

 <b>JUSTICIA PENAL BUGA</b>	<b>SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR</b>	 <b>ERES</b> <small>ESTRATEGIA DE RESPONSABILIDAD ÉTICA Y SOCIAL</small>
<b>Código:</b> GSP-FT-37	<b>Versión:</b> 1	<b>Fecha de aprobación:</b> 15/02/2012

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:  
JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO**

Radicación: 76622-60-00-185-2011-00607-03 (AC-160-17)

Guadalajara de Buga (Valle), Junio treinta (30) de dos mil diecisiete (2017).

Aprobado según Acta No. 188

**OBJETIVO**

Resolver recurso de apelación presentado contra la Sentencia No. 12 del 30 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (Valle), en la cual condenó al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO como autor de un delito de *Acto sexual con menor de 14 años*.

**ANTECEDENTES**

1. El 31 de julio de 2012 la Fiscalía seccional 33 de Roldanillo (Valle) presentó escrito de acusación en el cual narró que el 23 de julio de 2011, en un negocio denominado "EL PAISA" ubicado en la Carrera 4 con Calle 7 del Municipio de Roldanillo, el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO le bajó la ropa interior a la menor A.I.R.M y le tocó la vagina.

2. El 14 de septiembre de 2012, en la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía consideró al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO probable autor de un delito de *Acto sexual con menor de 14 años*.
3. El 28 de noviembre de 2012 se inició la audiencia preparatoria.
4. El 22 de noviembre de 2013 se dio inicio al juicio oral; en materia probatoria ocurrió lo siguiente:

#### **ESTIPULACIONES:**

Se introdujeron estipulaciones en las que las partes acordaron tener demostrado el contenido de los siguientes documentos: (i) Fotocopia de la cédula de ciudadanía 15.378.786 expedida al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO (Folio 110). (ii) Acta de arraigo socioeconómico del acusado (Folio 111). (iii) Fotocopia de oficio emitido por el D.A.S. del 24 de agosto de 2011, en el cual se advierte que el procesado no registra antecedentes judiciales (Folio 112). (iv) Fotocopia del registro civil de nacimiento de la menor A.I.R.M en el que se advierte que nació el 5 de enero de 2004 (Folio 113). (v) Informe de investigador de campo del 3 de octubre de 2011 suscrito por el Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA (Folios 114 a 115). (vi) Orden de captura contra el acusado (Folio 116). (vii) Informe de policía del 4 de junio de 2012 suscrito por los Patrulleros LUIS GREGORIO PEREA AMARIZ y CARLOS ALMEIRO ERAZO GALINDEZ (Folios 117 a 118). (viii) Acta de derechos del capturado del 4 de junio de 2012 (Folio 119). (ix) Reseña de identificación decadactilar realizada al acusado (Folio 120). (x) Oficio CJ-6281-1 de fecha 27 de agosto de 2012 de la Registraduría Nacional del Estado Civil donde aparece la reseña detallada del acusado (Folios 121 a 122) (xi) Informe de investigador de laboratorio del 29 de agosto de 2012 de plena identidad del acusado (Folios 123 a 126).

**PRUEBAS DE LA FISCALÍA:**

- a) La señora ZULMA DIVA CRUZ GARCÍA declaró que se desempeña como asistente de fiscal II desde el año 1998 en la Fiscalía 24 local de Roldanillo; recibió la denuncia formulada por la señora YAMILE DEL CARMEN MONROY MACÍAS el 26 de julio de 2011.

Con dicha testigo se introdujo la denuncia por ella aludida (Folios 187 a 189).

- b) El Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA declaró que trabajó en Roldanillo desde el 2 agosto de 2008 hasta el 10 de julio de 2013 como policía judicial de infancia y adolescencia. En el caso por el que se procede recibió entrevista a la madre de la menor víctima y elaboró el acta de arraigo del indiciado. Según lo señalado por la madre de la niña, el agresor era el propietario de una salsamentaría que queda cerca de donde ella reside; en ese negocio fue atendido por la señora DIANA MARÍA MORENO LÓPEZ, quien se identificó como la compañera permanente del señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO, dama que afirmó que a su marido le decían EL PAISA.

En el conainterrogatorio precisó que al efectuar el arraigo del indiciado pudo percibir que en la zona donde ocurrieron los hechos había una salsamentaría y un local de venta de arepas.

Con el mencionado testigo se introdujo entrevista de fecha 3 de agosto de 2011 (Folio 190).

- c) La señora LUZ MARINA MORENO declaró que es defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, centro zonal Roldanillo; entrevistó a la menor A.I.R.M, quien dijo que la mamá la había mandado a comprar una salchicha a la tienda de un señor que le dicen "EL PAISA"; que cuando entró, ese señor le tocó la vagina por encima de la pijama.

En el conainterrogatorio, la testigo afirmó que es abogada con especialización en derecho administrativo, sin capacitación para entrevistar a menores.

Con la mencionada testigo se introdujo la entrevista por ella aludida, realizada el 28 de septiembre de 2011 a la niña A.I. R. M. (Folios 191 a 192).

- d) El médico forense OSCAR MARINO FRANCO ARBOLEDA declaró que examinó a la menor A.I.R.M; constató que al examen general carecía de huellas externas de lesión reciente que permitieran fundamentar incapacidad médico legal. En sus conclusiones plasmó: *“menor sin evidencia clínica actual de violencia física ni sexual pero debe anotarse que los hallazgos negativos no descartan maniobras sexuales”*.

