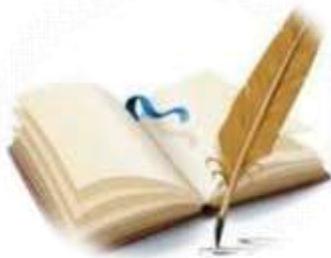


Relatoría Tribunal Superior de Tunja



PRUEBA DE REFERENCIA/ TESTIGOS DE OÍDAS /PRUEBA PERICIAL/ Diferencias/ Así entonces, la prueba de referencia se diferencia del testigo de oídas o de la prueba pericial, porque estos medios de prueba respecto a aquella, solo son su evidencia o elemento demostrativo, es decir, a través de dichos medios de conocimiento se puede probar la verdad de la declaración realizada por el testigo que no puede comparecer al juicio a rendir su testimonio en los casos señaladas en la ley; pero igualmente el testigo de oídas y la prueba pericial, como los demás medios de conocimiento, pueden ser prueba directa o indirecta de los hechos investigados y su poder demostrativo debe ser evaluado por el funcionario judicial teniendo en cuenta las reglas previstas en el artículo 404 y 420 del C. de P.P., entre otras, la percepción, la naturaleza del objeto percibido, la confianza de la fuente de conocimiento mediato, la idoneidad técnico-científica del perito, la claridad de su experticio, etc.; a más que el contenido del testimonio de oídas o el testimonio del perito generalmente tienen un contenido indirecto del acontecimiento y a la vez son prueba directa de lo percibido”.

SENTENCIA No. 066

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

**APROBADO: Acta N° 081 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)
Art. 30, Num. 4º, Ley 16 de 1968.**

**Tunja, viernes diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016)
(10:00AM)**

Proceso Nro. 150906103252201180010 (2014-0701).

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Miraflores, de fecha diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), mediante la cual se condenó a JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso material y homogéneo.

RESUMEN DE LOS HECHOS

Los hechos tuvieron ocurrencia la noche del 19 de julio de 2011, cuando la menor YMG, quien tenía trece años de edad y presenta un retardo mental leve moderado, fue accedida carnalmente por el señor JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, en la residencia de la niña en la Finca San Juan, Vereda la Libertad del Municipio de San Eduardo, la cual era frecuentada por éste quien era amigo de los progenitores de aquella, con quienes departían e ingerían guarapo, habiendo llevado a la menor aquella noche a la habitación, donde después de realizarle caricias libidinosas sobre su cuerpo, la despojó de sus prendas de vestir y procedió a introducirle el miembro viril por vía vaginal, conducta que ya había sido cometida en la menor en oportunidades anteriores, aprovechando el descuido de los padres por la menor, habiéndosele producido una infección vaginal mixta severa, diagnosticándosele Neisseria gonorrhoeae, considerada enfermedad de transmisión sexual.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, identificado con C.C. 79.831.293 de Bogotá D.C, nacido el 10 de enero de 1974 en el Municipio de Berbeo (Boyacá), hijo de JOSÉ SALVADOR GUADUAS y MARIA CECILIA CHACÓN, residente en la vereda Batatal del Municipio de Berbeo, de profesión agricultor, con estudios de cuarto de primaria y de estado civil casado con HILDA GLORIA NOPE ÁVILA, quien fue recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Ramiriquí (Boyacá).

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El día 7 de mayo de 2013 por solicitud del Fiscal 30 seccional de Miraflores se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Eduardo la audiencia preliminar de expedición de orden de captura Nro 0290632, contra el señor JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN¹.

2.- Ante el mismo Despacho el 8 de mayo de 2013 se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura; formulación de imputación como autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO en la humanidad de la menor Y.M.G, delito que se encuentra tipificado en el artículo 210 del C.P., agravado conforme al numeral 4º de artículo 211 del mismo estatuto, en concurso homogéneo de acuerdo con el artículo 31 de la misma obra; imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario y medida cautelar sobre bien inmueble, la cual fue decretada sobre los derechos y acciones que le puedan corresponder sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria N° 082-0004594 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Miraflores².

2.- Radicado el escrito de acusación el 5 de julio de 2013³, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Miraflores avocó conocimiento en auto del 9 de julio de 2013⁴, y después de varios aplazamientos, realizó la audiencia el 12 de septiembre de 2013 en la que la Fiscalía le formuló acusación al procesado por los mismos cargos de la imputación como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, previsto en el artículo 210 del C.P., modificado por el artículo 6 de la ley 1236 de 2008, agravado según la causal 4 del artículo 211 del C.P., en concurso material y homogéneo⁵; realizándose la audiencia preparatoria el 30 de octubre de 2013⁶.

3.- La audiencia de juicio oral se efectuó los días 4 de febrero, 20 de marzo, 15 de mayo y 22 de julio de 2014⁷, en esta última anunciándose el sentido del fallo condenatoria, pronunciándose las partes sobre la individualización de pena y

¹ Fls. 8 y 9 y Audio N° 1 CD audiencias preliminares fl. 32 A.

² Fls 15-18 y Audio N° 1 CD audiencias preliminares fl. 32 A.

³ Fls.56-64

⁴ Fl. 65

⁵ Fls. 110-112 y CD visto a folio 109 A.

⁶ Fls. 117-120 y CD visto a folio 116 A.

⁷ Fls. 186-190, 224-228, 233-234, 241-146 y 4CDs vistos a folio 190 A, 209 A, 232 A, y 240 A.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

sentencia, y el 10 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia condenatoria contra el cual la defensa interpuso recurso de apelación⁸, siendo sustentado por escrito dentro del término de ley, y concedido en el efecto suspensivo ante este Tribunal.

El conocimiento del asunto en segunda instancia fue asignado a la Tercera Sala de Decisión Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Miraflores en sentencia de 10 de septiembre de 2014 condenó a JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN como autor responsable a título de dolo del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso material homogéneo, según la descripción de los artículos 210 y 211 numeral cuarto del C.P., imponiéndole la pena de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término igual al de la pena privativa de la libertad, negándole los subrogados de condena de ejecución condicional y prisión domiciliaria.

El a quo, encontró demostrada la edad de la menor víctima Y.M.G, de 13 años para el momento de los hechos, conforme al registro civil de nacimiento, como también, que la misma padece de un retardo mental de tipo moderado, que por su coeficiente mental en relación con su edad cronológica corresponde su edad a 6 años, viéndose notoriamente disminuido su actuar en relación con su edad, razón por la que no posee la capacidad de juzgar su entorno, en particular en lo referente al consentimiento y participación en relaciones sexuales; aunque tal déficit cognitivo no incapacita su memoria, pudiendo relatar lo que se le pregunta.

Señala que las pruebas aportadas valoradas en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica, permiten llegar al conocimiento sin que se presente duda de la autoría material de JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN en el punible de

⁸ Fls. 261-285 y CD visto a folio 260 A.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

acceso carnal abusivo con incapaz de resistir por el que se le acusó, por conducta realizada en varias ocasiones, lo que implica el concurso material y homogéneo, atribuyéndole plena credibilidad a la versión de la menor en concordancia con los demás testimonios aportados por el ente acusador, la prueba pericial y las versiones de los especialistas soportadas científicamente.

Respecto a la prueba testimonial aportada por la Defensa, dice la primera instancia, solo se limitó a señalar el conocimiento personal que tenían del acusado, afirmando que se trata de una persona trabajadora, de buena conducta, y líder comunal, sin hacer referencia a los hechos, pues nos les constan las circunstancias de los mismos. En referencia a la prueba pericial, en la que fueron analizados dos (2) frotis vaginales de la menor y no se hallaron espermatozoides ni semen, dice el a quo, no descarta la autoría o responsabilidad del procesado, pues no es necesaria la presencia de dichos fluidos para que se consume el ilícito porque lo que se sanciona es el acceso carnal, consistente en la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, interpretándose que no es necesario que se presente la eyaculación, descartando el argumento de la Defensa en el que pretende anular la autoría y responsabilidad del acusado; a más que de acuerdo a la historia clínica, se demuestra que la menor fue sometida a tratamiento médico por una infección vaginal, de lo que posteriormente se estableció que tenía una enfermedad de transmisión sexual (ETS Gonorrea).

Concluye que la conducta realizada por el acusado es antijurídica, impidiendo que la menor tenga una formación sexual sana, y culpable, por obrar de manera dolosa y directa accediendo carnalmente a la menor Y.M.G en varias ocasiones, cuando ésta tenía menos de catorce años de edad y sufría de un retardo mental, del que se demostró tenía conocimiento el procesado, quien aprovechándose de tal situación voluntariamente realizó la conducta, aunado a factores como la confianza, vecindad, oportunidad que tenía de acceder a la casa de habitación de la menor, y el hecho de consumir bebidas embriagantes con el padre de la misma.

Sostiene que las evidencias recopiladas revisten de la suficiente fuerza probatoria para dar certeza de la materialidad, autoría y responsabilidad del procesado en el delito del que se le acusa, teniendo en cuenta que en esta clase

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

de conductas ilícitas, generalmente no existen testigos y por tanto cobran trascendencia las pruebas periciales.

Para fijar la sanción a imponer, determinó los límites punitivos previstos en la norma para el delito de acceso carnal con incapaz de resistir agravado, de 12 a 20 años de prisión, incrementada de una tercera parte a la mitad, de acuerdo a los artículos 210 del C.P., modificado por el artículo 6 de la ley 1236 de 2008, y 211 del C.P., esto es, de 132 a 360 meses de prisión, dividiéndola en los cuartos de movilidad, considerando que la pena debía tasarse en el cuarto mínimo que dijo oscilaba de 192 a 234 meses de prisión, al no haberse deducido o atribuido circunstancias genéricas atenuantes o agravantes, y teniendo en cuenta que la conducta es reprochable dada la minoría de edad de la menor al momento de la comisión de los hechos, el haberse realizado aprovechando la confianza depositada al ser el acusado vecino y amigo del padre de la víctima y, en especial, el retardo mental de la menor que determina la mayor intensidad del dolo, la fijó en el mínimo señalado en la norma, esto es, ciento noventa y dos (192) meses de prisión, aumentándola en veinticuatro (24) meses por el concurso material y homogéneo, para un total de pena definitiva de doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Los subrogados fueron negados en atención a la prohibición del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, por tratarse de una conducta punible contra la libertad, integridad y formación sexual, cometida en una menor de edad.

