



PROCESO PENAL/ ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS/ PRUEBAS/
“Sea lo primero indicar que es admisible el uso en el proceso penal de elementos probatorios obrantes en actuaciones administrativas y que tengan la capacidad de demostrar directa o indirectamente hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, o a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado o hacen más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, pues el nuestro es un sistema anclado en la libertad probatoria que permite la utilización de todos los medios probatorios obtenidos lícita o legalmente en procura de alcanzar la verdad material que debe fundar las decisiones de los administradores de justicia.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

SALA DE DECISIÓN PENAL

SENTENCIA P- N° 0120

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ

APROBADA ACTA, N° 0001 del catorce (14) de enero de dos mil dieciséis (2016)

TUNJA, veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 2:30 pm

ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO contra la sentencia condenatoria proferida el 02 de diciembre de 2013 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tunja.

HECHOS

Durante un periodo transcurrido entre los años 2005 a 2007, cuando la menor L.M.G.M. contaba entre los siete y los diez años de edad, fue sometida a tocamientos en sus partes íntimas por APOLINAR GARCIA QUINTERO, el esposo de una hermana de su abuela, en la vereda Turmal del municipio de Chiquiza.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 20 de octubre de 2011, en audiencia surtida ante el Juzgado Segundo Penal Municipal, se libró orden de captura en contra de DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO como presunto responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, la cual se hizo efectiva el 26 de octubre siguiente, fecha en la que ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, se surtió audiencia concentrada en la que se legalizó esa captura, se le formuló imputación en los términos reseñados, con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 5º del artículo 58 ib, y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad¹.

El 22 de noviembre de 2011, la fiscalía 16 presentó escrito de acusación contra GARCIA QUINTERO², por el delito que le había sido imputado, y el 20 de marzo de 2012 se celebró la audiencia condigna ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tunja.

¹ Folios 17 y 18 acta.

² Fl 14-20 Cuad Fallador.

El 22 de agosto de 2012 se realizó la audiencia preparatoria³ y el juicio oral se desarrolló en diferentes sesiones en el mes de abril de 2013⁴, y finalizaron el 12 de septiembre del mismo año⁵, el 2 de diciembre se anunció el sentido condenatorio del fallo⁶ y el 06 de diciembre⁷ se le dio lectura.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

A DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO se le condenó como autor responsable de la conducta de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, en concurso homogéneo, a la pena principal de doscientos (200) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual, sin serle concedido ningún mecanismo sustitutivo de la pena.

El a quo, luego de sentar bases jurisprudenciales sobre el testimonio del menor, destaca que el entregado por la víctima, en armonía con los demás elementos de prueba, demuestra la materialidad de la conducta endilgada. Sostiene que lo dicho por la menor en los diversos escenarios en los que se le preguntó lo sucedido fue concordante y acorde al aserto de María Isabel Barragán (abuela) y Esmeraldina Molina Barragán (progenitora), por lo cual, no existe duda sobre los episodios perpetrados en contra de su integridad sexual.

Menciona que si bien es cierto el examen sexológico demostró que la niña tenía un himen íntegro no elástico, lo que presuntamente hacía contradictoria su descripción, no podía descartarse la ejecución de tocamientos sobre su

³ Acta Folio 97-102 Cuad Fallador.

⁴ Fl 269 (acta)

⁵ Fls. 322-323 (acta)

⁶ Fl 329 (acta)

⁷ Acta Fl 360 Cuad Fallador.

cuerpo, pues la menor pudo expresar de manera confusa las acciones que el procesado ejecutaba sobre su cuerpo; así mismo dice que no milita prueba de que el acusado sufriera de disfunción eréctil, situación que tampoco resulta relevante puesto que la conducta por la que se le investigó nada tenía que ver con esta función biológica.

Descarta que la menor sufriera del síndrome de alienación parental, como lo adujo la defensa, quien no demostró tal situación; tampoco ve acreditada la animadversión invocada entre María Isabel Barragán y el procesado por un reparto de tierras tiempo atrás, por el contrario, este frecuentaba la tienda de aquella, y desestima los testimonios de quienes acudieron a soportar tal situación porque eran personas que tenían problemas personales con la abuela de la menor.

Respecto a la buena conducta del procesado y de la que hablan algunos de los testigos, precisa que ninguno de ellos hace una descripción de su conducta sexual, por lo cual aduce que la apariencia amable de una persona no es garantía de la inexistencia de las acciones atribuidas.