En el contrainterrogatorio precisó que lo consignado en la anamnesis del informe técnico corresponde al relato que le proporcionó la madre de la menor, debido a que la niña no le quiso narrar lo ocurrido.

Con el mencionado testigo se introdujo su informe técnico médico legal sexológico practicado a la menor el 27 de julio de 2011 (Folio 223).

- e) El psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal de Roldanillo CARLOS AUGUSTO JIMÉNEZ LAVERDE declaró que evaluó a la menor A.I.R.M, quien refirió presunto abuso sexual; concluyó que *“los sucesos que la niña relata son coherentes y expresados a través de un lenguaje apropiado a su desarrollo cognitivo. Se identifican alteraciones a nivel comportamental producto de los hechos ocurridos. Se sugiere intervención psicológica para la familia y la niña dados los indicadores encontrados”*. De las afirmaciones de la madre de la menor concluyó lo referente a las alteraciones comportamentales de la menor, indicando dificultades para realizar labores académicas y de recibir órdenes de su madre. En la entrevista la menor hizo referencia a un presunto abuso sexual que según ella consistió en que: *“mi mamá me mandó a comprar unas salchichas y yo le pedí mil de salchichas y el señor me dijo que tenía una crema muy buena para una quemadura que tenía en la cara, me entró para su casa, me tocó la vagina y yo le dije que me diera las salchichas y salí corriendo”*. Al preguntarle a la menor sobre quien cometió el acto, respondió que: *“le dicen EL PAISA el que tiene una tienda a la vuelta de mi casa”*.

En el contrainterrogatorio el testigo precisó que la niña no indicó la fecha de ocurrencia de los hechos. No corroboró la información aportada por la madre de la menor referente a los cambios comportamentales de la menor.

Con el mencionado testigo se introdujo el informe de entrevista psicológica realizada el 29 de septiembre de 2011 a la víctima. (Folios 224 a 240)

#### **TESTIGOS DE LA DEFENSA:**

1. La señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA declaró que es propietaria desde hace 19 años del "PIQUETEADERO EL SAMÁ" ubicado en la calle 7 con carrera 4 de Roldanillo; no recuerda cómo se llama el barrio, pero sabe que queda por la calle donde está el SUPERMERCADO EL DORADO. Su negocio está ubicado en una esquina, al frente en la otra esquina queda una salsamentaría que se llama EL PAISA. Para el año 2011 el propietario de la salsamentaría EL PAISA era el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ, a quien le decían EL PAISA; él vivía en ese negocio con su esposa DIANA; dicho señor fue calumniado, pues se dijo que había intentado abusar de una niña, lo que no es cierto, ya que el supuesto abuso ocurrió un día en el que ella estaba en el local con JORGE ENRIQUE y no vio nada; ese día también estaban en el local JORGE ENRIQUE, la esposa de él y su sobrina YUDI; ese día, por motivo de que una nieta de JORGE ENRIQUE iba cumplir 6 años de edad en esa semana, él y su esposa la invitaron a hacer un sancocho y una torta en su casa. El día de la celebración fue en julio de 2011, y al utilizar como punto de referencia que su nieta cumple año el 20 de julio, deduce que el día de la reunión se hizo en esa misma semana, como a los 6 u 8 días. Posiblemente el 26 de julio fue el día que se hizo la reunión, la cual se hizo desde la mañana; era habitual reunirse con la familia de JORGE ENRIQUE, quien era muy alejado y "jodido" con los niños, por eso se le hace imposible creer que él abusó de una niña. La niña supuestamente víctima vivía a mitad de la cuadra donde está la salsamentaría EL PAISA.

5. En la fase de alegatos finales la Fiscalía solicitó se condenara al acusado como autor de un delito de *Actos sexuales con menor de 14 años*. El Juzgado anunció que emitiría sentencia condenatoria.

### DECISIÓN IMPUGNADA

El 30 de marzo de 2017 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (Valle) condenó al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO a 108 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual, como autor de un delito de *Actos sexuales con menor de 14 años*; para fundamentar la condena argumentó lo siguiente:

- a) Quedó demostrado que la niña A.I.R.M al momento de los hechos tenía edad inferior a 14 años, pues nació el 5 de enero de 2004.
- b) Las entrevistas que dio la menor A.I.R.M. son pruebas de referencia admisibles. La niña afirmó que quien tocó su vagina fue el señor conocido como EL PAISA, quien tiene una tienda cerca de su casa, persona que no es otro que el acusado JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO, ya que el policía DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA al proceder a verificar lo que le dijo la madre de la menor, descubrió donde residía el denunciado, pues al dirigirse a la carrera 7 N. 4-01 fue atendido por la compañera permanente del mismo, y pudo constatar que era conocido como EL PAISA, tal como también lo dijo la testigo MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA.
- c) El testimonio del psicólogo CARLOS AUGUSTO JIMÉNEZ LAVERDE demostró que en el comportamiento de la menor se evidenciaban indicadores de haber sido objeto de abuso sexual.

