EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de SEGUNDO MANUEL SALCEDO ARRIETA** por el punible de **ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **24 DE ENERO DE 2023.**

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **14 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-747A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 14 DE ABRIL DE 2023:
https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000159-2007-04209 (22-747A)
Procedencia:	Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado:	Segundo Manuel Salcedo Arrieta
Delito:	Acto sexual con menor de catorce años agravado
Apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta N.º 48
Fecha:	24 de enero de 2023

I. ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 22 de septiembre de 2022 mediante la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a Segundo Manuel Salcedo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, y lo absolvió por el ilícito de lesiones personales.

II. HECHOS

En la sentencia de primera instancia[1] se registran los siguientes hechos:

> "De acuerdo con lo que se expuso en el Escrito de Acusación y se logró establecer a lo largo del juicio, se tiene que para el año dos mil siete (2007), LAURA ALEJANDRA GUEVARA ZAMBRANO, quien para la época contaba con trece (13) años de edad, convivía en la casa ubicada en la calle 11A # 118A -53 Manzana 31, casa 1 del barrio Villarosa de la ciudad de Bucaramanga con su señora madre DIANA PATRICIA ZAMBRANO BELTRAN y la familia de su tía materna, el aquí procesado SEGUNDO MANUEL SALCEDO ARRIETA, su esposa y tía YENY FARIDE ZAMBRANO BELTRAN y la hija de estos dos, su prima Kelly, su tía JOHANA y su hijo JULIÁN, otro primo, hogar que compartieron por más de ocho (8) años.

[1] 17. Sentencia31Agosto2021.pdf Expediente digital

Según se pudo establecer, en el segundo semestre del año dos mil siete (2007), aproximadamente hacia el mes de agosto, la entonces menor LAURA ALEJANDRA GUEVARA ZAMBRANO, se convirtió en objeto de deseo sexual de su tío político SEGUNDO MANUEL SALCEDO ARRIETA, quien aprovechando la confianza de ser parte de la familia, cohabitar bajo el mismo techo en un inmueble unifamiliar de dos pisos, y los momentos o espacios en donde podía quedar a solas con LAURA ALEJANDRA, este empezó a acosarla sexualmente, haciéndole comentarios lascivos y gestos insinuantes de su atracción por ella, para posteriormente empezar a tocarle los senos, los glúteos y su vagina, llegando incluso a introducirle su dedo en la vagina, exhibirle sus genitales y ofrecerle dinero a cambio que cumpliera sus deseos de tener relaciones sexuales con él, entre más o menos treinta (30) a cuarenta (40) ocasiones, que se presentaron durante un periodo de tiempo indeterminado entre agosto y noviembre del año dos mil siete (2007).

Inicialmente la menor afectada guardó silencio de lo que estaba sucediendo precisamente por las razones que le exponía su agresor, en el sentido de advertirle de las consecuencias que podría tener en la familia la revelación de tales eventos, especialmente las que tendría su prima, de similar edad que podría quedarse sin padre, manipulándola con un tema sensible para ella, pues había crecido sin conocer al suyo, y no quería lo mismos para su prima, sin embargo, el acoso, los tocamientos abusivos de su tío político, empezaron a colmar la paciencia de la afectada y esta empezó a reaccionar de manera grosera en su contra a cambiar su temperamento y comportamiento, pues no solo estaba más susceptible, sino además empezó a perder interés en algunas actividades que eran de su preferencia, como el fútbol y las actividades escolares, cambio que llamaron a atención de su señora madre, quien empezó a indagarle al respecto, inicialmente obteniendo respuestas evasivas y negativas.

Sin embargo el día (11) de noviembre de dos mil siete (2007), la menor finalmente le cuenta a su señora madre lo sucedido y los abusos sexuales de los que venía siendo víctima por parte de su tío político SEGUNDO MANUEL SALCEDO ARRIETA, razón por la cual está le cuenta lo sucedido a su hermana, quien enfrenta a su esposo, quien inicialmente niega todo lo sucedido, pero sin embargo, abandonó intempestivamente su hogar y su familia, sin que hasta el momento se haya podido tener conocimiento de su ubicación o existencia. (…)" (sic)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 26 de abril de 2017, el Juzgado Once Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga ordenó emplazar al señor Segundo Manuel Salcedo Arrieta identificado con la C.C. 6.795.224-

3.2. Acto seguido, el 24 de octubre de 2017, ante el Juzgado Quince Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, tras la declaratoria como persona ausente de Salcedo Arrieta, la Fiscalía General de la

Nación formuló imputación en su contra por el delito de acto sexual con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y lesiones personales.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, realizándose la audiencia de formulación de acusación el 8 de octubre de 2018 y la audiencia preparatoria el 21 de agosto de 2019.

3.3. Acto seguido, el juicio oral se adelantó en las sesiones de 8 de septiembre de 2020, 25 de noviembre de 2020, 8 de noviembre de 2021, 19 de enero de 2022, 17 de junio de 2022, 29 de julio de 2022 y 2 de septiembre de 2022 oportunidad en la que se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio, se surtió el traslado del artículo 447 del C.P.P.

