUIZ**, plantea una contradicción en el dicho de Luis Javier y su hijo, en relación con la cercanía de ellos con el procesado, no obstante, el señor Gutiérrez Ruiz, en la audiencia de juicio oral aseguró que conoce a los implicados, pero que no sabe si entre ellos había una relación, pues indica, su trato con ellos no fue diferente al de comerciante-cliente, pues realizaban compras en su establecimiento de comercio; sin embargo, el defensor adujo que el testigo informó que entre el procesado, B.C y su progenitor, no había

relación, pero, se reitera, tal planteamiento resulta ostensiblemente contrario a la realidad procesal, pues el aludido testigo concretamente señaló: *“no la verdad no, es que no tengo conocimiento ninguno en el trato de ellos ni los traté personalmente a ellos con compromisos de ninguna clase a ellos ni se entre ellos tampoco”*, así que la alegada contradicción no encuentra respaldo probatorio.

7.5. Por otro lado, compareció al juicio oral la Dra. **LIGIA ROSA GOMEZ CACERES**, médica que le práctico a B.C., el 24 de mayo de 2008, la valoración médico legal sexológica, de lo que dejó constancia en un informe que se le puso de presente.

Expuso la experta que en el examen físico encontró *“genitales externos masculinos de apariencia normal, no hay restos de semen en su cuerpo, orificio rectal sin evidencia de maltrato, al examen físico no se evidencia ningún signo de violencia, mecanismo de la agresión abuso sexual”* y precisó que no encontró lesión en la parte anal del examinado debido a que el menor informó que hubo intento de penetración *“pero que no lo hizo, y aparte de eso los hechos sucedieron el 17 de mayo y yo lo vi fue hasta el 22 de mayo, o sea cinco días después, lo ideal hubiera sido en el momento de los hechos, el sábado que él dice que pasó eso, pero fue 5 días después, entonces no se vio algo así que evidenciara algún tipo de violencia sexual”*.

Al respecto, el censor destacó que el menor en esta oportunidad habló de tentativa de penetración, mas no de su consumación, lo que señala como una incoherencia que nubla la credibilidad de la víctima.

Pues bien, como se indicó en acápites precedentes, no es posible asumir una valoración del dicho del menor en ese momento, porque

esa concreta versión que dio la víctima ante la médico que lo examinó no fue aportada como prueba de referencia, ni tampoco se utilizó para efectos de impugnar credibilidad, como le era debido al togado defensor, si su pretensión era que se tuviera en cuenta, en el análisis probatorio, esta manifestación.

No obstante lo anterior, debe decirse que este relato no logra poner en duda la credibilidad del menor o la existencia del acceso carnal, debido a que la valoración del testimonio no puede ser realizada desconociendo el contexto en el que se produce, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de una persona de 13 años de edad, además, de que se efectuó de forma reciente a la ocurrencia de los hechos, momento para el cual, conforme lo indicó el mismo progenitor del menor agredido sexualmente, este estaba renuente y tímido para informar los pormenores del abuso y, además, la información en comento la suministró la víctima ante la médico legista que no tiene las habilidades para generar en el examinado la empatía que se requiere para acopiar este tipo de relatos, que sí tienen, por ejemplo, los psicólogos forenses, mientras que en el juicio oral se denotó la madurez necesaria para asumir la responsabilidad de sus dichos y para dimensionar la importancia de suministrarla en el estrado judicial.

Por otro lado, el recurrente le atribuye a la perito conceptos que en realidad nunca dio, pues en efecto, ella no negó la existencia de la penetración, como equivocadamente lo quiere hacer ver el defensor, así como tampoco concluyó que necesariamente, así la relación sexual sea consentida, debe quedar lesión en el ano, porque *“está dado para expulsar y no para ser penetrado”*, como lo concluye el referido sujeto procesal, sin haber presentado base científica para tales aseveraciones.

Por el contrario, la experta, si bien es vagamente interrogada al respecto por parte de la Fiscal, mientras que el defensor no agotó el contrainterrogatorio, si indicó que la ausencia de lesiones se dio, porque, según el menor, no hubo penetración, pero también, por el paso del tiempo, lo que inequívocamente indica, que en los 5 días que, según la perito, transcurrieron desde el último abuso hasta la valoración, las lesiones pudieron borrarse, además, la experta hace hincapié que dichas lesiones son con ocasión a una relación violenta, cuando el menor advierte en su relato que el consentía la actividad sexual.