## RECURSO

La defensa técnica impugnó el fallo en procura de que sea revocado y en su lugar se absuelva al acusado; para lograr que esa pretensión sea acogida argumenta lo siguiente:

- a) La Fiscalía solo aportó pruebas de referencia para desvirtuar la presunción de inocencia; se debe absolver en aplicación del mandato del artículo 381 inciso segundo de la Ley 906 de 2004, según el cual: *"la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia"*.
- b) Al Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA no le consta de manera personal y directa nada relacionado con el supuesto abuso sexual.
- c) Nada apreció directamente el psicólogo CARLOS AUGUSTO JIMÉNEZ LAVERDE que permita inferir el abuso sexual investigado; a pesar de haber afirmado que la menor mostró variaciones comportamentales, precisó que ello no fue percibido ni corroborado por él.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. COMPETENCIA:

De acuerdo a lo consagrado en el numeral 1 del artículo 34-1<sup>1</sup> de la Ley 906 de 2004 esta Corporación es competente para resolver la impugnación.

---

<sup>1</sup> **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 proferan los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

## 2. PROBLEMA JURÍDICO:

En atención a los argumentos expuestos por la parte impugnante, el Tribunal debe dilucidar si el *a quo* se equivocó al condenar al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO.

Como el apelante manifiesta que la condena se fundamentó exclusivamente en pruebas de referencia, se debe verificar si ello es cierto, ya que en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 se establece lo siguiente:

**“ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR.** *Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*

***La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.***” (Negrillas fuera del texto)

De acuerdo a lo consagrado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 *“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”*

La revisión del fallo impugnado permite constatar que para condenar al acusado el *a quo* se basó en las entrevistas dadas por la menor A.I.R.M a la señora LUZ MARINA MORENO -defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, centro zonal Roldanillo- y al psicólogo CARLOS AUGUSTO JIMÉNEZ LAVERDE, en el testimonio del Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA y en lo declarado por la señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA.

La revisión de las pruebas introducidas y practicadas en el juicio oral permite concluir que respecto a la real ocurrencia del episodio sexual investigado la Fiscalía no llevó al juicio testigo presencial de los hechos, ni filmación de los mismos. Respecto a la ejecución del abuso sexual investigado en este caso solo obra como prueba la manifestación de la menor A.I.R.M., quien en entrevistas dadas a la señora LUZ MARINA MORENO -defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, centro zonal Roldanillo- y al psicólogo CARLOS AUGUSTO JIMÉNEZ LAVERDE, afirmó que el día de los hechos fue a comprar unas salchichas al negocio de un señor conocido como EL PAISA, quien la hizo entrar y luego le tocó la vagina, y que el negocio de ese sujeto queda cerca de su casa.

En el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 se consagra como **prueba de referencia admisible** la declaración del menor de dieciocho (18) años víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

El párrafo adicionado por el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 al artículo 275 de la Ley 906 de 2004 preceptúa: **“También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código”**<sup>2,3</sup>

---

<sup>2</sup> El artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 hace referencia al artículo 206A de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 2º de la misma Ley 1652.

<sup>3</sup> El artículo 206A de la Ley 906 de 2004 adicionado por el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 establece lo relacionado con la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de las siguientes conductas:

(i) Las tipificadas en el Título IV del Código Penal (delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales): acceso carnal violento (art. 205), acto sexual violento (art. 206), acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208), **actos sexuales con menor de catorce años (art. 209)**, acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (art. 210), acoso sexual (art. 210A), inducción a la prostitución (art. 213), proxenetismo con menor de edad (art. 213A), constreñimiento a la prostitución (art. 214), estímulo a la prostitución de menores (art. 217), demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217A), pornografía con personas menores de 18 años (art. 218), turismo sexual (art. 219), utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (art. 219A)<sup>3</sup>.

(ii) Los relacionados con violencia sexual contenidos en el mismo Código: acceso carnal violento en persona protegida (art. 138), actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139), prostitución forzada o esclavitud

La Corte Constitucional en la Sentencia C-177 de 2014, al referirse al valor probatorio de las manifestaciones dadas por los menores víctimas de delitos sexuales antes del juicio oral, expresó lo siguiente:

***“4. Protección constitucional a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales.***

4.1. *Tratándose de la niñez, por mandato constitucional consagrado en el artículo 44, sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás, siendo entonces sujetos de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, al tiempo que cualquiera puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores. A su vez, el artículo 45 ibídem señala los derechos a la protección y a la formación integral de los jóvenes<sup>4</sup>.*

4.2. *El artículo 44 ibídem señala dentro de los derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor; además, se indica expresamente que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual y explotación, al tiempo que gozarán de todos los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales*

---

*sexual (art. 141), trata de personas (art. 188A), tráfico de niñas, niños y adolescentes (art. 188C), uso de menores de edad la comisión de delitos (art. 188D).*

<sup>4</sup> Recuérdese que acorde con lo señalado, entre otras normas, en el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño de noviembre 20 de 1989, **se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad**, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

*ratificados por Colombia.*

*(...)*

***5. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes ante delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, dentro del proceso penal.***

*5.1. El papel de las víctimas dentro del proceso penal ha ganado creciente protagonismo, en desarrollo de una tendencia internacional<sup>5</sup> que se recoge y decanta en Colombia dentro del contexto trazado por la Constitución de 1991 y los postulados fundamentales del Estado social de derecho. En desarrollo de lo anterior, la Corte ha delineado una sólida doctrina sobre el tema, que si bien empieza antes de la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002<sup>6</sup>, cobra especial relevancia a partir de su entrada en vigor y de la subsiguiente implementación procesal penal del sistema acusatorio (Ley 906 de 2004 y normas modificatorias y complementarias).*

*(...)*

*5.4. Tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas, claro está, sin que ello lleve indefectiblemente al detrimento de otros valores o principios constitucionales, como ya se indicó.*

*Se erigen así una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos*

---

<sup>5</sup> El interés por el tema en el entorno internacional se ve reflejado, por ejemplo, en la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 40/34 de noviembre 29 de 1985, sobre “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

<sup>6</sup> Cfr. C-1149 de octubre 31 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, donde se declaró la inexequibilidad parcial de varias normas de la Ley 522 de 1999, relativas al rol de la parte civil ante la justicia penal militar.

de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía).