3.4. Finalmente, el 22 de septiembre de 2022, se procedió con la lectura de la sentencia de primer grado, contra la cual la defensa presentó y sustentó en el término legal para ello, recurso de apelación.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* tras realizar un recuento del debate probatorio, indicó que en los estadios procesales superados, se preservaron las garantías y derechos fundamentales del procesado, así como de las demás partes e intervinientes, especialmente en lo que atañe al principio de inmediación, pues si bien existió un cambio del titular del despacho, dejó constancia que antes de celebrarse la última audiencia de juicio oral y adoptar el sentido del fallo, tuvo la oportunidad de escuchar las declaraciones rendidas durante el devenir del juicio oral.

En ese sentido, continuó con un extenso desarrollo jurisprudencial en torno al principio de inmediación y al cambio de juez durante el desarrollo del juicio oral.

Por otra parte, destacó que, si bien Segundo Manuel Salcedo Arrieta fue procesado en su ausencia, ello no fue por razones imputables al despacho, ni a la fiscalía, ni a la defensa, por lo cual dicha situación no puede entenderse como nugatoria de sus derechos.

Seguidamente, delimitó el problema jurídico a resolver, a partir de cual consideró que, de las declaraciones vertidas y los documentos incorporados como pruebas al debate público, la respuesta a dicho planteamiento seria que el procesado es autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, pero no del delito de lesiones personales.

En ese orden de ideas, se refirió a los aspectos generales para tener en cuenta sobre aspectos normativos, doctrinales y jurisprudenciales en lo que atañe a delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual cuando son víctimas menores de edad y continuó haciendo referencia al alcance de la valoración probatoria, indicando que abordaría inicialmente el análisis del delito de lesiones personales por el cual se absolvió al procesado.

Sobre el particular, señaló que durante los alegatos conclusivos el ente acusador solicitó absolución por este ilícito, destacando que, si bien dicha petición no es vinculante, no puede pasarse por alto la evidente falta de prueba que soporte una condena por este delito, concluyendo tras un extenso análisis jurisprudencial en torno a los tópicos relacionados con la conducta punible referenciada, que en el caso en concreto se presenta un concurso aparente, en el cual se debe entrar a resolver si los actos sexuales abusivos en donde se advirtió una perturbación psíquica de la víctima, pueden llegar a estructurar estos dos delitos en la figura del concurso, esto es actos sexuales con menor de catorce años en concurso con el de lesiones personales.

En ese orden de ideas, señaló que en el caso en concreto la perito del Instituto Nacional de Medicina Legal al examinar a la víctima, dictaminó una perturbación psíquica de carácter transitorio derivada de los actos abusivos sexuales a los que fue sometida por el procesado, no obstante, como esta misma profesional lo acepta y es reafirmado por la progenitora de la menor, dicha circunstancia no logró afectar su vida de manera ostensible, al punto que pudo tener una relación sentimental y hacer una vida normal de pareja.

Así las cosas, indicó que lo advertido por la psicóloga puede ser considerado, de conformidad con lo expuesto, en una consecuencia connatural del abuso sexual sufrido por Laura Alejandra, máxime cuando no se logró establecer durante el juicio oral que estos daños colaterales, hayan sido queridos por el agresor, tampoco que hayan sido previsibles, en el entendido que las conductas se realizaron de manera soterrada y circunstancial, aprovechando los momentos que tenía a solas con la menor y no dentro de un marco provocado de intimidación.

Además, afirmó que si bien es cierto, las consecuencias de orden psicológico no son de igual naturaleza en todos los casos, lo cierto es que en el caso en concreto a pesar de la existencia del dictamen pericial, no existe ningún medio de convicción que lleve al despacho a un convencimiento más allá de toda duda, respecto de la existencia de una conducta dirigida a provocar una perturbación psicológica en la menor, comoquiera que esta surge como una prueba periférica de los actos sexuales de los que fue víctima y en ese sentido, procedió a absolver al procesado por el punible de lesiones personales, ya que respecto de este ilícito se mantuvo incólume la presunción de inocencia de Salcedo Arrieta.

Por otra parte, en lo que atañe a la decisión de carácter condenatorio por el ilícito de acto sexual con menor de catorce (14) años, el A quo abordó su argumentación a partir de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes de conformidad al eje central de la acusación.

Seguidamente, indicó que se logró acreditar que el acoso sexual denunciado, efectivamente sucedió, ello a través de la declaración de la misma víctima, quien señaló de forma clara e inequívoca como su agresor, a su tío político -Segundo Manuel Salcedo Arrieta-, el cual fue perpetrado dentro del contexto de su propio hogar y durante un periodo de tiempo comprendido entre los meses de agosto a noviembre del año 2007.

En lo que atañe al testimonio de la víctima indicó que este se rindió catorce años después de la ocurrencia de los hechos, por lo que no puede esperarse que tenga claridad, precisión y detalle como lo reclama la defensa, máxime si se tiene en cuenta que la víctima era una menor de tan solo 13 años. Además, destacó que, como mecanismo natural de defensa y sanación, por tratarse de un evento traumático, no logró mantener su memoria con el detalle suficiente de cada uno de los eventos de los que fue víctima, y en ese sentido, se debe privilegiar la salud mental y emocional de esta, sobre su deber de declarar.