Finalmente encuentra que el acusado tuvo la oportunidad para el delito porque tenía acceso a la vivienda en la que habita la víctima y conocía la ausencia permanente de su progenitora y la esporádica de los abuelos cuando salían a realizar sus quehaceres diarios, con lo que el testimonio de la ofendida L.M.G.M., es suficiente para demostrar que fue sometida a abuso sexual por DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO, más aun cuando no existe de por medio razón alguna para que ella mintiera y cuando su relato en todo momento mostró coherencia, a pesar de la corta edad que tenía para el momento en que se perpetró la conducta.

MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN.

La defensa de DIEGO APOLINAR GARCÍA QUINTERO apela⁸ con el argumento que logró demostrar la inocencia de su prohijado o por lo menos no se probó más allá de toda duda razonable que el acusado es responsable de los delitos imputados.

Dice que la Fiscalía incurrió en grave incongruencia entre las circunstancias fácticas y la adecuación jurídica, pues le atribuyó la conducta punible en unos términos de tiempo diversos a los consignados por la denunciante, la víctima y su abuela, quienes mencionaron que se habían ejecutado aproximadamente en el año 2007. Afirma que no se lograron establecer las circunstancias de tiempo en la que supuestamente se perpetraron los hechos, lo que deja sin fundamento la teoría del caso del ente acusador; y que la falta de determinación temporal no le daba la posibilidad a ninguna de las partes de suponer o especular y en consecuencia atribuir un concurso homogéneo y sucesivo.

Refiere que la menor comentó que "POLO" le había metido 5 veces el pene en su vagina, circunstancias que refirió en varios escenarios, sin embargo, el resultado del informe técnico médico legal da cuenta de la inexistencia de desfloración vaginal en la examinada.

Manifiesta que la entrevista realizada a la menor por la defensora de familia y la valoración psicológica no respondió a lo solicitado, por lo cual lo narrado por esta profesional no tiene relevancia, pues no se preguntó a la menor por aspectos determinantes, no consignó la técnica aplicada, la base de los criterios técnicos y científicos, por lo tanto el resultado de la misma es de carácter especulativo y subjetivo lo que la hace dudosa.

En cuanto a la experticia de psicología forense dice que es parcializada, pues no es sensato hablar de coherencia interna y externa en el testimonio de la menor, cuando ofreció una narración disímil como lo indica que el 04 de

⁸ Folio 361-376 Cuad Fallador.

febrero de 2011 afirmó que “POLO” le había metido el pene 5 veces y el 27 del mismo mes y año refiera que intentaba meterle el pene pero ella no se dejaba. Critica que la psicóloga forense concluya que la sintomatología depresiva y la desconfianza hacia la figura masculina de la menor obedece al supuesto abuso sexual y no al delito de violencia intrafamiliar, cuando en la entrevista rendida ante el I.C.B.F la menor describió la relación con su padre en los peores términos.

Precisa que los rasgos físicos descritos por la menor sobre su agresor no corresponden con los contenidos en el informe sobre la plena identificación del procesado, y que la entrevista rendida por ella en la cámara Gesell no cumplió con los requisitos técnicos porque no se hizo mención de los métodos empleados para su desarrollo. En su sentir, lo narrado por la víctima durante toda la actuación se desvirtuó con el resultado de la prueba sexológica, por lo cual estima que esa deficiencia probatoria no puede suplirse con la última entrada de la adolescente en la que cambia de referente factico, sosteniendo que no había existido penetración y cuya base sirvió de sustento para proferir la sentencia.

Insiste en que la menor se mostró proclive a la mentira, sus aseveraciones nunca se mostraron congruentes, nunca fijó con exactitud la fecha en la que se cometió el hecho delictivo, dejó en entredicho las supuestas amenazas que “POLO” le había hecho, no hubo concreción respecto de las personas a las que dice le contó lo sucedido e incluso en una de sus intervenciones varió el lugar en el que estos ocurrieron, concluyendo que su relato responde a una elaboración mental de la abuela, pues a pesar de que esta última dijo que conoció de los hechos con anterioridad, no los denunció inmediatamente sino que dejó transcurrir un periodo considerable.

Con base en lo anterior, considera debe absolverse a su defendido con sujeción al principio del indubio pro reo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

A voces del numeral 1º del art. 34 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para conocer y decidir el recurso interpuesto, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado.