Acorde con lo consignado, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) establece los “procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos” (Capítulo Único del Título II), y en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores de edad y a los jóvenes<sup>7</sup>, el artículo 192 preceptúa que los procesos por delitos en los cuales los menores de edad sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta el interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución y en las leyes colombianas<sup>8</sup>.

En procura de esos fines, el artículo 193 de la citada Ley 1098 consagró una serie de “criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”, según los cuales la autoridad judicial deberá (no está en negrilla en el texto original):

“1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.

**2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con**

---

<sup>7</sup> Artículos 42, 44 y 45 de la Constitución, acorde con la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Declaración sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (art. 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (arts. 10 y 12); y la Convención sobre los Derechos del Niño, noviembre de 1989; entre otras.

<sup>8</sup> Igualmente, dentro de los principios generales de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, “Reglas de Beijing”, se plantea como una de las orientaciones fundamentales que “los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales promover el bienestar del menor y de su familia”.

**quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.**

**3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.**

4. *Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.*

5. *Tendrá especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.*

6. *Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.*

**7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará**

**porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.**

**8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles.** Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. **De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.**

9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

10. Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.

11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

**12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un**

**psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.**

**13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.”**

*Bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.*

(...)

*Así, no sólo en el ámbito nacional, sino también en el internacional se ha dado cabida, atendiendo ese interés superior del menor ampliamente reconocido, al denominado principio pro infans, acentuado por la jurisprudencia de esta corporación al considerarlo un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes<sup>9</sup>.*

(...)

*En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces.*

---

<sup>9</sup> Cfr. fallos T-593 de agosto 28 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-078 de febrero 11 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-117 de marzo 7 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada, entre muchos otros.

**7.4. Tratándose de la denominada entrevista forense a los menores víctimas de delitos sexuales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones. Entre ellas, en la sentencia T-117 de 2013 ya citada, se explicó que constituye en un elemento central de la actividad investigativa, como quiera que la autoridad judicial obtiene así de la fuente primaria una visión de los hechos y las posibles motivaciones, entre otros aspectos, lo cual servirá entonces como fundamento de las labores de instrucción e indagación.**

*En el referido fallo, atendiendo doctrina especializada, la Corte describió detalladamente la forma como tanto la entrevista, los interrogatorios o contrainterrogatorios a menores de edad deben ser practicados por psicólogos, atendiendo los preponderantes derechos fundamentales que están en juego y la necesidad de no revictimizarlos (no está en negrilla en el texto original):*

(...)

*7.5. Atendiendo la protección especial de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, el Tribunal Constitucional español también ha analizado los efectos de someter a un menor que ha sido víctima de un delito sexual al proceso penal, concluyendo que resulta ajustado a la Constitución que se modulen garantías procesales como el derecho de defensa y la contradicción, atendiendo la edad del ofendido y la naturaleza del delito investigado.*

*En efecto, en la sentencia 57 de marzo 11 de 2013 la Sala Segunda de ese tribunal resolvió un recurso de amparo promovido por una persona condenada por la jurisdicción penal como autor de seis delitos de abuso sexual, quien alegaba que sus derechos fundamentales habían sido conculcados, como quiera que durante el diligenciamiento no pudo contradecir directamente las manifestaciones de las menores víctimas, pues no comparecieron ante los órganos jurisdiccionales ni durante la instrucción ni el juzgamiento.*

*En la referida decisión, recordando lo consignado en varios de sus pronunciamientos<sup>10</sup> y principalmente en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>11</sup>, señaló que “los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuando ‘frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como ‘una auténtica ordalía’”.*

*Así, se explicó que si bien procesalmente la forma de refutar las manifestaciones incriminatorias es el interrogatorio del testigo practicado en el juicio oral, acorde con el artículo 6.3. d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, “dicha regla general ‘admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción’ (STEDH de 19 de febrero de 2013, asunto Gani contra España, § 38)”.*

*Y, a renglón seguido, se explicó (no está en negrilla en el texto original): “**El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los***

---

<sup>10</sup> Allí se hizo alusión a las sentencias 303 de octubre 25 de 1993, 153 de septiembre 29 de 1997, 12 de enero 12 de 2002 195 de octubre 28 de 2002, 187 de octubre 27 de 2003, 1 de enero 16 de 2006 y ampliamente la 174 de noviembre 7 de 2011, entre otras.