Reiteró que del testimonio de Laura Alejandra se puede extraer que fue víctima de tocamientos de índole sexual y el responsable de dicha conducta, que no es otro que el procesado, para lo cual transcribió un aparte considerable del testimonio rendido por la víctima para soportar su afirmación.

También señaló que, según lo expuesto, en la vivienda en la que residía la víctima, el procesado era el único hombre, pues solo vivían mujeres y un pequeño de sexo masculino de tan solo 8 años, es decir, que no había manera de que la menor víctima, se confundiera o señalará otro posible autor de dichas conductas libidinosa, además porque era un miembro de su familia que conocía plenamente, pues había compartido con él por más de 8 años.

Acto seguido, afirmó que, como complemento del testimonio de Laura Alejandra, atendiendo al paso del tiempo y a la condición de menor víctima, se admitió como prueba de referencia la entrevista rendida por Laura Alejandra ante el psicólogo de la fiscalía, el Dr. Domingo Arturo Ruiz Mejía.

En ese orden de ideas, tras realizar nuevamente un extenso recuento normativo en cuanto a la admisibilidad de la prueba de referencia, refirió que resulta procedente entrar a valorar la declaración del referido testigo Ruiz Mejía, el

cual dio lectura al informe escrito de fecha 30 de noviembre de 2007, que realizó a modo de resumen de lo que expuso en la diligencia la entonces menor.

En cuanto a la grabación de la entrevista, indicó que esta sufrió daños y deterioros al parecer insalvables que limitan ostensiblemente la posibilidad de apreciar en detalle su contenido. No obstante, señaló que atendiendo al enfoque de generó y al principio *pro infans*, esta mala calidad no puede descartar de tajo el contenido de dicha entrevista, pues los demás medios de convicción complementan la declaración de la víctima, en cuanto al señalamiento que hace del agresor, los actos de abuso sexual a los que fue sometida, su veracidad y la ausencia de ánimo de mentir o perjudicar al procesado.

Por otra parte, indicó que la estructura física de la víctima y el desarrollo de sus caracteres sexuales secundarios son indicativos de una adolescente que puede resultar atractiva para un hombre y explicaría porque después de tantos años de convivencia, solo cuando esta llegó a ese estado de formación, resultó de interés para su tío político.

Además, indicó que en una parte de la grabación se alcanza a escuchar que la menor refiere que tiene 13 años, que le contó a su mamá lo que venía sucediendo, que le tocaba los senos, que le metía la mano por la blusa, que fueron unas treinta veces que lo hizo, los motivos por lo que no había contado antes estos hechos y cómo se atrevió finalmente a contárselo a su progenitora, fragmentos que consideró como coherentes y concordantes con la prueba en conjunto recaudada.

Seguidamente, realizó otro recuento jurisprudencial en cuanto al valor probatorio de la prueba de referencia y del testigo único, a partir de lo cual señaló que el testimonio de la víctima, rendido durante la audiencia de juicio oral pese a que no detalló la forma como se produjeron los actos sexuales, si fue claro en señalar al procesado de ser la persona que la manoseaba cuando era una niña, lo cual se complementa con la prueba de referencia introducida al debate y la declaración de Diana Patricia Zambrano.

En ese sentido, señaló que en el caso en concreto no se está condenando con mera prueba de referencia, sino con pruebas directas, y en ese entendido no se está desconociendo la prohibición que contempla el artículo 381 procesal; destacando que el análisis probatorio con enfoque de género y pro infans debe centrarse en el agresor y no en la víctima.

Por otra parte, indicó que también se estructuran sendos indicios de responsabilidad en contra de Salcedo Arrieta, a saber: (i) indicio de oportunidad y (ii) indicio de huida y a partir de ello realizó un recuento jurisprudencial en torno a la prueba indiciaria.

Bajo esas consideraciones, reiteró que se ha llegado al convencimiento más allá de toda duda razonable respecto de la materialidad del delito, pues se encontró suficiente respaldo en las pruebas practicadas en juicio oral, que son indicativas de la ocurrencia de la conducta y su tipicidad, así como de la autoría de la misma en cabeza del aquí procesado, siendo merecedor de un reproche jurídico penal.

Continuó su argumentación con el análisis de la configuración del agravante de la conducta acusada y con posterioridad a ello, refirió que, pese a que la menor hizo referencia a que su agresor en alguna oportunidad le introdujo sus dedos en la vagina, en atención al principio de congruencia no es posible hacer un juicio de reproche y emitir condena por un delito diferente al imputado y acusado.

Acto seguido, efectuó otro extenso recuento jurisprudencial en torno al enfoque de género en materia penal y concluyó que de conformidad con la prueba racionalmente examinada y a la síntesis dialéctica expuesta, existen suficientes elementos materiales probatorios para condenar acorde con las exigencias predicadas en el artículo 381 del C.P.P.