El cometido decisorio de esta Colegiatura, mantendrá como ámbito de su intervención el delimitado por los motivos de inconformidad de la parte recurrente y aquellos que resulte menester tratar por su íntima relación con los aspectos a desatar en segunda instancia, sin que se pueda agravar su situación en respeto de la interdicción de la reforma peyorativa a la única parte que cuestiona la decisión en cuanto le fue adversa.

Bajo esa perspectiva la Sala examinara el material probatorio allegado al juicio oral para efectuar su análisis ponderado con fundamento en las reglas de la sana crítica y el método técnico científico para concluir si de su contenido es posible predicar los elementos que estructuran el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, que den lugar a mantener la sentencia condenatoria o si esta se quiebra para ser sustituida por una sentencia absolutoria como lo depreca la apelante.

2. De la conducta imputada objeto de controversia.

Los cargos contra APOLINAR GARCIA QUINTERO, acogidos positivamente en el pronunciamiento de primera instancia, lo son en condición de autor responsable de la conducta punible de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS de que tratan el artículo 209 y 211 numeral 5, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008, en concurso homogéneo.

Conforme la norma en cita incurre en este punible quien realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o los realice en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, pues la ley considera, bajo presunción juris et de jure, que antes de esa edad la persona carece de la madurez suficiente para tomar decisiones que inciden en su vida sexual.

La modalidad del tipo penal atribuida a DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO requiere para su estructuración típica: (i) la realización de actos de connotación sexual distintos de la copula carnal (ii) el sujeto pasivo debe tener una edad inferior a catorce años (iii) el autor debe conocer esa condición de minoría de edad de la persona con la cual tiene ese trato sexual.

3. De la prueba de la conducta aludida.

3.1. De la minoría de edad del sujeto pasivo.

La copia auténtica del registro civil de nacimiento de L.M.G.M permite establecer que nació el 19 de noviembre de 1997 (fl. 240)

El mérito probatorio de este documento es aspecto incontrovertido y deja acreditada la cualificación natural del sujeto pasivo, quien registra para la época de los hechos una edad inferior a los catorce años, lo cual es elemento objetivo del tipo penal.

3.2. De la realización de actos de connotación sexual distintos de la copula carnal.

Durante el juicio oral a fin de establecer la realización de la conducta de actos sexuales en menor de catorce años por parte de DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO, se incorporaron y practicaron las siguientes:

i) MARIA ISABEL BARRAGÁN DE MOLINA⁹, ocupación hogar, abuela de la menor L.M.G.M., conoce al acusado APOLINAR GARCÍA QUINTERO, quien está casado con una hermana de su esposo, vive aproximadamente a un kilómetro y medio de su casa en la vereda Turmal, mantenían con ellos una muy buena relación, se visitaban y departían frecuentemente hasta que se conocieron los abusos contra su nieta.

Comenta que la menor L.M. le contó sobre lo sucedido con APOLINAR, fue en vísperas de un año nuevo aunque no recuerda de que año, le dijo que este "le hacía males", que le bajaba los pantalones y le metía eso que tienen los hombres, que ella llamó después de las fiestas decembrinas a la mamá de la niña para comentarle lo sucedido. Con posterioridad su nieta le contó que un día, aprovechando que ella estaba ocupada vendiendo en la tienda, la había cogido en la cocina y le había dicho que no le fuera a contar nada a su abuela.

Recuerda que un día en el que ella estaba sembrando se le acercó APOLINAR, le preguntó por la niña comentándole que no la había encontrado en la casa, ella pensó que la menor había salido pero después le preguntó a la niña por su paradero, y ella le dijo que el verlo acercar se había escondido para evitar lo que le hacía. Acota que cuando ella invitaba al acusado a comer la niña L.M le reprochaba por eso.

Menciona que no desconfiaba de APOLINAR, rememora que un día en el que ella necesitaba hojas para unos envueltos este le dijo que mandara a la niña que él le ayudaba a recogerlas, ella envió a la niña con él, la menor tardó

⁹ Aud_1 Min 28:48

bastante tiempo y regresó sin las hojas, para esa época tenía 9 años, al preguntarle porque no traía las hojas ella le respondió que se las habían robado, al pedirle que la acompañara por las hojas la menor se rehusó, la vio triste, sin embargo nunca sospechó de APOLINAR; pero, según le reveló la niña, ese día también abuso de ella, le dijo que le había introducido el pene.