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional español hizo referencia al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera) de febrero 19 de 2013, asunto Gani contra España, donde el demandante invocó “vulneración del derecho de contradicción y del de interrogar a la víctima, único testigo en su contra en relación con todos los delitos por los que ha sido condenado”, luego de ser encontrado responsable por la jurisdicción española de: “(i) un delito de amenazas a N. con agravante, a la pena de 15 meses de prisión; (ii) un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, con agravante, a la pena de dos años y medio de prisión y multa de 9 meses en cuota diaria de 12 euros; (iii) dos faltas de lesiones a N., a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas; (iv) un delito de secuestro con agravante, a la pena de ocho años de prisión; (v) otro delito de secuestro, a la pena de prisión de tres años; (vi) un delito contra la integridad moral con agravante, a la pena de dos años de prisión; (vii) un delito de agresión sexual con agravantes, a la pena de 15 años de prisión; (viii) un delito de falsedad en documento oficial, a la pena de seis meses y multa de seis meses en cuota diaria de 12 euros”. Además, se reseñaron las decisiones de diciembre 20 de 2001, caso P.S. contra Alemania; julio 2 de 2002, caso S.N. contra Suecia; noviembre 10 de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; abril 24 de 2007, caso W. contra Finlandia; mayo 10 de 2007, caso A.H. contra Finlandia; junio 27 de 2009, caso A.L. contra Finlandia; julio 7 de 2009, caso D. contra Finlandia y septiembre 28 de 2010, caso A.S. contra Finlandia.

**que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado.** Hemos señalado ya que «en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4)». Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto «frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como 'una auténtica ordalía'; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de junio de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia)».

Acorde con lo ampliamente consignado en el fallo en cita, el Tribunal español expresó que si bien en los delitos relacionados con abusos sexuales, usualmente la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, atendiendo que las demás suelen apuntar a lo narrado por la víctima<sup>12</sup>,

<sup>12</sup> En este punto se recordó lo consignado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de diciembre 20 de 2001, caso P.S. contra Alemania.

es admisible en atención al “interés del menor”, adoptar medidas de protección, **“incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada”** (no está en negrilla en el texto original).

Con todo, se aclaró que si bien se modifica justificadamente la forma de ejercer el derecho de contradicción, “tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral”.

**7.6. Así, resulta evidente el querer de todos los pueblos de dar prelación siempre al interés del menor, aún frente a otras garantías propias del proceso penal, sin que ello implique desconocer los derechos fundamentales del presunto agresor y de otros intervinientes.**

(...)

**8.2. La entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales no desconoce los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia.**

8.2.1. Como quedó ampliamente reseñado, en aplicación del interés superior del menor y del principio *pro infans*, resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas execrables<sup>13</sup>, establecer medidas

---

<sup>13</sup> Cfr. Convención sobre los Derechos de los Niños y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre muchos otros reseñados en esta providencia.

*legislativas y judiciales para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad (evitando injerencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños<sup>14</sup>.*

*También se destacó que la aplicación de ese interés superior del menor como marco hermenéutico para aclarar eventuales conflictos entre los derechos y los deberes de proteger a los menores de edad no puede conllevar, en el campo procesal penal, el desconocimiento del derecho al debido proceso y a un juicio justo de los indiciados, imputados o procesados<sup>15</sup>.*

***Con todo, en el presente evento, el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 al indicar que debe entenderse como material probatorio la entrevista forense a las víctimas menores de edad en los casos reseñados, no desconoce la igualdad ni garantías integrantes del derecho al debido proceso como la defensa, la contradicción, la inmediación y el acceso a la administración de justicia, pues su contenido puede ser debatido durante el juicio oral mediante el testimonio y el informe rendidos por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor.***

*8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta.*

---

<sup>14</sup> Acorde con doctrina especializada, los niños sexualmente abusados pueden mostrar reacciones emocionales negativas como la depresión, culpa o autoestima disminuida, fobias, pesadillas, inquietudes, neurosis, rechazo escolar, embarazos adolescentes, tentativa de suicidio, entre otras conductas (cfr. Pabón Parra, Pedro Alfonso, *Delitos sexuales. La sexualidad humana y su protección penal*. Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, pág. 342. Igualmente, puede consultarse a Monge Fernández, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre)*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

<sup>15</sup> Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 8.6), entre muchos otros reseñados en esta providencia.

*Para tal efecto, deberá atenderse el interés superior como eje central del análisis constitucional de cualquier medida, considerando las condiciones (i) fácticas específicas en las cuales se encuentra un menor y (ii) jurídicas que establecen los parámetros para su protección contenidas en el ordenamiento.*

*Acorde con lo anterior, fácticamente todo menor de edad víctima de aberrantes conductas libidinosas desplegadas contra su humanidad, lo ubican en una situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta que a su corta edad afecta su formación física y psicológica.*

*De otro lado, desde el punto de vista normativo es conocido que diferentes instrumentos internacionales que consagran derechos humanos, la Constitución de 1991 y normas legales como el Código de la Infancia y la Adolescencia<sup>16</sup>, imponen la obligación de adoptar medidas legislativas y judiciales para favorecer el interés superior de los menores víctimas de conductas aberrantes, atendiendo su evidente vulnerabilidad, evitando así su revictimización al poner en riesgo garantías fundamentales como la dignidad.*

*(...)*

***8.2.3. Denótese que la Ley 1652 de 2013 busca defender los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de aberrantes comportamientos relacionados con el abuso sexual, teniendo en cuenta que por su madurez mental<sup>17</sup> y las funestas consecuencias de esos comportamientos, no pueden recibir el mismo trato procesal de un adulto, pretendiendo que reconstruya sucesos que en el tiempo han***

---

<sup>16</sup> El artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 preceptúa: “En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.”