Así las cosas, tras referirse a la dosificación punitiva y subrogados penales, declaró penalmente responsable al procesado por el delito de acto sexual con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y lo absolvió por el punible de lesiones personales.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la defensora interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia condenatoria proferida, para que en su lugar se absuelva a su prohijado dada la inexistencia de prueba demostrativa que lleve al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal de Salcedo Arrieta.

En ese sentido, destacó de conformidad con lo preceptuado por los artículos 372 del C.P.P y 381 del C.P. una sentencia de carácter condenatorio no puede fundarse exclusivamente en prueba de referencia.

Seguidamente, indicó que del debate probatorio se extrae que la única prueba directa en la cual se pudiera edificar una sentencia condenatoria es la declaración de la presunta víctima Laura Alejandra Guevara Zambrano, toda vez que no existe a diferencia de ella, otro testigo que haya percibido directamente por sus sentidos el acontecimiento fáctico que fue objeto de este proceso.

Así las cosas, prosiguió con el análisis de la declaración de la menor, como prueba directa, para lo cual trascribió los apartes que consideró más relevantes del testimonio de Laura Alejandra Guevara Zambrana, concluyendo que de su testimonio como prueba directa, no se puede inferir y menos acreditar los hechos relevantes que pudieran subsumirse en la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, pues para para que se pueda dar como demostrados los hechos relevantes, deben señalarse las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevaron a cabo en forma concreta y precisa, a efectos de poder inferir si esos hechos se encuadran en la conducta punible por la que se acusó.

Además se refirió a la importancia de la correcta delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, indicando a partir de ello que resulta imperativo que la prueba en la cual se funde o edifique una sentencia debe tener la entidad de demostrar más allá de toda duda razonable las circunstancias concretas de modo, tiempo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes, en primer lugar para cumplir con el requisito de dar por acreditada la materialidad de la conducta y en segundo lugar el aspecto subjetivo como es la responsabilidad penal de la comisión de esa conducta punible.

Así, afirmó que en el caso en concreto la prueba directa no cumple con ese estándar y por ende enerva la demostración de la materialidad de la conducta punible.

Continuó su argumentación haciendo alusión a la prueba de referencia que se incorporó durante el devenir del juicio oral, señalando que, dada la disponibilidad relativa de la menor, derivada de su declaración directa al no recordar los hechos, se solicitó como prueba de referencia la entrevista que rindió la menor ante el psicólogo Domingo Arturo Ruiz Mejía.

Sobre el particular, reseñó que en ningún momento se decretó como prueba de referencia el informe rendido por el testigo psicólogo Ruiz Mejía, pues incluso ante la solicitud de incorporación de este informe por parte de la fiscalía, el juez denegó su incorporación al juicio oral, indicando que la prueba de referencia solicitada y decretada fue la entrevista de la menor contenida en el CD y por ente es totalmente ilegal e indebido dar por probado los hechos jurídicamente relevantes con fundamento en un medio de prueba que no fue decretado y menos incorporado.

En ese orden de ideas, solicitó a la segunda instancia escuchar el audio de la sesión de juicio oral del 19 de enero de 2022 para constatar que no es posible comprender su contenido, pues dicha grabación fue realizada el 30 de noviembre de 2007 y a la fecha en la que se reprodujo el CD en el juicio oral dicha grabación era totalmente incomprensible.

Por lo cual, afirmó que, en el caso en concreto, la prueba de referencia decretada ante la disponibilidad relativa del testigo no sólo limitó el derecho de defensa y de contradicción, sino que lo anuló totalmente, pues ni siquiera se tuvo la posibilidad de conocer en concreto las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que la defensa se abstuvo de ejercer el contrainterrogatorio pues no es posible realizarlo respecto de algo desconocido.

En cuanto a la calidad de la grabación de le entrevista que se le practicó a la menor, indicó que ante la imposibilidad de conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes, el juez de primera instancia acudió al contenido del informe del testigo como prueba de referencia, cuando este informe no tiene esa vocación, pues no fue decretado como prueba de referencia sobreviniente, de ahí que el juez de conocimiento de ese momento, que era diferente al que profirió la sentencia, denegó su incorporación. En este punto, destacó la falta que hace la materialización de la garantía del principio de inmediación de la prueba, evidente en el caso en concreto.

Seguidamente tras referirse al procedimiento para la incorporación de una prueba de referencia, reiteró que la entrevista de la menor fue la única que se decretó como prueba de referencia sobreviniente, es decir que en absoluto respeto al principio de legalidad de la prueba, el informe o el resumen que se hizo de la entrevista en el informe no fue objeto de decreto como prueba de referencia en ningún momento procesal.

Así las cosas, destacó que la grabación de la declaración de la menor no tiene la calidad o idoneidad para establecer de forma clara, precisa y concreta las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes, ya que es totalmente incomprensible, lo que en el caso en concreto anula completamente el derecho de contradicción.

Acto seguido, descartó que en el caso en concreto se hubiese presentado las figuras de la prueba anticipada o el testimonio adjunto y a partir de ello concluyó que no existe prueba legalmente aportada que dé a conocer las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes, lo que conduce inexorablemente a la imposibilidad de edificar una sentencia condenatoria, pues la prueba practicada en el juicio oral no tiene la virtualidad, idoneidad y legalidad para llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad del delito y menos de la responsabilidad del acusado.