2.- Del motivo de la apelación.

2.1.- El recurrente.

La Defensa del procesado JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, cuestionó la sentencia de primer grado por considerar que no existe la prueba que demuestre la ocurrencia de los hechos, y que la menor fue víctima de la conducta ilícita por la que se formularon los cargos.

Sostiene el recurrente, que la Fiscalía no logró probar que la menor Y.M.G fue víctima del delito de por el que fue condenado el procesado, que tan solo demostró quién y cómo era la víctima, así como su calificación psiquiátrica, pero

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

que no se halló evidencia espermática, por lo que no es posible inferir la comisión del acceso carnal abusivo, como tampoco que la enfermedad de transmisión sexual se hubiera generado la noche de los hechos, ni se probó la responsabilidad del procesado al basarse en pruebas de referencia en las que nadie afirmó que hubiera ocurrido tal delito.

Dice haberse probado que la causa de internación de la menor en el hospital, obedeció a una vaginitis aguda que presentaba aquella de tiempo atrás, no por el supuesto acceso carnal abusivo; que la menor en razón a su incapacidad mental, no precisa fecha ni hora de los hechos, presentándose en este caso el síndrome de la acomodación al repetir pocas palabras como fruto de la victimización.

Considera que no se demostró la tipicidad de la conducta por el delito endilgado, al no existir la correlación entre el comportamiento y la descripción legal, como tampoco la antijuridicidad por no haberse puesto en peligro el bien jurídicamente tutelado al no haberse determinado que el hecho fue realizado, no existiendo voluntad del acusado en realizar el ilícito, debiéndose mantener la presunción de inocencia al no probarse que la noche del 19 de julio de 2011 la menor fue accedida carnalmente.

Concluye pidiendo se ordene la libertad del procesado ante la presunción de inocencia, y de manera subsidiaria, no modificar el monto de la pena, e igualmente que se tenga en cuenta el in dubio pro reo para el procesado como padre cabeza de hogar.

2.2 Los no recurrentes.

2.2.1.- El representante judicial de la víctima, dijo que no obstante la Defensa ha sostenido que de la prueba biológica que arrojó como resultado ausencia de material espermático no se puede concluir que existió acceso carnal, en el juicio oral se introdujeron medios de prueba, como el testimonio de la menor, que llevaron al convencimiento del fallador de la ocurrencia del hecho, pese a la deficiencia cognoscitiva de la víctima.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

De otra parte, aduce que los profesionales en medicina lograron establecer con claridad la existencia de un posible acceso carnal del que surgió como consecuencia una enfermedad de transmisión sexual que requirió tratamiento, pruebas que considera suficientes para erigir la responsabilidad penal del procesado. Recalca que la deficiencia cognoscitiva de la menor no descalifica su declaración valorada en contexto y bajo las reglas de la sana crítica, estando ajustada a la realidad, razones por las cuales solicita se confirme la providencia recurrida.

2.2.2.- La Fiscalía señala que de la información proporcionada por los profesionales de la salud, resulta claro un último hecho de abuso el 19 de julio de 2011; que la misma menor pese a su discapacidad, siempre narró los hechos de manera consistente, cronológica y creíble.

En relación a los hechos jurídicamente relevantes, señala que de acuerdo a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la relación fáctica frente a las circunstancias temporales terminan siendo aproximaciones, unas más precisas que otras, por tanto, no es posible descalificar el contenido de la sentencia, pues se encuentra soportada en pruebas practicadas en el juicio oral e incorporadas con garantías de publicidad, contradicción e inmediación.

Los testimonios de naturaleza pericial, de las profesionales en psicología, son fuente probatoria directa; por lo cual considera que el juicio de valoración probatoria realizado por el juzgado de primera instancia fue juicioso, deduciéndose los elementos de la afectación a la integridad sexual de la menor.

Finalizó afirmando estar de acuerdo con la pena impuesta y solicitando se confirme la sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia y Presupuestos Procesales.

Por la naturaleza del delito por el que se formularon cargos y se condenó al acusado, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales del Circuito y por el factor territorial al Promiscuo del Circuito

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

de Miraflores, por haber tenido ocurrencia los hechos en el municipio de San Eduardo jurisdicción de ese circuito, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 36(núm. 2), 34(núm. 1), 42, y 43, del C. de P.P.).

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y el Defensor tiene interés jurídico para impugnarla, habiéndolo interpuesto en la audiencia de su lectura y sustentándolo por escrito dentro del término. (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 124 y 125 del C. de P. P.).

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 20 del C. de P.P., que el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, lo que implica que la Sala no puede agravar la situación del acusado, siendo la defensa apelante único; a más que dentro de la limitación de la segunda instancia, tan solo nos extenderemos a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación.

Con este preámbulo, la Sala analizará entonces la prueba recaudada, toda vez que el motivo de impugnación se concreta a la demostración de la conducta punible y responsabilidad penal del acusado, advirtiendo la defensa una indebida apreciación de la prueba por parte de la primera instancia, al considerar que está demostrado que la menor que se dice es víctima del ilícito, no fue accedida carnalmente por el acusado, estando desvirtuado el injusto al no haberse hallado evidencia espermática en la prueba pericial, sin demostrarse que la enfermedad de transmisión sexual se hubiera generado la noche de los hechos, ni estando probada la responsabilidad del procesado, criticando la sentencia por considerar se fundamentó en prueba de referencia.

2.1.- Crítica y valoración de las pruebas, y hechos que ellas demuestran.

Como elementos de juicio para demostrar la conducta punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, siendo víctima la menor Y.M.G., y

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

responsabilidad penal del acusado EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, se allegaron los siguientes:

Estipulaciones:

Se acordaron entre la Fiscalía y la Defensa como hechos probados⁹ los siguientes:

1.- La plena identidad del procesado JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN identificado con cedula de ciudadanía No. 79.831.293 expedida en Bogotá, nacido el 10 de enero 1974 en Berbeo, hijo de JOSÉ SALVADOR GUADUAS y MARIA CECILIA CHACÓN, casado con HILDA GLORIA NOPE AVILA, profesión agricultor, estudios cuarto de primaria, residente en la Vereda Batatal de Berbeo, así como todos los datos de individualización, conforme al acta de individualización y arraigo, registro fotográfico, fotocopia de la cedula de ciudadanía, registro decadactilar, informe de consulta web de la Registraduría del estado civil e informe de investigador de laboratorio correspondiente a dictamen pericial de dactiloscopista¹⁰.

2.- La inexistencia de antecedentes penales de JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN identificado con CC. 79.831.293, con base en información suministrada por la funcionaria adscrita al D.A.S Boyacá MARISOL SÁNCHEZ RIVEROS mediante oficio SDAS BOY GOPE IDENT 921694 de 5 de octubre de 2011¹¹.

3.- El lugar de arraigo del procesado JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN identificado con CC. 79.831.293 en el inmueble ubicado en el sector aguas blancas vereda Batatal del Municipio de Berbeo, soportado con el informe de 5 de octubre de 2011 realizado por el funcionario SIJIN EDWIN JAIR SALCEDO PATIÑO¹².

Testimonios:

⁹ Presentadas en la audiencia preparatoria del 30 de octubre de 2013 Fls. 142-143.

¹⁰ Fls. 144-149

¹¹ Fl. 150.

¹² Fls. 144-145

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

1.- La menor **Y.M.G.**¹³, declaró en cámara de GESELL interrogada por la Defensora de Familia, donde manifestó no saber su edad, que tiene dos hermanos LILIANA y EDISON, con los que vive y con sus padres JESÚS y NUBIA, para el momento de la declaración no estaba estudiando.

Dijo conocer al procesado porque él iba a su casa a tomar guarapo pero no recuerda hace cuánto. Relata que el día de los hechos ella estaba con su hermano cuando el procesado llegó a la casa, entró porque ella había dejado la puerta abierta, le bajó la ropa estando en la cama de su “pieza” durmiendo, le quitó la falda y una camiseta de la pijama, se le subió, le hizo el amor, le metió el pene en la vagina, la “apachurró”; cuando se levantó para el colegio le empezó a “arder” la vagina y los profesores llamaron a la ambulancia y la llevaron al hospital con su mamá y luego llegó su tía CARMEN; dice que estaba enferma de la vagina porque JOSÉ EUFRACIO le “echó” una infección; señala haberle contado al profesor y a su tía lo que le había hecho JOSÉ EUFRACIO.

En relación con las partes del cuerpo señala conocerlas y que JOSÉ EUFRACIO mismo se las enseñó, refiere que solo el procesado la ha tocado, que lo relatado ocurrió dos veces más y una noche él mismo en su casa le dijo que si le contaba a su papá lo sucedido le pegaba; indica que su hermano se dio cuenta de los hechos pero no hizo nada.

2.- **DIANA DIOSELINA LEÓN ROMERO**¹⁴. Médico General en el Hospital Regional de Miraflores. Refiere que para el 20 de julio de 2011 atendió a la menor Y.M.G, quien fue remitida de Berbeo por supuesto abuso sexual. Previo reconocimiento de la Historia Clínica de la menor, afirmó que al valorarla encontró que presentaba una infección vaginal mixta por bacterias y hongos dándole tratamiento con antibiótico, además presentaba tricomonas vaginales y diplococos gram negativo extracelulares que considera se refiere a la *Neisseria gonorrhoeae*, considerada enfermedad de transmisión sexual, esto con base en los exámenes que le allegó la bacterióloga. Las infecciones pueden presentar síntomas como irritación y flujo a los pocos días, que fue lo que observó en la paciente, así como dermatitis en los glúteos, edema y eritema, pero no le hizo preguntas sobre la

¹³ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 de la audiencia del 4 de febrero de 2014, a partir del minuto 4:45”.

¹⁴ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 04 de la audiencia del 4 de febrero de 2014 a partir del minuto 3’18”.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

posible causa. Por la gravedad de la infección ordenó la hospitalización de la menor.

Con su testimonio se incorporó los documentos de atención en urgencias, ordenes médicas y evolución¹⁵.