<sup>17</sup> Aunque la madurez física y psicológica de un menor esté en desarrollo, no quiere ello decir *per se* que sus versiones, principalmente frente a delitos sexuales deban descalificarse, pues acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, la naturaleza de ese tipo de aberrantes comportamientos y el impacto que generan en la memoria del menor, brindan credibilidad (cfr. T-078 de 2010, ya referida).

**causado traumas imborrables.**

**Así, la referida Ley 1652 procura reducir las consecuencias de esas experiencias devastadoras vividas por el menor, previendo su revictimización, mediante una entrevista que debe ser efectuada por “expertos en psicología y medicina” dentro de un contexto conversacional que garantice el respeto y la dignidad, priorizando siempre los derechos de los niños<sup>18</sup>.**

(...)

**8.2.4. Contrario a lo expuesto por uno de los demandantes y algunos intervinientes, establecer que la entrevista forense practicada a las víctimas menores de edad de delitos sexuales es un elemento material probatorio, no impide el adecuado ejercicio del derecho de defensa ni el de contradicción. Para tal efecto, se analizarán conjuntamente los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013 y sistemáticamente con las demás normas concordantes.**

(...)

**Atendiendo que la entrevista forense es considerada un elemento probatorio, podrá la defensa solicitar al juez de conocimiento su descubrimiento en caso de no hacerlo la Fiscalía, siempre que demuestre la necesidad (par. 1º art. 2º L. 1652/13), la pertinencia (art. 344 L. 906/04) y que ello no afectará los derechos de la víctima menor de edad.**

---

<sup>18</sup> Exposición de motivos del proyecto de ley 01 de 2011 Senado, que se convertiría en Ley 1652 de 2013, donde se indicó: “El presente proyecto de ley busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Es de vital importancia acomodar el proceso penal a las exigencias propias de los niños, pues es apenas evidente que por la etapa de desarrollo mental en que se encuentran y por las nefastas consecuencias del abuso sexual, estos no se desenvuelven normalmente dentro de un proceso diseñado para adultos” (Cfr. Gaceta del Congreso 520 de Julio 22 de 2011).

Así, será el juez de conocimiento el funcionario que analizando en conjunto las normas descritas y dándole prevalencia a los intereses del niño, niña o adolescente que ha rendido la entrevista, dando aplicación al principio *pro infans*, determinará si el descubrimiento de dicho elemento material probatorio es estrictamente necesario, pertinente y no afectará los derechos fundamentales de la víctima<sup>19</sup>, dentro de su rol de garante tanto de los derechos del menor como del acusado<sup>20</sup>. Además, deberá tener en cuenta los criterios de necesidad, ponderación, legalidad, entre otros, contenidos en el artículo 28 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013.

(...)

8.2.5. La entrevista forense como elemento material probatorio también podrá ser controvertida mediante el informe respectivo rendido por el entrevistador (art. 2º lit. f) –sic- L. 1652 de 2013) quien además puede ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe, dando pleno lugar al ejercicio de los derechos a la defensa y la contradicción.

**8.2.6. En síntesis, el legislador al establecer en el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 que la entrevista forense practicada a los menores de edad víctimas de los delitos sexuales señalados en el artículo 2º ibídem es un elemento material probatorio, materializó la prevalencia del interés superior del menor, sin que ello conlleve afectación de garantías**

---

<sup>19</sup> Reitérese que el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 señala que el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución y en dicha ley. De otro lado, el numeral 7º del artículo 193 *ibídem*, la autoridad judicial: “Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

<sup>20</sup> La Corte ha puntualizado que el juez no es un “convidado de piedra”, luego “no sólo es quien está llamado a concretar el *ius puniendi* del Estado, sino que también es el encargado de buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas” (C-144 de marzo 3 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, entre muchas otras).

**integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, ni los principios de inmediación o el acceso a la administración de justicia, pues como se indicó, tal elemento puede no sólo ser descubierto, sino controvertido, acorde con lo hasta aquí consignado.**

**Por el contrario, atendiendo las pautas constitucionales y legales ampliamente referidas, en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente por un menor, “dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático”<sup>21</sup>.**

**Además, solo en gracia de discusión, aunque se plantee que dicha entrevista realizada fuera del juicio oral desconocería garantías inherentes al debido proceso como los derechos de defensa y contradicción, o principios como la inmediación y el acceso a la administración de justicia, como se indicó ampliamente, existiría justificación constitucional para ello, atendiendo como circunstancias preponderantes la menor edad de la víctima y la naturaleza execrable del tipo de delitos investigados<sup>22</sup>.**

8.2.7. Cabe anotar que desde los primeros pronunciamientos de la Corte, se ha indicado que si bien el legislador posee un amplio espacio de configuración legislativa en materia penal, dicha facultad está sujeta a límites, explícitos o implícitos<sup>23</sup>, que se aplican tanto al derecho sustancial como al procesal,

<sup>21</sup> Cfr. Fallo T-117 de 2013 ya citado, donde se recordó lo expresado por la Sala de Casación Penal en decisión de mayo 18 de 2011 (Rad. 33.651), también citada.

<sup>22</sup> Cfr. Sentencia 57 de marzo 11 de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español, ampliamente citada en esta providencia dada su pertinencia para el presente asunto.