Manifiesta que un día, cuando ya conocía lo sucedido, APOLINAR llegó a su casa en compañía de la señora Marina a reclamarle porque ella había dicho que el abusaba de las hijas de esta mujer, pero jamás dijo algo al respecto, dice que en ese momento L.M. salió y le gritó a APOLINAR que la había violado y que eso podía hacérselo a otras niñas y lo agredió físicamente.

Dice que reveló a sus hijos lo manifestado por la menor y que fue su hija ERESMILDA quien denunció los hechos ya que la menor advirtió que si ninguna de las dos lo hacía ella lo haría por su cuenta.

Menciona que la liquidación de la herencia de los padres de su esposo se hizo en términos amigables con los demás hermanos, que nunca tuvieron problemas por esta situación con el procesado y que no recuerde la fecha en que esto sucedió.

Asevera que el padre de su nieta L.M. se llama ARÍSTIDES GARCÍA, que en la actualidad no convive con su hija ERESMILDA, quien decidió irse con sus hijos a Bogotá.

Indica tener buenas relaciones con PASTORA y GRATINIANO AMADO MOLINA, hermanos de su esposo, aunque no tienen comunicación constante; en cambio, el trato con GRACIELA AMADO, la esposa de APOLINAR, y su familia es deficiente desde la ejecución de los hechos, aunque con antelación era buena y mantenían atenciones reciprocas. Manifiesta que conoce a ROSALBINA LÓPEZ QUINTERO, no tiene trato ni problemas con ella, quien tiene un hijo con OMAR GARCÍA, a su vez hijo del procesado. Dice conocer a

JORGE EUGENIO AMADO LÓPEZ y BLANCA LETICIA RUÍZ USA con los que no tiene trato constante, sin inconvenientes con ellos; conoce a LUIS ANÍBAL SUÁREZ MOLINA, es un colindante de su predio, en alguna oportunidad tuvieron discusiones por el suministro del agua pero llegaron a un acuerdo, este episodio tuvo ocasión luego de que sucedieran los hechos que involucran a su nieta L.M.

Dice que la niña le relató que APOLINAR GARCÍA le quitaba los pantalones, le tocaba los senos, la vagina, que los hechos se habían ejecutado en diferentes lugares: en su casa, en la parte de arriba del predio cuando la envió a recoger unos quiches y un día en el que fue a recoger a un ternero. Comenta que cuando APOLINAR llegaba a su casa la menor L.M. se alteraba y se iba, expresaba odio hacia el pero no sabía el porqué de esa situación, tampoco le prestó atención, que la menor le expresó que eso venía sucediendo hacía mucho tiempo, que no les había contado antes porque temía a la reacción de su papá.

Se le pone presente la entrevista rendida por la testigo el 21 de mayo de 2010, la cual reconoce, se le pregunta si la afirmación hecha allí en cuanto a que la menor le había contado lo sucedido en la víspera de año nuevo anterior, es decir fines del año 2009 manifiesta que no recuerda, por lo anterior se hace lectura textual de un aparte del documento, en el que expresó: *"en vísperas del año nuevo que paso, me conto la niña L.M. que el señor DIEGO APOLINAR le hacía males, yo le pregunte que si este señor le bajaba los pantaloncitos y me dijo que si, que la había cogido, le había tapado la boca con la mano detrás de la puerta de la cocina y eso fue cuando yo estaba vendiendo en la tienda"*.

En el contrainterrogatorio¹⁰ puntualiza que para la época de los hechos la menor vivía con ella y con su esposo FLORENTINO MOLINA, hermano de GRACIELA AMADO, y que tenía una tienda.

¹⁰ Hora 1 min 08_Aud_2 Juicio Oral.

Reafirma que la menor le dijo que APOLINAR le bajaba los pantalones y le metía el pene, que la actitud de la niña era de tristeza, que el papá de la menor la regañaba bastante y que las relaciones entre los padres no eran las mejores, que durante el tiempo que la menor vivió con ella la mamá vivía en otro lugar con su esposo y uno de su hijos, que convivió con la menor por largos periodos, que era bastante unida con su nieta y que por lo mismo la niña decidió contarle primero a ella lo sucedido, que luego de que la menor le informara transcurrieron aproximadamente 4 días para que ella le contara a la progenitora y que supo que la niña tenía una infección vaginal.

Admite que a pesar de haber percibido que la menor manifestaba odio hacia APOLINAR, la mandó con este a conseguir hojas para la elaboración de unos envueltos.