3.- **MARTHA LUCIA PERICO RICO**¹⁶. Defensora de Familia del Centro Zonal de Miraflores. Realizó entrevista a la menor Y.M.G por solicitud de un funcionario de la SIJIN, formulando las preguntas de manera sencilla para que la menor no fuera revictimizada. Previo reconocimiento del documento que contiene la entrevista a la menor realizada el 20 de septiembre de 2011, de su lectura se indica que la menor tenía 13 años para ese momento, no estaba estudiando, sus padres se llaman JESUS ANTONIO MAHECHA y NUBIA MAHECHA GUZMAN, quienes trabajan en la casa, les gusta consumir bebidas embriagantes como guarapo, tiene buena relación con su familia porque hace oficio, sus padres no pelean, están pendientes de ella, son amigos de EUFRACIO GUADUAS, ella también tiene una amistad cercana con él, quien realizó una conducta sexual sobre ella, la cual describe señalando que entró a su cuarto, le quitó la ropa, le metió el pene en la vagina y la besó, agregando que esto ocurrió en varias oportunidades sin recordar fechas. Afirma que no la amenazó, que su tía si se dio cuenta de tal situación y que a nadie más le contó de lo ocurrido.

Con esta testigo se incorporó la citada entrevista¹⁷.

4.- **JESUS ANTONIO MAHECHA MENDOZA**¹⁸. Residente en la vereda La Libertad del Municipio de San Eduardo, padre de la menor Y.M.G., dijo que sus otros hijos tienen 13 y 10 años, conoce al procesado hace más de 10 años porque es vecino en la misma vereda; dio a conocer que en su casa en una de las habitaciones duermen las dos niñas con la mama, el hijo en otra y él en otra; su esposa NUBIA sale a veces a hacer el mercado.

¹⁵ Fls. 152-155.

¹⁶ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 05 de la audiencia del 4 de febrero de 2014 a partir de la hora 1:31' 01".

¹⁷ Fls. 181-182.

¹⁸ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 06 de la audiencia del 4 de febrero de 2014, a partir del minuto 0'57".

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Sobre los hechos del 19 de julio de 2011, narró que ese día el señor JOSE EUFRACIO llegó a su casa y le dijo que trabajara con él, pero le dijo que no porque ya estaba comprometido, entonces le ofreció guarapo y luego de un rato a eso de las 7:30 se despidió y se fue; él no se quedó esa noche en la casa porque tenía que trabajar donde JULIO JOSE VEGA, por lo cual se fue con su mujer, y los niños se quedaron solos.

La menor le refirió de los hechos al sexto día de estar hospitalizada, pero tenía miedo de contarle, luego habló con ella cuando estaba en el Bienestar y le dijo que JOSE EUFRACIO GUADUAS la había violado, que se le había olvidado echarle seguro a la puerta, que entró, la encontró durmiendo, le quitó la ropa y la violó, que le había dicho que si les contaba a ellos le pegaba. Refiere que cuando el procesado iba a la casa a trabajar no acostumbraban a tomar, agregando que su hijo le contó que había encontrado GUADUAS CHACON sobre su hermana, la menor Y.M.G.

Aduce que no es cierto que esa noche ellos estuvieran cantando y escuchando música como lo afirmo su hermana MARIA DEL CARMEN MAHECHA. El I.C.B.F le retiró la custodia de los niños para la protección de éstos, pero para ese momento de la declaración, ya estaba en la casa nuevamente.

En el conainterrogatorio señaló que su jornada de trabajo es de 8:00 am a 5:00 pm y llega a la casa aproximadamente a las 7:00 pm, pero se encuentra enfermo hace dos meses y no puede trabajar. Su hija le trata de hablar, le contesta lo que le pregunta, es juiciosa.

A las preguntas complementarias que le hiciera el Juzgado, contestó que EUFRACIO, cuando iba a la casa a trabajar, llegaba a las 7:00 am y se iba tipo 4:00 o 4:30 pm, saludaba a la menor Y.M.G, pero no notó nada extraño en su trato; luego de enterarse de los hechos no habló con el procesado, pues él vendió la finca y se fue para otra vereda. Manifiesta que en cuatro o cinco ocasiones dejó a los niños solos, pero nunca se los dejó recomendados al procesado. Indica que de donde trabajaba GUADUAS CHACON a su casa hay carretera y se gastan unos cinco minutos.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

5.- **MARIA DEL CARMEN MAHECHA MENDOZA**¹⁹. Es tía de la menor Y.M.G., casada, ama de casa. Tuvo conocimiento de los hechos porque la llamaron de la escuela, la acompañó al puesto de salud y luego al hospital de Miraflores. Previo reconocimiento del documento formato de denuncia de fecha 21 de julio de 2011 y entrevista rendida el 1 de septiembre del mismo año, dijo que en efecto a ella la llamó un profesor del colegio y al llegar allá estaba la Comisaria de Familia y una psicóloga, quienes le manifestaron que tenía que ir a Berbeo a llevar la niña al puesto de salud, a donde fue con la mamá de la menor, y allí la examinaron; entró con la menor al examen donde le tomaron unas fotos, y en ese momento la niña le refirió que JOSE EUFRACIO CHACON fue quien abuso de ella; el procesado vive más o menos a un kilómetro de la casa de la menor Y.M.G.

Afirmó que el procesado y el padre de la menor tienen buena relación, aquél a veces *“anochece por ahí tomando guarapo”* en la casa de los padres de la menor.

En el contrainterrogatorio dijo la testigo residir cerca a la casa de la menor, aproximadamente a 30 metros. Para el momento del examen médico, la niña estaba mal, estaba quemada en sus partes íntimas y le dijo que el Señor GUADUAS la había besado y que había abusado de ella. Luego de los hechos el procesado no volvió a saludarla, pero antes frecuentaba la casa de su hermano, pues los veía tomar bastante. El 20 de julio vio desde su casa que la niña salió y caminaba *“coja”* y ese día fue cuando la llamaron de la escuela y le comentaron que al parecer la niña había sido violada. El procesado y la menor tenían un trato normal, y que a esa casa también entraban otros hombres.

Con esta testigo se incorporó la denuncia y entrevista referidas²⁰.

6.- **ROSA AIDE URIBE SOSA**²¹. Psicóloga general, trabajó en el Centro médico de Berbeo, tuvo conocimiento de los hechos de los que la menor Y.M.G fue víctima en julio de 2011, pues recibió una llamada de un docente, se comunicó con la Comisaria de Familia y fueron a la escuela donde abordó a la menor, quien repetía que estaba quemada, luego llamaron a la mamá y la llevaron al Centro

¹⁹ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 01 de 20/03/2014 a partir del minuto 15:19” en adelante.

²⁰ Fls. 210-215 y 216-217 respectivamente.

²¹ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 04 de la audiencia del 20 de marzo de 2014, a partir de la hora 1:14’03”.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Médico para saber qué le sucedía, la mamá se puso nerviosa pero no decía nada. La niña le refirió que el papá cuando tomaba la vendía y que ese día no quería por eso le había pegado. El SARGENTO DIEGO GÓMEZ le pidió el nombre del procesado, pero le dieron prioridad a la salud de la niña por lo cual no le hizo entrevista escrita. Señala que la menor caminaba con las piernas abiertas como adolorida y le refirió que había sido JOSÉ, un vecino. Evidenció que la menor tiene un retraso mental porque no hablaba adecuadamente.

Al contrainterrogatorio reiteró que se le dio prioridad a la salud de la menor por lo cual la remitieron al Hospital, no conoció los resultados de los exámenes.

En el redirecto ratificó que la menor le manifestó que había sido víctima de abuso sexual por parte del señor JOSÉ.

A la pregunta complementaria del Juzgado, la testigo contestó que habló con la niña pero no le hizo entrevista escrita, ni una evaluación psicológica.

7.- **JOSÉ SEGUNDO HERNÁN ÚZGAME PIAMONTE**²². Profesor de la Escuela de Agua Blanca desde el año 2010. No recordó con precisión la fecha, pero que aproximadamente fue en el año 2011, cuando observó que la niña Y.M.G no caminaba bien, que su estado no era normal y procedió a informarle al rector para que verificara la situación, así como a los padres, pues la menor tiene “*barreras de aprendizaje*”; sospechó de un abuso por su manera de caminar, pero ella no le contó nada a pesar de que trató de indagar a través de una niña de quinto de primaria; posteriormente supo que había estado hospitalizada por una infección vaginal. Recuerda que antes de esos hechos la niña había llegado un día con plata a la hora de descanso y le informó de tal situación al papá.

En el contrainterrogatorio dijo que al hacerle preguntas a la menor, ésta ofrece respuestas simples, dice algo y luego cambia la información.

En la pregunta complementaria del Juzgado frente a los procesos de memoria de la menor, el testigo afirmó que la niña tiene problemas de memoria

²² Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 01 de la audiencia del 20 de marzo de 2014 a partir de la hora 1:42'16”.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

notorios. Del procesado, dijo el testigo, que hacía parte de los padres de familia de la Institución Educativa y que es responsable.

8.- **DORIS ADRIANA SUAREZ MENDOZA**²³. Psicóloga, laboró en el Hospital de Miraflores de 2011 a 2013. Recuerda que abordó a la menor Y.M.G dentro de una interconsulta del servicio de hospitalización por un presunto abuso sexual y fue remida con el fin de evaluar su condición emocional. La menor de 13 años de edad para ese momento, tiene un retraso mental leve, le costaba trabajo expresar lo sucedido pero le mencionó que había sido víctima de abuso sexual por parte de EUFRACIO, quien era una persona cercana a su padre con quien consumía guarapo en la casa.

Previo reconocimiento de un registro de tratamiento terapéutico, explicó que se trataba del registro de evoluciones dentro del proceso hospitalario; para ese entonces, se hicieron presentes en el hospital dos tíos de la menor, MARÍA DEL CARMEN MAHECHA y JUAN JOSÉ MAHECHA, y el padre de la menor quien llegó bajo el efecto del alcohol. La menor presentaba alteraciones en su sentido de orientación y espacio, atribuidas posiblemente al presunto abuso y al retraso mental.

En el conainterrogatorio señaló que la niña tiene retraso mental, no puede coordinar ideas; la menor entró a urgencias proveniente del Municipio de San Eduardo y dentro del abordaje médico fue remitida a psicología.

Al cuestionario complementario del Juzgado, la testigo afirmó que en la entrevista la menor le manifestó que había sido víctima de abuso sexual por parte de EUFRACIO.