Continuó su intervención con una referencia a un extracto jurisprudencial contenido en la decisión de primer grado, indicando que el problema en el caso en

concreto es que a la prueba de referencia no puede ser objeto de valoración, pues esta es incomprensible por el deterioro insalvable que presenta.

Además, reiteró una vez más que valorar el informe del testigo psicólogo Ruiz Mejía, pese a que no fue solicitado, decretado y practicado como prueba de referencia, atenta contra la legalidad de la prueba.

Por otra parte, señaló que la primera instancia acude a la prueba indirecta indiciaria sin realizar la construcción de silogismos para evidenciar su grado de probabilidad; para tales efectos realizó una cita jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en torno a esta prueba indirecta, y a partir de ello señaló que brilla por su ausencia, la construcción de silogismos, entendidos como el razonamiento integrado por dos premisas y una conclusión, que es el resultado lógico que se deduce de las premisas.

En ese orden de ideas, como conclusiones de su alzada planteó: (i) que no existen prueba idónea que demuestre más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta y mucho menos la responsabilidad del acusado, (ii) la declaración vertida por la víctima en el juicio oral, su disponibilidad relativa y la prueba de referencia de la entrevista de la menor -ostensiblemente deteriorada- no tienen la virtualidad de acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes, (iii) El informe del testigo psicólogo Ruiz Mejía, no fue decretado como prueba de referencia en ninguna oportunidad procesal y su valoración atenta contra el principio de legalidad de la prueba. (iv) la prueba indiciaria referenciada en la decisión de primer grado adolece de una construcción de inferencia lógica, (v) de conformidad con el artículo 381 del C.P.P una sentencia no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia y en el caos en concreto toda la prueba es de referencia, y (vi) el proceso fue respetuoso de la perspectiva de género.

Finalmente, concluyó la inexistencia de prueba que acredite los presupuestos estatuidos en el artículo 381 del Código Penal para proferir una sentencia condenatoria y en ese sentido, solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado y, en su lugar la absolución de su defendido.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004[2], este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga; bajo esa premisa estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, únicamente se abordarán los asuntos objeto de inconformidad y los inescindiblemente ligados a estos en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con la censura planteada por la recurrente, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si con las pruebas allegadas al juicio oral es dable arribar al conocimiento, más allá de duda razonable, de la ocurrencia de los hechos constitutivos del punible objeto de acusación y de la responsabilidad del procesado, a efectos de que se revoque la sentencia condenatoria por el ilícito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y, en su lugar, se emita una en sentido absolutorio. Ello, claro está, teniendo en cuenta que los medios de conocimiento sólo son aquellos que se han producido como pruebas dentro de la audiencia pública[3].

Precisa la Sala que, no hará pronunciamiento alguno con relación al delito de lesiones personales, ello en virtud del principio de limitación, comoquiera que la alzada no se refirió al mismo.

6.3. Precisiones preliminares

El examen que conduce a determinar si la conducta reviste la condición delictiva o no, debe partir de los presupuestos previstos en el artículo 9º del Código Penal, esto es, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

A su vez, el art. 7º de la Ley 906 de 2004, al consagrar los postulados garantistas de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo,* ubica en cabeza del órgano de persecución penal –Fiscalía-, la carga de probar la responsabilidad del acusado.

Precisa la norma jurídica examinada en su inciso final que, "*[p]ara proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda*"; previsión que se hila con lo preceptuado por el art. 381 ejusdem, en virtud del cual, "*[p]ara condenar se requiere el conocimiento*

[2]29 "*Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito."*
[3] Artículo 16 C.P.P.

más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio."

Las pruebas, en todo caso, deben satisfacer los postulados garantistas de oportunidad, publicidad, contradicción e inmediación previstos en los arts. 374, 377, 378 y 379 del CPP, y que, además, deben apreciarse en conjunto, consultando los criterios de valoración previstos normativamente para cada medio de conocimiento, tal como lo establece el art. 380 *ibidem*.

6.4. De la perspectiva de género en el proceso penal

Previo abordar el ejercicio de valoración probatoria, emerge necesario destacar que su estudio debe ser abordado desde un enfoque de género, el cual constituye un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, imponiéndoles el deber, en el marco del ejercicio de sus funciones y competencias, a obrar de modo que identifiquen, cuestionen y superen la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres[4].