7.6. Para finalizar la valoración probatoria requerida para la resolución de este asunto, en el juicio oral se recepcionó el testimonio de la **Dra. MARIA LEONOR TARAZONA CELI**, psicóloga adscrita a la Fiscalía General de la Nación, quien le realizó la valoración psicológica al entonces menor B.C., el 10 de junio de 2009, la que plasmó en un informe pericial rendido el 16 del mismo mes y año.

En dicha oportunidad puso en conocimiento que lo concluido, con ocasión a la valoración psicológica que se le encomendó, es que *“el joven tiene perfectas condiciones mentales y son acordes a su edad y grado escolar, al momento de la entrevista se encuentra en tono de afecto estable, al aplicar la escala de estrés post traumático no se encuentran indicadores en este aspecto que tengan relación con los hechos en indagación, es necesario explicar que el joven al momento de referir los hechos se muestra incómodo y ansioso, cambia la posición corporal constantemente en su silla, respira profundo, baja su mirada al manifestar que iba con frecuencia a donde el presunto agresor por las necesidades que hay en casa... en relación con la personalidad del joven se halla una persona sociable, espontánea, con motivación al juego, al trabajo que*

realiza con su padre, a la interacción con los iguales en la escuela, a compartir el tiempo libre, así como también el de colaboración en el hogar. Al realizar el análisis de contenido basado en criterios, se encuentra un relato amplio con sus características generales, una gran cantidad de detalles, originalidad, consistencia y coherencia en los contenidos específicos, el joven hace una ubicación en el espacio y tiempo determinados, haciendo mención a una gran cadena de acciones, haciendo una transcripción de manifestaciones llevadas a cabo con el presunto agresor donde le prometía regalos a cambio de dejarse agredir, con relación a las peculiaridades de contenido hace referencia a las emociones que le generaba el suceso, explicando que a él no le gustaba que le hiciera tales cosas... así mismo, lo manifestado por el joven no evidencia intención de realizar manifestaciones conexas con el ánimo de damnificar al conocido, ya que es percibido como una persona que le ha proveído de aquello que necesitaba, en cuanto a los elementos específicos de la ofensa el joven expresa con claridad los presuntos hechos, ya que tiene las capacidades para ello y son coherentes con aquello que manifiesta su progenitora, de otra parte, para que el joven pudiera expresar aquello que presuntamente ocurrió se realizó una entrevista con ejercicio de su desarrollo cognitivo, evidenciándose en el menor las capacidades a nivel psicológico para contar la ocurrencia de los hechos, no se encuentran discrepancias contundentes con aquellas manifestaciones ya realizadas sino más bien reafirmantes, expresando que le da pena narrarlo, así mismo existe en su relato un buen manejo del principio de la realidad y no difiere de las leyes de la naturaleza, por su parte el joven realiza un relato en el que se encuentra concurrencia entre el lenguaje verbal y no verbal, explica de manera coherente los presuntos hechos y no se percibe que sean unas manifestaciones aprendidas”.

Indicó que para la realización de la valoración aplicó como técnicas la “lectura del caso, evaluación psicológica, entrevista cognitiva, análisis de continuidad basado en criterios, test proyectivo de la figura humana, escala de

gravedad de síntomas de trastorno de estrés post traumático, lista de verificación de la realidad, examen mental, análisis y conclusiones”.