En el redirecto¹¹ asegura que la única tienda en el sector era la suya, que cuando la menor le comentó que el acusado le hacía males inmediatamente le preguntó a la niña si “le bajaba los pantaloncitos”, pues lo supuso por el vocablo “males”, que la menor vivía feliz con ella y jamás expresó tristeza por la ausencia de su progenitora; que la menor le contó a esta última lo acaecido después que se lo comentara a ella, que la menor le insistió en que su papá no podía enterarse y por ello le contó a Eresmilda luego del año nuevo.

Por ultimo¹² explica que su nieta no es mentirosa, que dormía con la menor, y que decidió callar por el temor que tenía la niña hacia la reacción de su padre.

ii) Testimonio de la menor víctima L.M.G.M.

¹¹ Hota1 Min 33 Aud_ 2 Juicio Oral.

¹² Hora 1 min 44 aud_2 juicio oral

De 15 años de edad, expresa tener un trato agradable con su mamá y relación ausente con su papá, su mamá es la figura de autoridad.

Comenta que convivió con su abuelita por un año y también iba en vacaciones, que allí conoció a APOLINAR, que este la miraba de manera morbosa, que en una época en la que estaba de vacaciones este empezó a tocarla en sus partes íntimas, que le tocaba los senos, le metía las manos en la vagina e intentaba meterle el pene pero ella no se dejaba, que eso ocurrió varias veces en la cocina de la casa de su abuelita, que ella se le escondía en un monte aledaño y que el sujeto vivía a dos kilómetros aproximadamente de la casa de la abuelita.

Indica que APOLINAR la tocó más de cinco veces en la cocina de la casa y en el monte, le bajaba los pantalones y le quitaba la camiseta, la besaba, la acariciaba y trataba de meterle el pene pero ella no se dejaba, le tapaba la boca y nunca le ofreció nada a cambio, no recuerda el grado que cursaba para la época de los hechos pero tenía entre 7 y 10 años

Indica que le contó de esos hechos a su abuelita MARÍA ISABEL, quien a su vez le comentó a su mamá, que en su colegio en el grado octavo recibió orientación de tipo sexual, que para la época en que sucedieron los hechos ella convivía con su abuela y posteriormente regresó en temporada de vacaciones, tiempo en el que también se ejecutaron los abusos. Asegura que en cada una de las oportunidades en las que ha comentado los hechos ante las autoridades ha dicho la verdad, que dejó pasar bastante tiempo para informar lo que APOLINAR le hacía porque tuvo mucho miedo y no sabía qué hacer, que nadie le dijo lo que debía decir y que no le comentó a ninguna otra persona lo sucedido.

iii) VICTOR ALFONSO RODRÍGUEZ LÓPEZ¹³: patrullero de la Policía Nacional, investigador adscrito a CAIVAS, manifiesta que adelantó actividades

¹³ Hora1 Min 53 aud_2 Juicio Oral

investigativas en cumplimiento del programa metodológico en este caso, en ejecución de esas labores realizó una entrevista forense a la menor L.M.G.M. en presencia de la defensora de familia en cuya ejecución empleó el protocolo SATAC, en la entrevista realizada a la menor el 18 de noviembre de 2011 ella hizo un relato sobre los tocamientos de los que fue víctima y se le da lectura. Indica que en la entrevista se trabajan los conceptos de verdad y mentira, se sensibiliza a la menor con ejemplos y se verificó que identificaba esos conceptos.

Acota que al informe anexó el acta de consentimiento de la progenitora de la menor y figura anatómica en la que la menor señaló con un círculo las partes íntimas tanto del hombre como de la mujer.

Con su testimonio se incorpora el informe de investigador de campo de fecha 18 de noviembre de 2011¹⁴.

En el contrainterrogatorio¹⁵ declara que recibió capacitación para entrevista forense para menores con duración de 40 horas, solo hizo un ciclo de los dos que comprende, y que en ejecución del informe no plasmó las técnicas utilizadas para determinar los conceptos de verdad y mentira, que en su informe hace una síntesis de la entrevista y que con antelación a la misma no tomó datos para formular las preguntas que allí se hicieron. Se hace una lectura textual del acápite en el que se consignó el objetivo de las diligencias referidas en el informe de investigador de campo de 18 de noviembre de 2011, explica que el objetivo principal era aclarar los hechos de la denuncia a fin de determinar si se trataba de actos o acceso y en el informe simplemente plasmó lo dicho por la menor.