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha destacado que:

> *"el deber de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará-8, implica, entre otras cosas, una reorientación de la labor investigativa, en orden a visibilizar las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional, lo cual implica que, frente a la violencia exacerbada y poco visibilizada que históricamente ha agobiado a las mujeres, el acceso de estas a la administración de justicia «supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción[5]".*

Ahora, si bien esta perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad en punto a la valoración probatoria, si le impone al funcionario judicial la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o perjuicios de género. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia que en punto de los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014 expuso:

> "Como se ve, fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o

[4] CSJ SP, 1 julio 2020, rad. 52897
[5] CSJ SP, 18 agosto 2021, rad. 57196

pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres. Algunos de los procesos inductivos que por inequívoco mandato legal deben reputarse inadmisibles son los siguientes:

(a) La mujer guardó silencio o no ejerció resistencia ante un avance sexual, luego la interacción sexual fue consentida (art. 18, n. 2).
(b) En el cuerpo de la mujer no se encontraron marcas, rastros, heridas o vestigios de semen u otros fluidos, luego el hecho no ocurrió o no fue violento (art. 19, n. 1 y 2).
(c) El agresor usó un condón, luego la interacción sexual fue consentida (art. 19, n. 3).

Tales reglas, en esencia, conllevan la negación normativa de juicios probatorios viciados por preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual. Justamente, «la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan"[6]

6.5. Del caso concreto

Dilucidado lo anterior, se impone a esta colegiatura, en primer término, efectuar el juicio de tipicidad en orden a determinar si en el caso examinado se estructura el punible de acto sexual con menor de catorce años agravado por el cual, se itera, se acusó a Salcedo Arrieta.

La referida conducta punible está descrita y sancionada en el artículo 209 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

> « El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.».

Conforme a la anterior descripción típica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido características de este ilícito: i) se trata de un delito de mera conducta porque no requiere que el menor realice alguna actividad lúbrica, ii) contempla sujeto activo indeterminado, iii) recae en un sujeto pasivo cualificado, menor de catorce años y iv) refiere verbos rectores alternativos, bien sea la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal con el menor, en su presencia, o que se le induzca a prácticas sexuales.[7]

[6] CSJ SP, 1 julio 2020, rad. 52897

[7] CSJ AP, 28 febrero 2018, rad. 49230

En cuanto al agravante imputado por la fiscalía, este se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 211, modificado por la Ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

> « Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:
>
> (…)
>
> 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
>
> (…)».

Respecto del cual, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que atendiendo a la fórmula abierta en la que el legislador estipuló este agravante, le asiste al juez la obligación de analizar las particularidades de cada caso y, a partir de estas, determinar si el agresor efectivamente ostentaba una posición o cargo que implique que la víctima deposite su confianza en esa persona, a través de las pruebas y hechos que integren la acusación.[8]

Así pues, conforme a los elementos constitutivos de este ilícito descritos en precedencia, anticipa esta Colegiatura desde ya, que los reparos formulados por la censora son insuficientes para revocar el fallo de naturaleza condenatorio proferido en primera instancia; puesto que se encuentra acreditado más allá de toda duda la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de Segundo Manuel Salcedo Arrieta, como se expondrá a continuación.

En ese sentido, no existe discusión –al haber sido objeto de estipulación probatoria-, en cuanto el hecho de que la víctima Laura Alejandra Guevara Salcedo era menor de catorce años para la época de los hechos, es decir de agosto a noviembre del año 2007.

No obstante, previo a continuar con el examen de la actividad probatoria adelantada en juicio, y con ocasión a los reparos de la censora, emerge necesario establecer los términos en los que se decretó la prueba de referencia que se introdujo al debate a través del psicólogo Domingo Arturo Ruiz Mejía.

En ese orden de ideas, en sesión de juicio oral del 8 de noviembre de 2021, una vez agotada la solicitud por parte del ente acusador y el traslado de ésta a los demás sujetos procesales, el juez de primera instancia resolvió:

---

[8] CSJ SP, 27 marzo 2019, rad. 51923

> "el despacho admite como prueba de referencia la entrevista rendida por la entonces menor victima Laura Alejandra Guevara Zambrano ante el psicólogo de la fiscalía, Domingo Arturo Ruiz García, y por tanto deberá éste presentarse en el juicio a acreditar lo pertinente para proceder a incorporar la referida entrevista"[9]

Luego, dicho decreto no se condicionó únicamente al CD que contenía la grabación de la mencionada entrevista como erróneamente lo plantea la defensora.

Ahora, no desconoce esta Sala que en principio dicho elemento sería la mejor evidencia para la incorporación de la prueba de referencia decretada, no obstante, ello no limita que ante circunstancias de deterioro como la que se presentó en el caso en concreto, se incorporará mediante la lectura el extracto contenido en el informe de dicho psicólogo, correspondiente a la transcripción de un aparte de la entrevista rendida por la entonces menor Laura Alejandra Guevara Zambrano ante este profesional.