Ante el CONTRAINTERROGATORIO, explicó que interactuó con el examinado en una ocasión, cuando le realizó la valoración, que fue sólo una y que no recuerda cuánto duró la diligencia; que no grabó en medio magnético la valoración, pero realizó el informe en medio escrito y que si bien se señala en el mismo que las manifestaciones de B.C. son creíbles, dicho término se reemplazó, desde los parámetros dados por el INML y CF y por las jurisprudencia especializada, por lo que ahora se habla de coherencia, consistencia y congruencia del relato, lo que determina de cara a *“las características del relato que se encuentran, que ya mencione, de igual manera a las características del relato que él ha hecho ya con anterioridad, cuando llega a mí ya ha hecho unas manifestaciones, de igual manera en su familia unido a las capacidades que el niño tiene, unido a esas características de relato que tiene a ese momento que me ofrece y que tengo percepción directa, esas manifestaciones que el hiciera, de igual manera esa espontaneidad, esa claridad que tiene, las capacidades que tiene para hacer esa narrativa no se encuentra ninguna clase de animadversión de parte de este joven para con esta persona, de igual manera su familia es un amigo para ellos, tanto para él, como para la familia, antes de que esto se conociera a la luz pública y es una circunstancia no solamente conocida por la familia sino también por ese contexto veredal donde ellos residen, unidos todos estos elementos que se encuentran allí en la carpeta del caso más los elementos que encuentran de lo registrado en ese momento que tengo esa versión directa tanto del niño como de su cuidadora es que doy este concepto... la coherencia la encuentro con esa espontaneidad que él tiene, con elementos del lenguaje que él utiliza, con ese relato amplio, con ese relato descriptivo con su propio lenguaje, de igual manera desprevenido en ese momento, espontáneo, claro, con las capacidades que tiene para realizar*

mencción a esas interacciones que tiene allí con esta persona, a estas conversaciones, a esta dadivas que recibe, a estas interacciones que hay con ese contexto en el cual él reside y que ha dado cuenta de unas circunstancias que han observado, entonces estos elementos que se encuentran allí unido además con la percepción que recibo de manera directa hablo que hay una coherencia”.

Así las cosas, esta profesional, al igual que los demás elementos de conocimiento que fueron aportados en forma legal al proceso, corroboran la versión dada por B.C. en la audiencia de juicio oral, en el entendido que guarda coherencia con lo ahí expuesto y concluido.

Ahora bien, el recurrente, respecto de esta prueba, se dedica a cuestionar que la entrevista haya sido realizada en una sola ocasión, lo que le impedía, en su criterio, a la profesional hablar de coherencia en su relato; sin embargo, ello no es cierto, pues tal como lo estableció la perito, dicha coherencia la predica respecto de las versiones anteriores del examinado, que tuvo la oportunidad de analizar, de cara a la realizada en esa oportunidad y que ella percibió de forma directa, así como también, respecto de la información que su progenitora aportó, por haber sido quien lo acompañó en esa oportunidad y que dio cuenta de las circunstancias previas a la revelación y las consecuencias del mismo, por lo que no es cierto que para arribar a las conclusiones que la profesional expuso, se requiere de más de una entrevista al menor presunta víctima.

Igualmente, reprochó que la valoración no haya sido grabada, cuestión que, de entrada, advierte esta Sala que no convierte la prueba en ilegal, así como tampoco, le resta poder demostrativo. Sobre este tópico, el togado se dedica a exponer que la falta de la grabación evita que exista

“claridad en la técnica empleada, que simplemente nos sujetamos a lo que dice la psicóloga, que sobre la objetividad del entrevistador tampoco la hay, que no sabemos si el uso de las preguntas fueron inductivas o sugestivas, así como los factores externos que pudieron haber incidido en una respuesta”, igualmente, que una transcripción “no se puede” hacer exacta ya que hay que sujetarse a lo que plasma la psicóloga en la valoración; además, “no se puede controvertir algo que si no hay video para mirar si lo que dijo, o que es cierto o no es cierto (...) el entrevistador sólo plasma lo que a él le parece importante y que ese es el problema de no grabar”, lo que, en su sentir, le imprime sospecha a la imparcialidad y profesionalismo de la perito; sin embargo, de nada de ello hay evidencia, encontrándose, por el contrario, que la experta estableció concretamente las técnicas utilizadas e hizo mención a su amplia trayectoria en esta clase de valoraciones, así como también da cuenta de los cursos adelantados sobre sicología forense y entrevista forense a niños, niñas y adolescentes, lo que, en principio, muestra su capacidad para realizar este tipo de actuaciones, sin entrar a sugerir al examinado lo que debe decir, de tal forma que los cuestionamientos hechos por el recurrente no encuentran correspondencia con lo expuesto y probado en la audiencia de debate probatorio.

Además, para la fecha de la valoración psicológica realizada por la doctora María Leonor Tarazona, esto es, el 10 de junio de 2009, no se encontraba regulado legalmente el procedimiento para realizar las entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, aspecto que fue reglamentado posteriormente, con la Ley 1652 de 2013 (artículo 206 A del Código de Procedimiento Penal).