Con su testimonio se incorporó la valoración psicológica durante la hospitalización de la menor²⁴.

9.- **EDWIN JAIR SALCEDO PATIÑO**²⁵. Funcionario de policía judicial, Analista del grupo de investigación de la SIJIN, desde el año 2005 se ha

²³ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 01 de 20/03/2014 a partir del minuto 1:57:45" en adelante.

²⁴ Fls. 218 a 220.

²⁵ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 01 audiencia del 20 de marzo de 2014, a partir de la hora 2:16'30".

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

desempeñado como investigador. Conoció el proceso porque recibió orden para realizar actividades investigativas, individualización, arraigo, entrevistas y solicitar documentos como el registro civil de nacimiento de la menor, del cual previo reconocimiento dio lectura, señalando que la fecha de nacimiento de Y.M.G es el 28 de marzo de 1998 en el Municipio de San Eduardo, Boyacá, hija de MARIA NUBIA GUZMÁN CLAVIJO y JESÚS ANTONIO MAHECHA MENDOZA.

Con su testimonio se incorporó copia del Registro civil de nacimiento de la menor Y.M.G²⁶.

10.- **HILDO HERNÁN JUEZ VARGAS**²⁷. Testigo presentado por la Defensa. Dijo conocer a EUFRACIO GUADUAS hace más o menos veinte años porque es vecino de la vereda Batatal, sabe que es agricultor, que está casado con HILDA NOPE, tiene dos hijos, es una persona normal. Conoce que está involucrado en el delito por el cual lo acusan, así como a la menor Y.M.G de quien sabe que tiene alguna limitación. Refiere no saber que el procesado tenga enfermedades.

11.- **MARIA DEL CARMEN VALLEJO HERNÁNDEZ**²⁸, testigo presentado por la Defensa, residente en la vereda Batatal Aguablanca, es agricultora, afirmó conocer al procesado hace nueve años porque es vecino, es casado, tiene dos hijos, es obrero, es una persona responsable y sin conductas reprochables, es responsable con su familia y colaborador. También conoce a la menor Y.M.G. hace nueve años, los hermanos de ella estudiaron en el jardín que ella tenía; señala que la niña tenía un retraso bastante pronunciado, que desde pequeña le ha tocado trabajar fuera de la casa, la castigaban mucho, no podía ir a la escuela porque le tocaba trabajar donde JULIO; y que es objeto de burla por todo lo que pasó.

Al conainterrogatorio refiere que existe un mal comportamiento familiar de los padres frente a la edad de la niña.

²⁶ Fl. 222.

²⁷ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 audiencia del 20 de marzo de 2014, a partir del minuto 3'55".

²⁸ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 audiencia del 20 de marzo de 2014 a partir del minuto 18'00".

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

4.- **MARIA CANDELARIA RODRÍGUEZ DAZA**²⁹, testigo presentado por la Defensa, residente en la Vereda Batatal Agua Blanca. Al procesado lo conoce hace veinte años, sabe que es agricultor, casado con HILDA NOPE, tiene dos hijos, no ha sabido que tenga mala conducta, fue líder comunitario. A la menor la conoce desde que nació, tiene un trauma para hablar por el maltrato de la familia, afirma que el papá les pegaba y los trataba mal, señala que es callada y que últimamente le ha observado conductas como gritos y actitudes al ver a los hombres.

5.- **JUAN FRANCISCO COTAME PARRA**³⁰, testigo presentado por la Defensa, residente en la Vereda La Libertad del Municipio de San Eduardo, agricultor. Conoce al procesado hace aproximadamente diez años, es agricultor, no tiene conocimiento de mal comportamiento de su parte, es un padre responsable. Afirma conocer a la menor hace el mismo tiempo, señala que no es una niña normal, es callada, ida, poco la trata, sabe que ha estado en el I.C.B.F, antes de eso la familia la tenía descuidada.

Prueba pericial:

1.- **BRIGITTE ROSARIO CUEVAS CASTELBLANCO**³¹. Psicóloga adscrita al I.C.B.F. Realizó valoración psicológica a la menor Y.M.G por solicitud de la Dra. MARTHA PERICO, Defensora de Familia, quien a su vez había recibido solicitud de la SIJIN dentro del proceso de restablecimiento de derechos por la comisión de un delito. Utilizó como técnicas: entrevista semiestructurada, observación directa y revisión documental de historia de atención.

Previo reconocimiento del informe de valoración psicológica practicada el 20 de septiembre de 2011, rendido por ella, hizo la lectura en el cual consignó que la Adolescente Y.M.G de trece años acudió en compañía de la madre sustituta, siendo su presentación e higiene es adecuada, pertenece a familia nuclear constituida por los progenitores y sus dos hermanos, sin tener claras sus edades, con quienes refiere buenas relaciones pero sintiéndose adaptada para ese

²⁹ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 audiencia del 20 de marzo de 2014 a partir del minuto 25'03".

³⁰ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 audiencia del 20 de marzo de 2014 a partir del minuto 29'26".

³¹ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 05 de la audiencia del 4 de febrero de 2014 a partir de la hora 1:57' 32".

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

momento en el hogar sustituto; que a nivel familiar existen antecedentes de abuso de alcohol, negligencia en el cuidado de la adolescente y exposición a situaciones de riesgo.

Frente a los hechos investigados, dice la perito en su informe que Y.M.G los confirma declarando: *“Eufrazio me tocó, el entró en mi cuarto, el me besó, me quitó la ropa y se me subió encima y me metió el pene por la vagina ... él era un vecino ... yo solo le conté esto a mi tía”*, que la adolescente dijo no recordar con precisión las fechas en que ocurrieron los hechos, negando que su agresor le haya ofrecido dinero o algún bien para que permitiera el abuso, expresando sentirse triste y afectada por lo sucedido.

Indica que la menor, posterior al evento fue remitida al Hospital de Miraflores donde se le diagnosticó vaginitis severa y dermatitis en región genital; en cuanto al área cognitiva se indicó que existían problemas de aprendizaje, caracterizados por la dificultad de la adolescente para el procesamiento de información, con alteraciones en sus procesos de memoria y atención y la falta de ubicación temporal, pero que existía motivación hacia las labores del área académica; en el área de lenguaje, se evidenció poca fluidez por parte de la menor, quien contestaba de manera corta y precisa a las preguntas realizadas; y en el área socioafectiva, tenía facilidad para interactuar con adultos y grupo de pares, siendo muy confiada en su relación con el entorno, haciendo amistad con facilidad y generando vínculos cercanos con personas que apenas empieza a conocer.

Conceptúa finalmente que la menor se mostró colaboradora y tranquila, contestó con claridad y precisión las preguntas, refirió estar adaptada al hogar sustituto y sentirse tranquila con su situación; que se identificaron factores de riesgo en su sistema familiar; y pese a sus dificultades cognitivas confirmó su declaración respecto al presunto abuso al que estuvo expuesta, siendo coherente en las diferentes ocasiones en que había sido entrevistada; recomendándose por la perito intervención terapéutica para manejar las posibles secuelas y determinar el grado de discapacidad que presenta.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

En el contrainterrogatorio, señaló que sobre los hechos solo se indaga una vez para no revictimizar; dentro de la entrevista se le muestran en un dibujo las partes del cuerpo y la menor las reconoce.

Igualmente a las preguntas aclaratorias del Juzgado, señaló que las técnicas utilizadas fueron de probabilidad, encontrando como secuelas sentimientos de tristeza y minusvalía frente a lo sucedido, por lo que sugirió apoyo terapéutico.

Con su testimonio se incorporó el informe por ella rendido sobre la valoración psicológica a la menor³².

Nuevamente rindió declaración como testigo perito a solicitud de la Defensa³³, reiterando que conoce a la menor Y.M.G porque ingresó al proceso de restablecimiento de derechos al Instituto en donde le realizó valoración psicológica por solicitud de la SIJIN y la Defensora de Familia. Utilizó como técnicas entrevista semiestructurada, observación directa y revisión de material bibliográfico en la historia de atención de la niña. Valoró las áreas de desarrollo y emitió concepto. En este proceso refiere que la menor se mostró tranquila, con ansiedad al hablar de los hechos, tiene dificultades de lenguaje debido a una incapacidad que en el momento no estaba diagnosticada, pese a eso, estructuraba frases y conocía las partes del cuerpo. Luego de la entrevista tuvo conocimiento de que se le había diagnosticado vaginosis mixta y dermatitis en la región genital.

2.- **YESENIA CAROLINA ALVAREZ FONSECA**³⁴. Médico general, realizó valoraciones forenses en el centro de salud de Berbeo como perito, valoró a la menor Y.M.G. y rindió el informe pericial de dictamen sexológico que reconoció previa su exhibición, en el que consignó en la anamnesis el relato de la paciente en donde refirió: *yo estaba en la casa, ya estaba de noche y Elufrasio el amigo de mi papá me dijo que me fuera para la cama, mi mamá ya estaba durmiendo y mi papá estaba despierto, yo también estaba despierta, luego de eso me empezó a besar la boca y después la vagina, y luego me hizo el amor y me metió el pene en*

³² Fls. 183-184.

³³ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 audiencia del 20 de marzo de 2014 a partir del minuto 12'01".

³⁴ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 04 de la audiencia del 04 de febrero de 2014 a partir del minuto 35'33".

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

la vagina, y también me tocaba la vagina. Esas cosas ya habían pasado dos veces, después de que llegó y me hizo eso anoche, se fue con mi papá”.

La perito afirmó que fue la menor quien le refirió lo sucedido, se bloqueaba por momentos pero retomaba, no era fluida, no hubo facilidad para tomar el examen lo que puede suceder por la alteración de su desarrollo psicomotor.

Igualmente dijo que la tía de la menor MARIA DEL CARMEN MAHECHA manifestó por si misma que el día de los hechos llegó a su casa a eso de las 7:00 o 7:10 pm, momento en el que EUFRACIO GUADUAS, con su hermano y su cuñada cantando, que son los padres de la niña, estaban tomando, cantando y riendo, que ella se acostó y al siguiente día alrededor de las 5:30 de la mañana ellos se levantaron, vio salir a los niños y se dio cuenta que la niña caminaba raro y pensó que de pronto se había pegado con algo, luego le avisaron que la necesitaban en Agua Blanca; que dicha señora dijo constarle que el procesado se la pasaba tomando en la casa donde habitaba la menor, con el papá de ésta, hasta la una, dos, tres de la mañana. La perito señala que tales manifestaciones las ofreció MARIA DEL CARMEN de manera fluida, no refirió que la niña le hubiera contado, solo la observó que estaba nerviosa y caminaba raro.