<sup>23</sup> En el fallo C-079 de febrero 22 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se explicó: “en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos o implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o

*atendiendo la marcada constitucionalización de esa rama del derecho.*

*En el fallo C-038 de febrero 9 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, reseñado en la sentencia C-121 de febrero 22 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se recordó que los derechos fundamentales orientan y determinan el alcance del derecho penal.*

*Acerca de la constitucionalización del derecho sustancial y procesal penal, y el respeto por los derechos como fundamento y límite del ius puniendi, en fallo C-038 de 1995 se explicó (no está en negrilla en el texto original):*

*“4- Esto es claro en materia penal, puesto que si bien la Carta de 1991 constitucionalizó, en gran medida, el derecho penal<sup>24</sup>, lo cierto es que el Legislador mantiene una libertad relativa para definir de manera específica los tipos penales (CP arts 28 y 29).*

***Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede***

---

*degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.*

<sup>24</sup>*“Ver, por ejemplo, Sentencia C-127/93. M. P. Alejandro Martínez Caballero.”*

*desconocer los derechos y la dignidad de las personas.*

*Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente.”*

*(...)*

***En síntesis, aunque el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en material penal, en lo que respecta tanto al ámbito sustancial como procesal, dicha facultad está sujeta a límites relacionados con el respeto de los derechos de los asociados y demás valores y principios superiores.***

***8.2.8. En el presente evento, el legislador materializó el principio de raigambre constitucional del interés superior del menor, el cual prevalece frente a otros valores, principios o derechos, acatando así la obligación de adoptar medidas para protegerlos atendiendo su debilidad manifiesta.”*** (Negrillas fuera del texto)

En consecuencia, nada impide valorar probatoriamente la manifestación de la menor referente a que el día de los hechos, en un negocio donde vendían salchichas, ubicado cerca a su casa, un señor conocido como EL PAISA le tocó la vagina.

Ahora, en lo referente a la credibilidad que se le pueda asignar a dicha versión, se destaca que la misma fue expuesta por la niña ante dos servidores públicos diferentes, sin alteraciones ni exageraciones, pues se mantuvo en decir que solo una vez ocurrió la clase de episodio sexual denunciado, y que el mismo solo llegó al tocamiento de su vagina por encima de la pijama que usaba, circunstancias que conducen al Tribunal a concederle plena credibilidad, o sea a aceptar como cierto que el día de los hechos un sujeto conocido como EL PAISA, dentro de un negocio que atendía, le tocó la vagina a la menor A.I.R.M, máxime cuando no se acreditó que la niña o algún familiar o allegado a ella tuviera motivos para causarle injusto e inmerecido mal a un sujeto del que ni siquiera sabían el nombre.

Contrario a lo alegado por el impugnante, el fundamento probatorio de la condena impugnada no se limitó a pruebas de referencia, pues se debe destacar el testimonio de la señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA -prueba llevada al juicio por la defensa- quien declaró que el día en que supuestamente ocurrió el abuso sexual de marras, ella estaba en la casa-negocio del sujeto conocido como EL PAISA, de quien dijo responde al nombre de JORGE ENRIQUE GÓMEZ, y que en esa residencia no percibió lo narrado por la menor A.I.R.M., niña de quien dijo vive a mitad de la cuadra de donde queda la salsamentaría de alias EL PAISA.

El testimonio de la señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA, que es **prueba directa**, corrobora que la menor dijo la verdad cuando refirió que cerca de su residencia quedaba el negocio de alias EL PAISA. Esa prueba también corrobora el trabajo de investigación que hizo el Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA, quien declaró que al entrevistar a la madre de la menor A.I.R.M, ella le dijo que el agresor de su hija era el propietario de una salsamentaría que quedaba cerca a la casa donde ella reside.

El Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA también expuso que fue al negocio señalado por la madre de la menor, donde fue atendido por la señora DIANA MARÍA MORENO LÓPEZ, quien adujo ser la compañera permanente del señor JORGE ENRIQUE

GÓMEZ JARAMILLO y que a aquél le decían EL PAISA. Se debe relieves que la testigo de la defensa -señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA- también afirmó que la esposa de su amigo JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO se llamaba DIANA.

Si bien con el testimonio de la señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA la defensa pretendió demostrar que el día de los hechos la menor A.I.R.M no estuvo en la salsamentaría del acusado, no logró esa finalidad, ya que el hecho de que la mencionada testigo afirmara que ese día no vio a la menor en ese negocio no demuestra que la menor no estuvo allí, pues se debe tener en cuenta que la testigo afirmó que fue a ese establecimiento para hacer un sancocho y una torta, lo que significa que durante el tiempo que estuvo ocupada en esos menesteres no percibiera el ingreso de la menor a ese negocio ni lo que ocurrió entre la niña y el acusado.

En consecuencia, el análisis en conjunto de las afirmaciones de la menor A.I.R.M, el testimonio del Patrullero DIEGO ARMANDO CALDERÓN MEDINA y lo declarado por la señora MARÍA LUCERO CASTRO HERRERA obliga concluir que se demostró plenamente que el sujeto que el día de los hechos tocó la vagina de dicha niña fue el acusado, o sea el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO.

Así las cosas, no se puede aceptar la glosa del impugnante según la cual la condena está fundada exclusivamente en pruebas de referencia.

Como consecuencia de lo expuesto, y sin que sean necesarias más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Radicación: 76622-60-00-185-2011-00607-03  
Acusado: Jorge Enrique Gómez Jaramillo.  
Delito: Acto sexual con menor de 14 años.  
AC-160-17

## RESUELVE

**CONFIRMAR** la Sentencia No. 12 del 30 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (Valle), en la cual condenó al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ JARAMILLO como autor de un delito de *Acto sexual con menor de 14 años*.