8. En este orden de ideas, se reitera, la Sala, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (lógica, ciencia y experiencia) y los parámetros establecidos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, en unidad de criterio con el A Quo y en contraposición a lo planteado por el recurrente, considera que se le debe otorgar credibilidad a lo narrado por B.C. en la audiencia de juicio oral, en razón a que en dicha oportunidad realizó su relato en forma espontánea, clara, concreta y detallada, evocando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los vejámenes sexuales de los que fue objeto por parte de ALVARO PINEDA, por lo que del contenido de esa declaración se puede concluir que realmente vivió esos abusos y los mismos no son producto de su fantasía o imaginación.

Así mismo, la versión dada por el citado menor, resulta lógica y verosímil en su contenido, toda vez que describió las agresiones sexuales de que fue víctima por parte del encartado, de forma objetiva, sin elementos de los cuales se pueda deducir razonablemente que estaba fabulando, fantaseando o inventando acontecimientos contrarios a la realidad o insólitos, puesto que su narración concuerda con lo que desafortunadamente suele ocurrir en este tipo de eventos, en los que el victimario, en la mayoría de las veces, es una persona cercana al núcleo familiar de la víctima, aspecto que en esta ocasión, el procesado provocó con el fin de generar en la víctima y su núcleo familiar la confianza para su acercamiento y manipulación, para posteriormente satisfacer su deseo sexual, por lo que la inculpación realizada en contra del sentenciado no fue producto de su imaginación, sino que obedeció a unos hechos que efectivamente sucedieron y que fueron ejecutados por el señor PINEDA.

En igual sentido, las omisiones en ciertos detalles y la utilización por parte de la Fiscalía de declaraciones previas para refrescar memoria, concretamente en punto de las fechas y los pormenores de las dádivas que el sentenciado le ofrecía para generar la dependencia económica que motivó al menor a aceptar la agresión y mantenerla en el tiempo, permite inferir razonablemente que la inculpación **no se trata de una lección o libreto previamente aprendidos**, sino de la narración espontánea de unos acontecimientos que evidentemente ocurrieron de la manera que lo refirió, **manteniendo así la persistencia, consistencia y coherencia en la incriminación, sin incurrir en contradicción sustancial o estructural alguna en los referidos relatos**, o dicho en otras palabras, *“por el hecho que se puedan presentar algunas inconsecuencias o disimilitudes en las aportaciones de las diferentes declaraciones de la víctima no se le debe privar de credibilidad o validez, pues en esto juegan factores tales, como el tiempo, la edad, el grado de instrucción, siendo lo verdaderamente importante que se mantenga una coherencia esencial”*⁵.

9. Bajo este panorama, en contraposición a lo planteado por el defensor del sentenciado en la sustentación de la apelación y en unidad de criterio con el A Quo, en este caso en concreto, no resulta procedente la aplicación del principio del in dubio pro reo, consagrado en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, como quiera que no existe duda alguna en la presente actuación que se deba aplicar en favor del procesado, al existir certeza racional respecto de la materialidad de los ilícitos de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años, en concurso heterogéneo con el

⁵ Tribunal Supremo Español. Sentencias (SS. 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4-96). www.poderjudicial.es/. Sentencia Corte Suprema de Justicia. Abril 11 de 2007 radicado 26128, M.P. Dr. Jorge Luís Quintero Milanés.

delito de Actos Sexuales con Menor de Catorce Años y de la responsabilidad de ALVARO PINEDA en la comisión de los mismos, de acuerdo al acervo probatorio recaudado en la actuación.

10. En síntesis, al realizar un análisis en conjunto de las pruebas legal y oportunamente recaudadas en el presente proceso, se encuentran plenamente demostradas, más allá de toda duda, tanto la materialidad de las conductas punibles de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años, en concurso con Actos Sexuales con Menor de Catorce Años, así como la responsabilidad del acusado ALVARO PINEDA, en calidad de autor de los referidos delitos, de tal forma que existe mérito para sostener la condena impuesta en su contra, pues a pesar del esfuerzo desplegado por la defensa, no logró derruir la presunción de acierto y legalidad que circunda al fallo de primera instancia.