En el informe por valoración del 20 de julio de 2011 a las 16:30 p.m., en el centro de salud de Berbéo, refiere una edad clínica aproximada de 12 a 14 años, con retardo en el desarrollo psicomotor diagnosticado desde el nacimiento como antecedente mental, y al examen sexológico se indicó se observó genitales externos femeninos infantiles con evidencia de edema y eritema en labios vaginales mayores y menores y presencia de abundante flujo blanquecino amarillento fétido en canal vaginal; realizó frotis vaginal para detección de espermatozoides y envió las muestras al Laboratorio de biología forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; consignó como impresión diagnóstica Abuso Sexual; concluyó que el relato de la paciente es consistente con los hallazgos, que encontró himen tabicado desflorado antiguo, lo cual no concluye ni descarta maniobras sexuales a dicho nivel.

Explicó la perito que la vida de los espermatozoides es de 24 a 72 horas generalmente, y que no siempre se encuentran, con mayor razón, como en este caso donde existe flujo abundante causado por la infección.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

Al conainterrogatorio señaló que no se puede determinar si hubo o no penetración; evidenció que la niña presenta un retardo mental leve pero coordina ideas. Refiere que después de diez días la desfloración se considera antigua y que la inflamación que encontró no era por la infección sino al parecer producida por trauma, golpe o maniobras sexuales.

Con su testimonio se incorporó como prueba el informe sexológico³⁵.

3.- **EDGAR EFREN RINCÓN MONTERO**³⁶, psicólogo jurídico, docente universitario. Previo reconocimiento del Informe Pericial Psicológico de fecha 30 de octubre de 2011, dijo haber realizado la valoración de coeficiente intelectual a la menor Y.M.G a solicitud de la SIJIN de Miraflores dentro de la investigación por posible delito sexual.

Para rendir el peritaje, efectuó entrevista a la menor y a su acompañante, Doctora MARTHA LUCIA PERICO RICO, Defensora de familia, y un protocolo de prueba.

En la entrevista a la Defensora de Familia, ésta señaló en relación al comportamiento y vida personal de la menor, que para ese momento se encontraba en un hogar sustituto, pues aparentemente los padres sabían acerca del abuso y por tal razón se había solicitado la restitución de derechos; que los padres de la menor consumen guarapo y al parecer presentan disfunción cognitiva; que la menor es callada, responde a lo que se le dice, parece permanentemente distraída y ha observado que suele lanzarse a los hombres desconocidos que están cerca de ella para tocarlos; también se ha enterado que la menor anda desnuda en la casa sin sentir incomodidad; puede copiar textos escritos pero al dictado no escribe apropiadamente; es desaseada y suele hablar sola durante las noches, al parecer tiene pesadillas.

La menor Y.M.G en su entrevista le señaló no recordar la fecha de su nacimiento, no identifica el día ni la hora de la entrevista, no responde a preguntas

³⁵ Fls. 157-161.

³⁶ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 05 de la audiencia del 4 de febrero de 2014 a partir del minuto 2'27".

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

relacionadas con el tiempo, espacio o lugar, no reconoce los colores a su alrededor; para el momento de la entrevista dijo que vivía con OMAIRA BARRETO, que se levanta a las ocho de la mañana, sabe hacer aseo de las cosas y lavar ropa; afirmó no recordar el nombre de los hermanos, ni sabe dónde estaban en ese momento, y que tampoco sabía quién era la persona que la acompañaba a la entrevista; no puede mencionar los días de la semana en serie o hacia atrás, ni los meses del año.

Después de pormenorizar los resultados de la prueba aplicada sobre el coeficiente intelectual, concluyó el perito que la menor Y.M.G presenta retardo mental moderado, de acuerdo a la prueba aplicada, la entrevista y en relación a su edad cronológica de 13 años; disminuida su capacidad para comprender y actuar también de acuerdo con su edad cronológica, y que su nivel de C.I mental corresponde a una edad de seis años; que la menor carece de la capacidad cognitiva adecuada para juzgar su entorno, incluso lo relacionado con determinar su participación en relaciones sexuales u ofrecer su consentimiento para las mismas, pues su comprensión limitada no le permite valorar las implicaciones de este comportamiento; así mismo, por su pensamiento infantil, aceptación de la autoridad y escasa comprensión o cuestionamiento de lo que los mayores le piden hacer, la pueden hacer vulnerable a situaciones de abuso. Sostiene que su déficit cognitivo no presupone déficit en la memoria, ella atiende a ésta para relatar ciertos hechos con base en un lenguaje funcional.

Al contrainterrogatorio señala que en efecto la menor puede expresarse a través de un lenguaje funcional; al preguntársele por las mentiras, el perito respondió que son respuestas no honestas para evitar que algo pase y señala que no puede determinar la validez del testimonio, pues lo que se le solicitó fue la determinación del coeficiente intelectual.

A las preguntas aclaratorias que le hiciera el Despacho, sobre el efecto de esa clase de limitaciones frente a las relaciones sexuales, explicó el perito que un menor con déficit cognitivo experimenta deseo sexual porque está regulado por las hormonas, su funcionamiento físico es normal, no obstante no sería capaz de juzgar lo que tiene que ver con las experiencias de tipo sexual, su juicio acerca del consentimiento, actuar o implicación de las mismas, como lo haría un adolescente de su edad. En cuanto a la incapacidad de resistir, señala que la menor no es

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

capaz de comprender las peticiones en la misma medida que lo haría una persona de su edad, no siendo capaz de negarse a aceptar un comportamiento en particular, situación que la hace vulnerable a situaciones de abuso.

Con su testimonio se incorporó como prueba el Informe Pericial Psicológico³⁷.

3.- **CAROLINA MARIA CRISTANCHO CORREDOR**³⁸. Médico especialista en psiquiatría, profesional especialista forense en esta área del Instituto Nacional de Medicina Legal desde noviembre de 2011. Previo reconocimiento del informe pericial forense del 21 de septiembre de 2012, dijo haber realizado la valoración psiquiátrica forense a Y.M.G. de catorce años de edad, quien adujo desconocer la razón de la valoración, por lo cual su acompañante Dra. MARTHA LUCIA PERICO, Defensora de Familia informó que la solicitud se hacía dentro de un proceso por acceso carnal y que en examen anterior se indicó que la menor tiene una edad mental inferior a la cronológica; que al preguntársele sobre los hechos a la examinada, evadió la mirada mostrándose ansiosa, inquieta y no realizó relato de los mismos.

La perito dijo que se observó en la menor una tendencia a conductas sexualizadas, conducta que en niños víctimas de estos delitos se evidencia como reactivas a la situación vivenciada; que la menor ofrece respuestas básicas para su edad a causa de la forma pobre y básica en que desarrolla su cotidianidad, aunada a su pensamiento; su memoria se conserva pero la de trabajo esta alterada, pues tiene problemas en las abstracción, es decir para entender el significado que hay tras de una frase; no indica síntomas afectivos o ansiosos, pero cambiaba su expresión al hablar de los hechos. Concluye que la menor presenta un retraso mental leve moderado según la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), lo que le impide comprender, autodeterminarse y tomar decisiones en los distintos aspectos de la vida, incluido el de las relaciones sexuales, por lo cual recomienda la realización de tratamiento psicológico.

³⁷ Fls. 162-175.

³⁸ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 05 de 04/02/2014 a partir del minuto 55:21” en adelante.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Al conainterrogatorio manifiesta que la menor carece de la capacidad de entender varias circunstancias, que no quiso hablar de los hechos quizá por pena ya que varias veces se le había preguntado acerca de los mismos.

Con su testimonio se incorporó como prueba el Informe Pericial Forense³⁹.

4.- **AURA YANETH LIZARAZO QUINTERO**⁴⁰. Funcionaria Perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como Profesional Especializada en el laboratorio de Biología. Es Bióloga, Especialista en Gerencia en Salud y Desarrollo comunitario. Perito que declaró a solicitud de la Defensa. Realizó un informe pericial sobre dos frotis vaginales para investigación de semen. Previo reconocimiento del informe del 5 de agosto de 2011, sobre el análisis solicitado por la médico rural del Centro de Salud de Berbeo de dos muestras tomadas el 20 de julio de 2011 en la valoración sexológica a la menor Y.M.G., la perito testigo dijo haber concluido que no se detectó semen en las muestras analizadas.

Al indagársele por el Despacho frente a la cadena de custodia de las muestras analizadas, señaló que para que un caso sea admitido en el laboratorio de biología debe cumplir con los requisitos de embalaje, preservación, cadena de custodia y demás documentos; que dicho laboratorio está acreditado y cumple con los requisitos de calidad para que las pruebas emitidas sean válidas en Colombia e internacionalmente.

Aduce que los espermatozoides pueden durar aproximadamente 72 horas.

Con su testimonio se incorporó como prueba el Informe Pericial de investigación de semen⁴¹.

Documentos:

³⁹ Fls. 177-180.

⁴⁰ Registro de audio obrante a folio 209 A, pista 02 audiencia del 15 de mayo de 2014, a partir del minuto 6'52".

⁴¹ Fl. 235.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Como documentos y evidencias se allegaron al juicio los que fueron incorporados con las estipulaciones, los testigos y los peritos, los que ya fueron relacionados, en resumen los siguientes:

1.- Formato de atención de Urgencias del Hospital Regional de Miraflores E.S.E de 21 de julio de 2011, ordenes médicas y evolución. (Fls. 152-155).

2.- Informe Pericial de Dictamen Sexológico Protocolo N° 001-2011, de 20 de julio de 2011, suscrito por la Dra. YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA, Médica Rural E.S.E Centro de Salud Juan F. Berbeo. (Fls. 157-161).

3.- Informe Pericial Psicológico de 30 de octubre de 2011 suscrito por EDGAR EFRÉN RINCÓN MONTERO, Especialista en Psicología jurídica. (Fls. 162-175).

4.- Informe Pericial Forense de 21 de septiembre suscrito por CAROLINA MARIA CRISTANCHO CORREDOR, Médica Especialista en Psiquiatría. (Fls. 178-180).