Así fue expuesto nuevamente por el juez de primera instancia, que seguía siendo el mismo que decretó la prueba de referencia, en sesión de juicio oral del 19 de enero de 2022 en la que clarificó:

> "Lo que se decretó como prueba de referencia, como nos ha quedado claro es la entrevista de la entonces menor, lo que quiere decir que en este informe aprecio sobre todo en el folio 2, núcleo familiar, técnica aplicada, conclusiones, aspectos que no fueron decretados, entonces mi precisión entorno a eso, señora fiscal, es que lo único que se puede incorporar de ese documento sería los hechos narrados si es que fueron tomados textualmente del CD, los demás aspectos no pueden ser objeto de incorporación"[10]

De manera que, con posterioridad a que el testigo Ruiz Mejía reconociera el informe número 9459 del 30 de noviembre de 2007 e indicara que lo que se encontraba plasmado en dicho documento obedece a una transcripción literal, concreta y textual de lo que la niña -Laura Alejandra Guevara- manifestó en el relato de los hechos, se procedió con la lectura de dicho aparte de la siguiente manera:

> "(…) el señor Manuel Salcedo un día me tocó mi vaginita y no sé por qué yo no le contaba a mi mamá, luego empezó a tocarme los senitos y así sucesivamente, la primera vez fue cuando, fue como en agosto de este año en el piso de arriba o en cualquier lado, me tocaba la vaginita y los senos,

[9] Min 2:11:38 a Min 2:12:06 003AudienciaJuicioOral 08-11-2021.mp4
[10] Min 20:26 a 21:07

fue como el miércoles pasado siete (7) de noviembre la última vez que me tocó, yo conté y lo echaron de la casa y ahí él aceptó que, sí me había hecho eso, se lo dijo a mi tía Yeny. La vagina me la tocaba con la mano, metía la mano bajo la pantaloneta, sobre la piel y los senos los tocaba por encima de la ropa, el me tocó varias veces más o menos veinte (20) o treinta (30) veces, más que todo en la parte de arriba de la casa o cualquier hora del día, me decía que yo era muy linda y que estaba ahí solo por mí, me ofreció plata me dijo si me regala cuca le doy plata, me mostró la plata $3.000. Manuel estaba viviendo con mi tía Yeny Faride Zambrano en la misma casa desde hace como 8 años, antes no había pasado nada, un día en la pieza me metió la manita en la vagina y me estaba metiendo los deditos y ya me estaba doliendo, una sola vez me hizo eso, un día me mostró los genitales, me dijo vamos y me ayuda a arreglar la pieza, me llamó y tenía el pene sacado por fuera y yo volteé de una vez la cara, eso fue el domingo el día de elecciones"[11]

Tras lo cual, el A quo reiteró nuevamente que:

"Conforme a lo decretado en audiencia anterior y lo expuesto en esta audiencia y realizado en esta diligencia se precisa lo siguiente en torno al informe el cual se corrió traslado, lo que tiene que ver directamente con el informe de fecha 30 de noviembre de 2007, este no se incorpora a la actuación por tanto no debe introducirse al expediente este documento. Se incorpora a la actuación la lectura que textualmente realizó el testigo domingo Arturo Ruiz Mejía del acápite en que la menor expresó directamente lo acontecido en los hechos jurídicamente relevantes (…)"[12]

Así las cosas, ningún debate admite el alcance de la prueba de referencia decretada e incorporada en el devenir del juicio oral, pues el juez de primera instancia clarificó esta situación en reiteradas ocasiones, dejando claro que si bien no se admitía la incorporación del informe de fecha 30 de noviembre de 2007, si se incorporaba como prueba de referencia el extracto contenido en dicho documento consistente en la transcripción literal de un apartado de la entrevista rendida por la menor ante el psicólogo Domingo Ruiz Mejía a través de la lectura que este profesional hizo del mismo durante el juicio oral.

Luego, si bien la calidad del audio que contenía la grabación de dicha entrevista está visiblemente deteriorada y dificulta su comprensión, no es cierto que la defensa desconozca cual es el contenido de dicha entrevista y en ese sentido su derecho de contradicción haya sido completamente anulado, pues como se expuso en líneas atrás, se dio lectura a un aparte relevante de dicha entrevista en

[11] Min 1:07:36 a 1:09:21
[12] Min 1:12:19 a min 1:13:12

el que se hace alusión a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se consumaron las conductas delictivas.

Ahora, impera precisar que el contenido de esta prueba de referencia, no fluye en solitario, pues fue corroborado parcialmente, por la propia víctima -Laura Alejandra Guevara Zambrano-, quien en sesión de juicio oral del 8 de noviembre de 2021, corroboró que para el año 2007 vivía en un inmueble con varias personas, entre ellas Segundo Manuel Salcedo Arrieta, esposo de su tía Yeny y el padre de su prima Kelly, quien residió en dicho inmueble hasta el día en el que *le contó lo sucedido* a su progenitora. Del mismo modo, la víctima señaló a este sujeto como el responsable de realizarle tocamientos sin especificar las circunstancias de estos, pues indicó no recordarlos por el paso del tiempo, aduciendo que ya había dejado esa situación en el pasado pues en su momento fue algo muy doloroso.

Sobre el particular, destaca la Sala que, atendiendo a la connotación sexual de la conducta punible por la que se acusó el procesado, es común que estas se perpetren en entornos privados, dejando en la mayoría de los casos a la víctima como único testigo directo de la agresión, no obstante, ello no impide que ese único testigo pueda sustentar un fallo de condena.