11. Ahora bien, la referida responsabilidad debe analizarse en el contexto de los hechos acusados por la Fiscalía, situación fáctica que es inmodificable, con el fin de preservar el principio de congruencia y garantizar el debido ejercicio de la defensa por parte del procesado; de tal forma que, en el presente caso, los episodios sexuales endilgados al señor ALVARO PINEDA ocurrieron, según la formulación de la acusación, el 27 de enero, en febrero y el 17 de mayo de 2008, de cara a la inexistencia, en el aspecto jurídico de la conducta acusada, de un concurso homogéneo, si en cuenta se tiene que pese a que de los mismos elementos de hecho, se desprende la concurrencia de un concurso heterogéneo y homogéneo, este último respecto del delito de Actos Sexuales con Menor de Catorce Años, este concurso homogéneo no fue objeto de la calificación jurídica efectuada por la Fiscalía en la acusación, sin que sea posible tal modificación, toda vez que esto

implica una adición frente a la punibilidad y, en esa medida, una reforma en perjuicio del procesado, lo que imposibilitaba la condena y consecuente sanción de ese concurso homogéneo del punible de Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce Años.

En igual sentido, pese a que de la declaración vertida por la víctima en la audiencia de juicio oral, se advierte la concurrencia de diferentes episodios de Acceso Carnal Abusivos, en la situación fáctica de la acusación únicamente se hizo alusión a uno de esos accesos carnales y por ende, la calificación jurídica también se efectuó solamente frente a ese acceso, de tal forma que respecto a los otros accesos carnales, por no haber sido objeto de acusación, el procesado no tuvo la oportunidad de desplegar su defensa y contradicción, por lo que no podían ser objeto de la sentencia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

*“La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, **siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor**”⁶ (Negrillas fuera de texto)*

En este orden de ideas, en razón a que el A Quo, al momento de dosificar la pena a imponer, tuvo en cuenta, indebidamente, el concurso homogéneo del delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años, así como el concurso homogéneo con el punible de Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce Años, de tal forma que se deberá redosificar la pena, teniendo en cuenta únicamente el ilícito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años en concurso

⁶ Por ejemplo, CSJ. AP del 30 junio de 2004, radicación 20965, AP del 20 de febrero de 2008, radicación 28954, y SP del 14 de septiembre de 2011, Rad. 32000, SP3956 de 2019.

heterogéneo con Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce Años, y en esa medida, la pena fijada por el Cognoscente para el Acceso Carnal, por ser la de mayor gravedad, esto es, 72 meses de prisión, de conformidad con lo normado en el artículo 31 del Código Penal, por el concurso heterogéneo de conductas punibles y en atención al número de delitos concursantes y a la gravedad de los mismos, se aumenta, hasta en otro tanto, en este evento en 12 meses de prisión por el ilícito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce Años. En conclusión, la pena principal a imponer en contra de ALVARO PINEDA **queda en definitiva en 84 meses de prisión.**

Igualmente, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se tasa por el mismo término de la pena de prisión, es decir, 84 meses.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Penal de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, acorde con la parte motiva de la presente providencia, con la siguiente MODIFICACIÓN:

FIJAR la pena principal impuesta en contra de **ALVARO PINEDA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.216.470 expedida en Bogotá D.C., **en 84 meses de prisión.** En el mismo término se tasa la

pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, es decir, 84 meses.

En los demás aspectos queda incólume el fallo impugnado.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse por las causales que señala el artículo 181 de la Ley 906 del 2004, dentro del término previsto en el artículo 183 ibídem, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 2010, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

TERCERO: NOTIFICAR el presente proveído a las partes e intervinientes, a través de sus correspondientes correos electrónicos⁷, o, en su defecto, por medio de cualquier tecnología de la información y la comunicación TIC idónea para tal fin, para lo cual se deberá adjuntar en su integridad esta providencia. Lo anterior teniendo en cuenta la coyuntura generada por la pandemia del covid19 o coronavirus.

CÓPIESE Y DEVUÉLVASE.

Los Magistrados:



LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA

⁷ Esta forma de notificación se hará con apoyo en los artículos 28 y 31 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.



MARÍA TERESA GARCÍA SANTAMARÍA



NILKA GUISSOLA DEL PILAR ORTIZ CADENA



Jonaira Farina Chaves Silva
Secretaria