5.- Entrevista realizada a la niña Y.M.G de 20 de septiembre de 2011, suscrita por la Defensora de Familia Dra. MARTHA LUCIA PERICO RICO y la menor. (Fls. 181-182).

6.- Valoración Psicológica de 20 de septiembre de 2011, suscrita por BRIGITTE ROSARIO CUEVAS CASTELBLANCO, Psicóloga – CZ Miraflores. (Fls. 183-184).

7.- Formato Único de Noticia Criminal -FPJ-2 de 21 de julio de 2011, suscritos por MARIA DEL CARMEN MAHECHA MÉNDEZ y SI. WILSON FERNANDO SOLER GONZÁLEZ. (Fls. 214-215).

8.- Entrevista realizada a MARIA DEL CARMEN MAHECHA DE MÉNDEZ de 01 de septiembre de 2011, suscrita por la entrevistada y el Investigador EDWIN JAHIR SALCEDO PATIÑO. (Fls. 216-217).

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

9.- Formato de Evolución de Psicología del Hospital Regional de Miraflores de 21 de julio de 2011, suscrita por la Dra. DORIS ADRIANA SUAREZ MENDOZA. (Fls. 218-220).

10.- Registro Civil de Nacimiento de la menor Y.M.G. (Fl. 222).

11.- Copia del Informe Pericial investigación de semen del Laboratorio de Biología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, suscrito por AURA YANETH LIZARAZO QUINTERO, Profesional Especializado Forense. (Fl. 235).

Hechos demostrados:

La Sala al valorar en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba recaudada y de la que antecede su resumen, ha encontrado demostrado los siguientes hechos jurídicamente relevantes.

1.- La menor YMG, es hija de MARIA NUBIA GUZMÁN CLAVIJO y JESUS ANTONIO MAHECHA MENDOZA, y nació el 28 de marzo de 1998 en San Eduardo (Boyacá); por tanto, para el 19 de julio de 2011, última fecha de los hechos investigados, tenía una edad de 13 años.

2.- La menor YMG presenta un retardo mental leve moderado, que según la clasificación internacional de enfermedades, le impide comprender, autodeterminarse y tomar decisiones en los diferentes ámbitos de la vida, incluido el de las relaciones sexuales, y para la edad cronológica de 13 años en el año 2011, su capacidad de comprensión era notoriamente disminuida, su nivel de coeficiente intelectual correspondía a una edad de seis años, siendo una persona vulnerable a situaciones de abuso.

3.- La noche del 19 de julio de 2011, la menor YMG fue accedida carnalmente por el señor JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, conducta que ya había sido cometida en la menor en oportunidades anteriores, habiéndosele diagnosticado a la menor himen con desfloración antigua, a más de presentar para la fecha de la valoración médica del 20 de julio de 2011 una infección vaginal mixta severa que según los exámenes de bacteriología durante su hospitalización,

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

por los hallazgos encontrados de tricomonas vaginales y diplococos gram negativo extracelulares se le diagnosticó *Neisseria gonorrhoeae*, considerada enfermedad de transmisión sexual.

Estos hechos los encuentra plenamente demostrados la Sala con la prueba testimonial y pericial, dándole credibilidad al testimonio de la menor YMG quien a pesar de ser la víctima, único testigo directo de los hechos, y tener limitación mental, su versión es consistente en todos los relatos que de los mismos le hiciera a familiares, a profesionales que la valoraron, y en el juicio oral, como las evidencias que testigos y peritos pudieron observar directamente; en principio el comportamiento y forma de caminar de la menor que vio directamente el profesor de la Escuela Agua Blanca, JOSÉ SEGUNDO HERNÁN ÚZGAME PIAMONTE, el 20 de julio de 2011 cuando la niña llegó a estudiar, al día siguiente de la ocurrencia último hecho, lo que dio origen a la investigación, luego la narración de lo sucedido por la menor a su tía MARÍA DEL CARMEN MAHECHA MENDOZA quien también la había visto esa mañana a la niña caminando de manera diferente, y posteriormente lo narrado por la menor a los profesionales que la entrevistaron y valoraron, entre otros, a MARTHA LUCÍA PERICO RICO Defensora de Familia, YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA y DIANA DIOSELINA LEÓN ROMERO, Médicas Generales, BRIGITTE ROSARIO CUEVAS CASTELBLANCO y DORIS ADRIANA SUÁREZ MENDOZA, psicólogas, e incluso al mismo progenitor JESUS ANTONIO MAHECHA MENDOZA quien dio a conocer lo relatado por su hija días después del último acto y cuando la menor se encontraba hospitalizada.

El testimonio de la menor víctima YMG presenta los rasgos de veracidad, no se observa que sea fantasioso, se ajusta a las reglas de la lógica y la experiencia, se mantuvo firme a lo largo del proceso sin modificaciones sustanciales en sus diferentes versiones ante su tía, su padre, y los peritos que la atendieron, como en el juicio, siendo coherente y sin contradicciones, como así lo calificaron los psicólogos y psiquiatra que la valoraron, y está corroborado por las circunstancias reveladas por la demás prueba testimonial sobre lo que fue narrado desde un comienzo por la niña, como también con las evidencias encontradas en su valoración médica.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

En relación al sustento fáctico de la acusación, se tiene que el 19 de julio de 2011 JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN se encontraba en la casa de habitación en la Finca San Juan, Vereda la Libertad del Municipio de San Eduardo, habiendo tomado a la menor Y.M.G., para entonces con trece años de edad y quien padece de retraso mental moderado, la condujo a una habitación, y estando allí comenzó a realizar caricias libidinosas sobre su cuerpo, la despojó de sus prendas de vestir y procedió a introducirle el miembro viril por vía vaginal, señalándose que en por lo menos en dos oportunidades anteriores habría realizado similares procedimientos sexuales de acceso carnal con la citada víctima, situación que igualmente se generó ante el descuido a la que la tenían sometida sus padres.

Como se ha dicho, estos hechos fueron denunciados por la menor dentro de las diferentes entrevistas y valoraciones que le fueron realizadas en el curso de la investigación y que fueron introducidas como prueba en el debate oral y público dentro del proceso en primera instancia.

De acuerdo con el relato otorgado en el juicio oral por la menor Y.M.G, el 19 de julio de 2011 JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN entró a su habitación, pues ella la había dejado sin seguro, le bajó la ropa, se le subió, le hizo el amor, le metió el pene en la vagina; al siguiente día cuando se levantó para ir al Colegio le empezó a arder la vagina, los profesores la llevaron al Hospital en compañía de su mamá y su tía CARMEN, quien en efecto, en su testimonio refirió claramente que un profesor la llamó del Colegio, ella se acercó y allí estaban la Defensora de Familia y una Psicóloga quienes le dijeron que tenía que ir a Berbeo a llevar a la niña al puesto de salud, pero igualmente dijo haber visto a la niña en la mañana cuando se fue a estudiar caminando raro, con las piernas muy separadas, aspecto que fue uno de los que precisamente le llamó la atención al profesor que puso en alerta a las directivas del plantel de que algo raro le ocurría a la niña.

Los mismos hechos fueron reiterados en el Centro de salud de Berbeo, en donde a las 4:30 de la tarde la Dra. YESENIA CAROLINA ALVAREZ FONSECA le realizó Dictamen Sexológico, en el que la niña refirió que esa noche EUFRACIO, el amigo de su papá le dijo que se fuera para la cama, le besó la boca y después la vagina, le hizo el amor y le metió el pene por la vagina, refiriendo además que esas cosas ya habían pasado dos veces. En igual sentido la tía de la menor, refirió

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

que la noche anterior había observado que estaba su hermano y su cuñada, con EUFRACIO, tomando en la casa, que ella se quedó dormida, pero al día siguiente observo cuando los niños salían para el Colegio y se percató que Y.M.G caminaba raro y pensó que de pronto se había pegado con algo.

Posteriormente en entrevista realizada por la Dra. MARTHA LUCIA PERICO RICO, Defensora de Familia, el 20 de septiembre de 2012, Y.M.G le refirió que tenía una buena relación con el procesado y frente a los hechos, señaló que él se entró al cuarto, cerró la puerta, le quitó la ropa, le metió el pene en la vagina, la beso y que además esto ocurrió en varias oportunidades.

Se debe tener en cuenta que Y.M.G presenta un retardo mental leve moderado, lo que le impide comprender, autodeterminarse y tomar decisiones, específicamente en lo que se refiere a su vida sexual, que su coeficiente intelectual para ese entonces cuando tenía trece años de edad correspondía a una edad de seis años debido a su disminuida comprensión, haciéndola vulnerable a los abusos, como lo señalara el Informe Pericial Forense de 21 de septiembre de 2012 realizado por Doctora CAROLINA MARIA CRISTANCHO CORREDOR médica especialista en psiquiatría, y el Informe Pericial Psicológico realizado el 30 de octubre de 2011 por EDGAR EFRÉN RINCÓN MONTERO, Especialista en Psicología Jurídica; e igualmente, que a pesar de sus limitaciones la menor puede expresarse a través de un lenguaje funcional, ofreciendo respuestas básicas para su edad y restricciones por su estado mental pero conservando memoria de los hechos vivenciados por lo cual fue coherente y reiterativa en la narración ante diferentes personas y en diferentes momentos, de lo realmente sucedido, del abuso sexual padecido y autor del mismo.

También se cuenta con el Informe Pericial rendido por Dra. YESENIA CAROLINA ALVAREZ FONSECA de la valoración médico legal sexológica realizada a la víctima, en el cual concluyó que se trataba de una menor con edad aproximada de 12 a 14 años, quien presentaba lesiones en el área genital como edema y eritema, abundante flujo blanquecino-amarillento fétido en el canal vaginal e himen tabicado desflorado, y quien en su testimonio señaló que tales lesiones pudieron ser causadas por infecciones, traumas o maniobras sexuales.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Aunado a lo anterior, la menor fue remitida el mismo 20 de julio de 2011, día siguiente a los hechos, al Hospital Regional de Miraflores por supuesto abuso sexual y ante la infección vaginal severa que se encontró en la primera valoración, siendo atendida por la Doctora DIANA LEÓN ROMERO, quien de acuerdo a lo manifestado en las diligencias, le diagnosticó una infección vaginal mixta por hongos y bacterias por la que ordenó su hospitalización, y que de acuerdo a los exámenes allegados por la bacterióloga, se hallaron tricomonas vaginales y diplococos gram negativo extracelulares que se refieren a *Neisseria gonorrhoeae*, las dos consideradas enfermedades de transmisión sexual.