Lo decidido queda notificado en estrados y en su contra procede recurso de casación que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación de esta sentencia.

Los Magistrados,



**JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO**

76622-60-00-185-2011-00607-03



**MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO**

76622-60-00-185-2011-00607-03



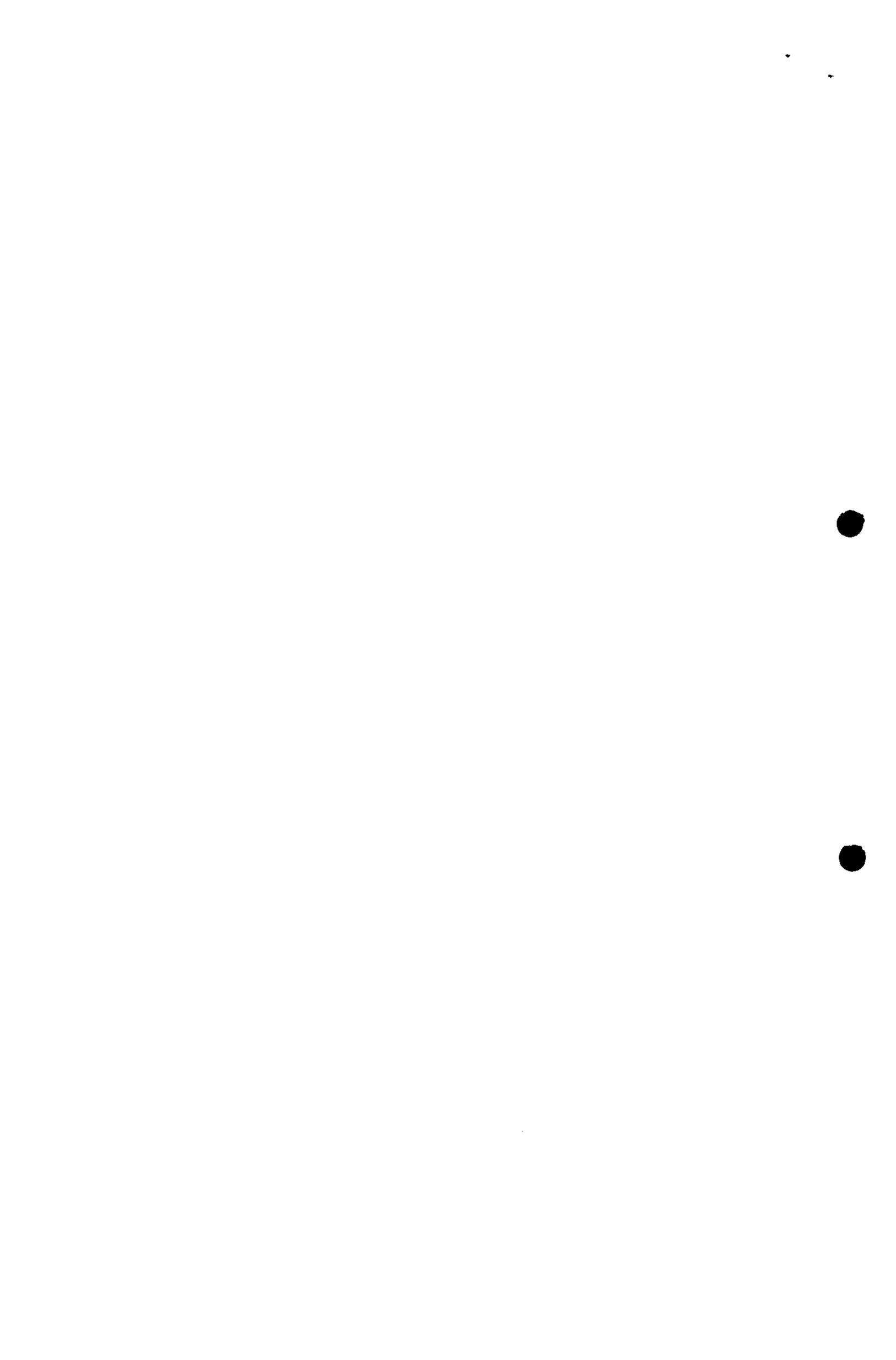
**ALIRIO JIMENEZ BOLAÑOS**

76622-60-00-185-2011-00607-03



**Fernando Afanador Vaca**

Secretario



<p>JUSTICIA PENAL BUGA</p> 	<p><b>AUTO</b></p>	
<p>Código: GSP-FT-23</p>	<p>Versión: 2</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**  
**SALA PENAL**

**Radicación:** 76-622-6000-185-2011-00607-03 (AC-160-17)

**Fecha:** Guadalajara de Buga, doce (12) de julio de 2017

Auto Sustanciatorio

En virtud a lo consagrado en el inciso 5° del artículo 169 de la ley 906 de 2004, el cual reza: “Las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieron vocación de impugnación”, librense por la secretaria de la Sala Penal las respectivas comunicaciones con el fin de notificar personalmente la decisión que antecede dentro del caso de la referencia.

**CÚMPLASE,**

El Magistrado Ponente,



JOSE JAIME VALENCIA CASTRO

El Secretario,

FERNANDO AFANADOR VACA