Al efecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

> "(…) la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza"13

Luego, una vez analizado el testimonio rendido por Laura Alejandra Guevara Zambrano durante el juicio oral, se colige que este goza de coherencia interna y externa con los demás medios de convicción en cuanto al responsable de los tocamientos de los que fue víctima cuando era menor de edad. Además, no advierte esta Colegiatura, ningún vestigio de animadversión hacia el procesado que hubiesen minado la fiabilidad de su testimonio, a tal punto que la víctima pese a reconocer que fue un episodio doloroso, indicó que era una etapa superada en su vida.

En suma, también se cuenta con el testimonio de Diana Patricia Zambrano Beltrán, progenitora de la víctima, quien corrobora periféricamente estas circunstancias, pues si bien no percibió de forma directa estos tocamientos, sí da

[13] CSJ SP, 18 mayo 2022, rad. 46808

cuenta de que notó que la menor empezó a actuar diferente con el procesado, con rabia y en ocasiones hasta siendo grosera con él, relatando que empezó a notar a la menor como retirada y desinteresada por las cosas que siempre le habían gustado, como el fútbol. También indicó que la menor estaba muy sensible, y que lloraba por cualquier cosa, hasta que un día le contó que el procesado la estaba tocando y mostrándole sus genitales, motivo por el cual procede a confrontarlo en compañía de su hermana Yeny, motivo por el cual el señor Salcedo Arrieta decide irse del inmueble sin que a la fecha se conozca nada de él. Finalmente, esta testigo también corrobora las circunstancias de tiempo y lugar en las que se realizaron estos hechos, pues indicó que el procesado no trabajaba los domingos y que en muchas oportunidades se quedaba a solas con la menor en estos días en el inmueble, pues ella salía en compañía de sus hermanas a misa o hacer mercado.

Finalmente, la perito del Instituto Nacional de Medicina Legal también corroboró periféricamente estas circunstancias pues da cuenta que durante la valoración que se practicó en el año 2008 la menor estaba consciente y orientada en las tres esferas, pero con un aspecto triste propenso al llanto, estando muy emotiva durante buena parte de la entrevista y exteriorizando manifestaciones de tristeza, concluyendo que la menor presentaba una afectación psicológica a consecuencia con alta probabilidad asociada a hechos victimizantes de orden sexual.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, si bien las declaraciones rendidas por la menor ante esta profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal comportan prueba de referencia inadmisible, lo cierto es que sí es testigo directo de la existencia del relato realizado por la menor, de su comportamiento y sus condiciones psicológicas para ese momento.

Ahora, en cuanto al reproche de la censora por la prueba indiciaria a la que se hizo alusión en la sentencia de primer grado, debe esta Sala precisar que el A quo desconoció el método para realizar construcciones indiciarias, pues a pesar de hacer referencia al hecho indicador debidamente probado y al presunto hecho indicado, lo cierto es que su planteamiento carece de una regla de la experiencia que le otorgue fuerza probatoria a los indicios a los que hizo alusión.

No obstante, ello no incide en la decisión de carácter condenatorio proferida, pues como se expuso en precedencia, la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, están debidamente acreditadas con los medios de convicción aducidos al juicio oral, que no comprenden únicamente la prueba de referencia, sino las declaraciones de Diana Patricia Zambrano e incluso del perito Martha Cecilia López, que la corroboran periféricamente.

En cuanto a materialidad del ilícito, vale la pena indicar que, el resultado del informe sexológico no excluye la comisión del delito, en el entendido que, para la conducta punible investigada, la penetración no es elemento constitutivo de dicho tipo penal, de modo que el hecho de que el himen se encuentre intacto no prueba ni excluye nada para el caso en concreto.

Por último, emerge pertinente precisar que, si bien en determinadas oportunidades, como en la sentencia del 12 de febrero de 2020, con radicado número 53127 de la Corte Suprema de Justicia, se resolvió casar la sentencia y, en consecuencia, absolver al procesado al advertir que la sentencia de primer grado se basó únicamente en prueba de referencia, la misma no es aplicable al caso en concreto pues en esas oportunidades únicamente se contaba con la entrevista que el menor rindió por fuera del juicio, sin que la víctima haya concurrido a juicio a declarar como sí sucedió en el caso examinado.

Así las cosas, contrario a lo considerado por la impugnante, no surgen dudas en cuanto al comportamiento libidinoso ejecutado por el procesado sobre la entonces menor Laura Alejandra Guevara Zambrano, en el segundo semestre del año 2007, de ahí que, no hay lugar a predicar una vulneración a la prohibición prevista en el inciso 2 del articulo 381 del C.P.P. como lo demanda la censora, pues los requisitos previstos en el inciso 1 de dicho precepto normativo se encuentra satisfechos no solo por la prueba de referencia que se incorporó al debate público, sino por los demás medios de convicción directos que la corroboraron.

Por último, como no existió reparo alguno en el recurso vertical en cuanto al agravante y al proceso de dosificación punitiva, con la consecuente negativa en el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y a la orden de cumplir la sanción en establecimiento carcelario, la cual, en el proveído de primer grado se dispuso lo pertinente para su cumplimiento, se abstiene esta Colegiatura de realizar cualquier consideración adicional al respecto.

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

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas.

SEGUNDO. Advertir que contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN
Magistrado

Proyecto registrado: 24 de enero de 2023