Para esta Sala de Decisión, lo probado no deja lugar a duda que Y.M.G, el día 19 de julio de 2011 fue accedida por el aquí enjuiciado JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, pues es evidente que más allá del testimonio de la menor, quien presenta un retardo mental leve moderado, existen valoraciones médicas, psicológicas y dictámenes periciales que permiten inferir que esta conducta en efecto se presentó en esa fecha y otras anteriores, y que el procesado fue su autor.

La Defensa señala que no se puede inferir la comisión del punible pues no se hallaron rastros de semen en las muestras analizadas por el Laboratorio de Biología del Instituto Nacional de Medicina legal; no obstante y como bien lo señalo el A quo, la falta de semen en la cavidad vaginal no excluye el acceso carnal, toda vez puede éste presentarse con la penetración del miembro viril sin que haya eyaculación.

De otra parte, la existencia del acceso carnal en la menor con retardo mental moderado, no solamente se probó con la prueba testimonial por el relato que de los hechos hiciera la menor a las diferentes profesionales, sino a lo verificado por éstos y dictaminado en sus peritajes.

Así entonces, en el dictamen sexológico la médica YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA concluyó que la menor presentaba himen tabicado con desfloración antigua, explicando la perito después de diez días la desfloración se considera antigua, lo que indica que la menor ya había sido accedida antes de los hechos del 19 de julio de 2011, corroborado con el hallazgo de abundante flujo blanquecino amarillento fétido en canal vaginal, infección generada de tiempo

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

atrás, pero igualmente se evidenció lesiones recientes como edema y eritema en labios vaginales mayores y menores, lo que ratificó el último acceso relatado por la menor, a más de haberse observado por la tía de la niña y el profesor, a la mañana siguiente, que la niña caminaba con las piernas más separadas de lo normal, de donde se puede inferir, con el reconocimiento médico legal sexológico, que ya la niña había sido accedida carnalmente, que tenía una infección vaginal severa, y que al ser maltratada con el acceso carnal la noche del 19 de julio de 2011, el dolor por la infección, molestia en sus genitales, había acrecentado y era la razón para que la menor caminara de una forma anormal.

En cuanto a no hallazgo de espermatozoides en las muestras analizadas, tomadas en la valoración sexológica mediante frotis vaginal, la misma perito médica YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA, coincidiendo con la perito AURA YANETH LIZARAZO QUINTERO bióloga que realizó el análisis de las muestras, explicó que la vida de los espermatozoides es de 24 a 72 horas generalmente; lo que indica en las muestras tomadas en la valoración realizada el 20 de julio de 2011 a las cuatro y treinta de la tarde, y analizadas del 3 al 5 de agosto de 2011, entendiéndose que se respetó la cadena de custodia y que estuvieron debidamente embaladas, en caso de existir espermatozoides era posible su verificación porque de la noche del 19 de julio de 2011 al momento de la toma de la muestra no habían transcurrido más de 24 horas, pero la perito bióloga concluyó no haber detectó semen en las muestras analizadas; sin embargo, la perito médica también explicó que no siempre se encuentran espermatozoides en las muestras que se toman, con mayor razón, como en el caso de estudio, donde existe flujo abundante causado por la infección; en consecuencia, la prueba de laboratorio no podía dar certeza de la presencia de espermatozoides en la cavidad vaginal de la menor para la fecha en que fue examinada.

Y como ya se ha dicho, la inexistencia de espermatozoides en la cavidad vaginal de la víctima, no descarta el acceso carnal en la misma, a más de probarse pericial la evidencia del mismo, no solo con la desfloración antigua del himen, lesiones recientes en los genitales, infección vaginal severa, sino también en la enfermedad de transmisión sexual *Neisseria gonorrhoeae* diagnosticada en la menor, lo que corrobora que para el 20 de julio de 2011 cuando se le hicieron las

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

primeras valoraciones, Y.M.G., había sido accedida carnalmente en varias oportunidades.

Como tampoco queda duda alguna, que JOSE EUFRACIO GUADUAS CHACON fue el autor de los diferentes accesos carnales en la menor, teniendo en cuenta el dicho de la menor a quien se le da credibilidad, y demás prueba testimonial que da cuenta de la presencia constante del procesado en la casa donde habitaba la menor víctima, la cercanía con la familia y específicamente con la niña, compartiendo con sus padres e ingiriendo guarapo de manera frecuente, aunado al hecho de que la niña y sus hermanos en varias ocasiones quedaban solos en la casa porque sus padres salían a trabajar, incluso ausentándose por varias noches, siendo YMG una niña descuidada por sus progenitores como lo indica no solo la tía de la menor MARIA DEL CARMEN MAHECHA MENDOZA, sino también el testigo presentado por la Defensa, el señor JUAN FRANCISCO COTAME PARRA vecino de la residencia de la familia MAHECHA GUZMÁN.

Así mismo, la prueba testimonial corrobora que el retraso mental de la menor YMG era notorio para la fecha de los hechos, entre otros, los testigos presentados por la Defensa del procesado, HILDO HERNÁN JUEZ VARGAS, MARIA DEL CARMEN VALLEJO HERNÁNDEZ, MARIA CANDELARIA RODRÍGUEZ DAZA, y JUAN FRANCISCO COTAME PARRA, todos vecinos de la menor, de sus progenitores, y del procesado, al unísono declararon que conocían a la menor y sabían que tenía limitaciones, que tenía desde pequeña un retraso bastante pronunciado, que sus padres la castigaban y le tocaba trabajar, era callada, sumisa, lo que ratifica se trataba de una persona vulnerable a los abusos como lo dictaminaron los profesionales que la valoraron; y a pesar de que estos testigos dan cuenta de la buena conducta del procesado, no descartan la comisión de los hechos por parte del mismo.

Como el apelante igualmente dice que la prueba practicada y valorada, en su totalidad es de referencia, debemos precisar el concepto de la misma y la diferencia con el testimonio de oídas, y con la prueba pericial que se integra con el informe base de opinión y el testimonio del perito en el juicio.

El artículo 437 del C. de P.P., define la prueba de referencia en los siguientes términos:

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

“Noción. Se considera como prueba de referencia toda declaración 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 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.”

Y el artículo 438 del mismo estatuto, de manera expresa señala los casos en los cuales es admisible de manera excepcional la prueba de referencia: i) por pérdida de memoria corroborada pericialmente, ii) cuando es víctima del delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, iii) cuando padece de enfermedad grave que le impide declarar, iv) cuando ha fallecido, y también dice la norma, se acepta la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Así entonces, la prueba de referencia se diferencia del testigo de oídas o de la prueba pericial, porque estos medios de prueba respecto a aquella, solo son su evidencia o elemento demostrativo, es decir, a través de dichos medios de conocimiento se puede probar la verdad de la declaración realizada por el testigo que no puede comparecer al juicio a rendir su testimonio en los casos señaladas en la ley; pero igualmente el testigo de oídas y la prueba pericial, como los demás medios de conocimiento, pueden ser prueba directa o indirecta de los hechos investigados y su poder demostrativo debe ser evaluado por el funcionario judicial teniendo en cuenta las reglas previstas en el artículo 404 y 420 del C. de P.P., entre otras, la percepción, la naturaleza del objeto percibido, la confianza de la fuente de conocimiento mediato, la idoneidad tecnico-científica del perito, la claridad de su experticio, etc.; a más que el contenido del testimonio de oídas o el testimonio del perito generalmente tienen un contenido indirecto del acontecimiento y a la vez son prueba directa de lo percibido⁴².

Sobre los hechos que narra la víctima a terceras personas, a los peritos, investigadores y testigos que deponen en el juicio, y la valoración de la prueba

⁴² Sobre la prueba de referencia y sus elementos, la jurisprudencia se ha pronunciado, entre otras, en las siguientes providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 6 de marzo de 2008, rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Sentencia del 6 de julio de 2011, rad. 30612, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

pericial y el testimonio sobre el particular, en el nuevo procedimiento penal, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente⁴³:

“Sintetizando, en el modelo acusatorio actual, la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de igualdad de armas; y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral —o mediante video conferencia (artículo 419 ídem)—, exigencia que atiende a la necesidad de salvaguardar los principios de contradicción e intermediación sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento y que, como ya se anotó, está sujeta a las reglas del testimonio, pues las partes, según lo disciplinan los artículos 417 y 418 de la Ley 906 de 2004, interrogan y contrainterrogan al perito acerca de los temas previamente consignados en el informe, con el fin de que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez.

Entre las labores de los peritos oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa. Para tal efecto los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente, o analizan la información por él suministrada, u otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional y rendir el informe que será la base de su dictamen.

6.2. Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia.

Tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analizan la información suministrada por los mismos.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2008, rad. 29609, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. También se puede consultar las providencias del 15 de julio de 2009, rad. 30355, y 3 de febrero de 2010, rad. 30612, ambas con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quintero Milanés, y del 6 de marzo de 2013, rad. 39559, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, entre otras.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra- interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.

Ahora bien, en cuanto al interrogante planteado inicialmente, ya la jurisprudencia de la Sala ha sentado las bases de la solución al puntualizar:

“(…)

”El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

”El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.

(…)

”Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto,

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley”⁴⁴

En pronunciamiento más reciente y reiterando la línea jurisprudencial sobre el tema, la Corte dijo⁴⁵:

“(…), la Corte en un caso similar⁴⁶ se refirió al cuestionamiento de la actividad de los peritos en punto de si sus declaraciones constituyen o no, prueba de referencia; ante lo cual insistió en los siguientes presupuestos:

“... pues olvida que las pruebas reseñadas –el testimonio de la tía de la menor abusada y los informes y atestaciones de los peritos- no son prueba de referencia. (...)

Como ya lo precisó la Sala en acápite anterior, las pruebas reseñadas por el recurrente no son de referencia, pues, en primer lugar, la declaración de (...), aunque, como lo admitió el sentenciador, contenía una referencia a lo que, a su vez, le manifestó la menor, en todo caso, la deponente también refirió “otros datos importantes, surgidos estos en cambio de sus propias percepciones”... entre ellos “los sensibles cambios de comportamiento de (...) quien exteriorizó tristeza e inapetencia, alteraciones que le fue posible constatar, pues estaba encargada de su cuidado durante 2 o 3 días de la semana. De igual modo –continúa el Tribunal-, a los sentimientos ambivalentes de aquella hacia su progenitor, de miedo, pero a la vez de cariño; incluso, aún más significativamente, al dolor vaginal experimentado por la menor, acompañado de un flujo a tal punto anormal que la determinó a procurarle inmediatamente asistencia médica.”

En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones.

⁴⁴ Cfr. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación N° 25920.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de mayo de 2011, rad. 33651, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁴⁶ Auto inadmisión sistema acusatorio, radicado 30.355 de 15 de julio de 2009.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen siquiátrico o la entrevista sicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o siquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica.

Fenómeno similar al anterior tiene lugar con el reconocimiento médico legal de lesiones personales, pues uno de sus elementos es la anamnesis del examinado, la cual no es otra cosa que el relato que de los hechos hace este último al legista. No obstante, como es sabido, ello no permite tener el peritaje de lesiones personales como prueba de referencia, pues su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que el legista percibe.

(...)

Lo anterior significa que el argumento (...) según el cual, el juicio de condena se basa en prueba de referencia, no posee fundamento alguno, pues el testimonio rendido en el juicio oral, por los expertos, profesionales en sicología, constituye prueba técnica -pericial-, a la que hace relación el artículo 405 de la Ley

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el sentenciador apreció su contenido.

Así, al resolver la misma inquietud que aquí propone el censor, la Sala expresó lo siguiente:

“... todos los profesionales que valoraron a (...) rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto, como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de (...) negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.⁴⁷”

La Sala ratifica y mantiene la línea jurisprudencial en punto de las pruebas de referencia, en el sentido que las mismas no pueden ser consideradas como tal, cuando los peritos en cualquier área científica, artística o técnica, vierten sus conocimientos al interior del juicio oral y sus razones, criterios u opiniones son materia de crítica probatoria, pues los especialistas -como en el caso en estudio- recopilan en sus evaluaciones todos los datos clínicos que presenta el paciente al momento de la entrevista (exploración de procesos mentales, estado de la memoria, del pensamiento, del lenguaje, sucesión detallada del episodio, contexto personal, familiar y social; conciencia al momento de la valoración y situación de las esferas afectivas, volitivas y cognitivas, entre otros); a su turno, proyectan un diagnóstico de su estado actual y las consecuencias negativas generadas en la salud de la víctima por la ilegal acción ejercida contra su humanidad; todo esto, de

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

la mano de sus raciocinios, experiencias y especialidades. (Se resalta fuera de texto).

Para ello, también se fundamentan en los antecedentes fácticos suministrados por los examinados en aras de realizar un escrito que contenga pautas concretas de credibilidad o de descarte (fantasías, ilusiones) y en sus atestaciones (explican y exponen) ante la administración de justicia los pormenores de su dictamen, introduciendo el informe pericial como también respondiendo el pertinente interrogatorio, conainterrogatorio y redirecto, si a él acuden los intervinientes: todos estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, se repite, hacen viable **que no puedan ser considerados sus testimonios como prueba de referencia** al estar imbuidas tales pericias de discernimientos científicos, técnicos, especializados o artísticos, en tanto, le sean aplicadas las reglas del testimonio; y, por el contrario, desde ningún punto de vista, pueden motu proprio deponer sobre los hechos o respecto a la responsabilidad penal del implicado, ni realizar juicios en punto de estas temáticas: el origen de su informe es la narración integral de las manifestaciones positivas o negativas de la víctima, la aplicación de los protocolos respectivos, la evaluación del juicio de verdad o mentira de la afectada, la identidad de género, entre otros aspectos, como fuentes directas de su dictamen; si ello es así, aunque los dictámenes en su fase inicial participan de una referencia sobre los actos prohibidos o ilegales, en su contexto no lo son, si además, se introducen en el juicio por los respectivos expertos y se garantiza el derecho de contradicción sobre los mismos: en esas condiciones procesales se valoran como prueba directa, a tono con lo disciplinado en los artículos 405 y 423 de la Ley 906 de 2004, en especial los preceptos 419⁴⁸ y 420⁴⁹ sobre “las instrucciones para conainterrogar al perito” y la “apreciación de la prueba pericial”, respectivamente.” (Se resalta fuera de texto).

Así entonces, como quedó analizado en el caso particular, a más de haber declarado en el juicio oral la menor víctima y testigo directo de los hechos, se pudo

⁴⁸ “El conainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones: 1. La finalidad del conainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado. 2. En el conainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia”.

⁴⁹ “Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

verificar que la narración de los hechos fue coherente y consistente en todas las exposiciones que de los mismos hizo ante terceras personas y profesionales que la valoraron, como lo ratificaron la declaración de éstos sobre lo que la menor les contó, pero también lo que directamente evidenciaron, no pudiéndose calificar la prueba pericial y testimonial como erróneamente lo señala el recurrente como prueba de referencia.

2.2.- De la conducta punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso homogéneo y responsabilidad del acusado JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN.

A JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN se le formuló imputación, se le acusó y se le condenó en primera instancia, como autor del delito de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de resistir agravado, cometido en concurso homogéneo, según la descripción de los artículos 210 y 211 causal 4 del C.P., modificados por los artículos 6 y 7 de la ley 1236 de 2008, normas vigentes para la fecha de los hechos, que señalan:

“Art. 210. Modificado L.1236/2008, art. 6. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que este en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años”.

“Art. 211. Modificado L.1236/2008, art. 7. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.

(...)”.

De otra parte, el artículo 212 del C.P. define que se entiende por acceso carnal, así:

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

“Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”

En el presente caso, como se dijo, de la prueba practicada en el juicio oral, se demostró que la menor YMG, quien tenía trece años de edad y presenta un retardo mental leve moderado, fue accedida carnalmente vía vaginal la noche del 19 de julio de 2011 por el señor JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN, en su residencia en la Finca San Juan, Vereda la Libertad del Municipio de San Eduardo, conducta que ya había sido cometida en la menor en oportunidades anteriores, habiéndosele producido una infección vaginal mixta severa, diagnosticándosele Neisseria gonorrhoeae, considerada enfermedad de transmisión sexual.

Lo anterior indica que la conducta del acusado reúne los elementos del tipo penal, se demostró el acceso carnal realizado en diferentes oportunidades, que fue cometido en una menor de catorce años, pues para la fecha del último acto la niña Y.M.G. tenía trece años de edad, e igualmente se demostró que padecía el trastorno mental, y que las conductas fueron realizadas por el señor JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN quien tenía pleno conocimiento que la menor tenía la limitación mental, condición que era evidente y de conocimiento por quienes la trataban, tratándose el procesado de una persona con plena capacidad mental que sabía lo que hacía y quiso la realización de la conducta ilícita.

En cuanto al trastorno mental como elemento del tipo penal imputado, se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia:

“ (...) frente a la segunda situación prevista por el tipo (es decir, trastorno mental), la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con la facultades mentales que

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

*alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).*⁵⁰

El retraso mental de Y.M.G., conlleva a considerar que su consentimiento no tiene validez, pues como lo dijo la jurisprudencia en cita, una persona en tales condiciones no tiene la capacidad para comprender las implicaciones de la relación sexual y de autodeterminarse de acuerdo a dicha comprensión frente a su libertad sexual; condición mental fácilmente advertida por los vecinos del lugar como lo demostró la prueba testimonial y pericial, al señalar que reflejaba una edad mental de una niña de apenas seis años, sumisa, callada, que evidentemente tendía a obedecer lo que las personas mayores le indicaban.

Por su parte, JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN era un vecino de la región donde habitaba la menor, que frecuentaba la vivienda de ésta y tenía plena confianza con los padres de la misma, siendo conocido por la menor, quien a pesar de tratarse de un campesino, con grado de escolaridad primaria, agricultor, era casado, padre de dos hijos, líder comunitario, normal, con plena capacidad de raciocinio sobre sus acciones realizadas, estando demostrado que la conducta fue realizada de manera dolosa, porque el procesado conocía los hechos constitutivos de la infracción y quiso su realización, se trata de una persona que tenía conocimiento pleno de su actuar, que el mismo era ilícito, y así fue su voluntad realizarlo.

De otra parte, el acusado vulneró el bien jurídicamente tutelado de la libertad y formación sexual, al haberse aprovechado de la incapacidad de resistir de la menor de trece años de edad que padecía retardo mental moderado, quien no tenía pleno consentimiento en su autodeterminación sobre su sexualidad, habiendo cometido el abuso accediéndola carnalmente varias veces, facilitando la comisión de la conducta ante las circunstancias de descuido y poca vigilancia de la menor por parte de los progenitores, y la confianza con la que frecuentaba la vivienda; lo que amerita el juicio de reproche.

Por lo anterior, no es procedente la pretensión de la defensa apelante de revocar la sentencia de primera instancia, porque de conformidad al artículo 381 del C. de P.P., ley 906 de 2004, de los hechos que revelan las pruebas que se

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009, rad. 24055, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

practicaron en el juicio, se tiene el conocimiento más allá de toda duda, como bien lo expusiera la primera instancia, acerca del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, descrito en los artículos 210 y 211 numeral 4 del C.P., con la modificación de la ley 1236 de 2008 en sus artículos 6 y 7, cometido en concurso homogéneo, y de la responsabilidad penal del acusado JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN; por lo que se debe confirmar la condena proferida en su contra, no siendo otros los motivos de impugnación.

La pena no será objeto de modificación, porque se ajusta al principio de legalidad por haberse fijado en el mínimo de 192 meses de prisión y aumentarse en 24 meses por el concurso homogéneo, para un total de 216 meses de prisión, a más de no ser objeto de discusión, siendo pretensión subsidiaria del recurrente la confirmación de la misma.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Tercera Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Miraflores, de fecha diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), mediante la cual se condenó a JOSÉ EUFRACIO GUADUAS CHACÓN por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso material y homogéneo; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ

Magistrada

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Magistrada

DIANA MARÍA ANTOLÍNEZ DÍAZ

Secretaria