Afirma que el hecho de no haber agotado los dos ciclos de capacitación no le impide efectuar las entrevistas SATAC, pues con el primero de ellos se está en condiciones para efectuarlas y se le acreditó con el respectivo diploma para

¹⁴ FI 251-261

¹⁵ Hora 2 Min 34 Aud_ 2

ejecutar esta tarea, indica que en estas entrevistas no tiene la obligación de aplicar técnica alguna para introducir los conceptos de verdad y mentira ya que mediante ejemplos se busca sensibilizar a la menor para que declare con la verdad.

iv) MARIA PATRICIA GÓMEZ BOHORQUEZ¹⁶: Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adscrita a CAIVAS desde el año 2009, con su testimonio se incorpora una entrevista tomada el 04 de febrero de 2010 a la menor L.M.G.M. quien relató un delito sexual ocurrido en el municipio de Chiquiza en casa de su abuelita.

Relata que la menor tenía conflictos con su progenitor, que en su hogar existía algún tipo de violencia intrafamiliar lo que condujo a la separación de los padres y que de manera provisional la menor viviera con una de sus tías.

Arguye que la menor refirió que el presunto agresor le tocaba la cola, los senos y la vagina, que esos hechos ocurrieron cuando ella tenía aproximadamente siete años de edad, que fueron unas 5 veces en dos lugares diferentes, uno de ellos la cocina de la casa de su abuelita, la niña dijo que el abusador era POLO el esposo de una de sus tías, que el agresor esperaba a que su abuelita se alejara de la casa para buscarla, bajarle los pantalones e introducirle el pene en la vagina, que luego de aplicar un test de verdad y mentira pudo verificar que la menor identificaba estos conceptos.

Se hace lectura de la entrevista rendida por la menor el 04 de febrero de 2010.

En el contrainterrogatorio¹⁷ dice que previa a la realización de la entrevista la fiscalía le remitió la noticia criminal, que no dio lectura de ella para realizar esa diligencia, pues su objetivo era establecer las circunstancias de modo,

¹⁶ Min 5:40 Aud_

¹⁷ Min 36 seg 50 Aud _1 juicio oral.

tiempo y lugar del presunto delito sexual, y que en desarrollo de la entrevista no le preguntó a la niña por el nombre de una prima a la que "POLO" también había intentado abusar.

v) SONIA YOLANDA CORDERO¹⁸: Psicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Boyacá, desde hace 4 años 5 meses.

Recuerda haber practicado un examen psicológico forense a la menor L.M.G.M. por episodios de abuso sexual por parte del esposo de una familiar hacia la edad de los nueve años, época para la cual vivía en la casa de su abuela materna, la niña hizo relación a situaciones de violación, contacto del pene del agresor con su vagina, besos y caricias sobre partes íntimas, además refirió la persistencia de estados depresivos, sentimientos de vergüenza y desconfianza hacia las demás personas en especial hacia la figura masculina.

Manifiesta que los anteriores síntomas de acuerdo con la literatura e investigaciones científicas se encuentran asociados a víctimas de abuso sexual, aunque, en los menores escolares es común encontrar ansiedad, síntomas depresivos, cambios comportamentales, dificultades en la socialización, y conductas agresivas. Explica que cuando se habla de cambios comportamentales se hace referencia a aquellos que se producen en el comportamiento habitual.

Precisa que pudo establecer que la niña provenía de una familia monoparental materna, convivía con su hermano menor y su mamá, la separación de los padres se dio por episodios de violencia intrafamiliar por parte de su progenitor, la niña tiene una relación disfuncional con su padre y por un periodo de un año convivió con sus abuelos maternos.

¹⁸ Min 58:04 Aud_1

Dice que relacionó la sintomatología con los hechos delictivos y no con las dificultades familiares a partir del estudio del comportamiento de la menor antes, durante y después de los hechos, pero no se descarta la relación conflictiva con su padre. Manifiesta que la sintomatología se detectó luego de sucedidos los hechos, que la menor refirió cambios que se generaron con posterioridad a ellos, por lo tanto, se hace una descripción global del comportamiento previo, es decir la preexistente dinámica familiar disfuncional y aquellos cambios que se dan con posterioridad de tipo depresivo, aislamiento y de desmotivación, que siguen presentes al momento de la valoración.

Indica que la sintomatología de abuso sexual está asociada a diferentes factores de tipo individual los cuales dependen de las características del examinado, la edad en la que ocurrieron los abusos, la forma en la que la víctima asume los abusos, los mecanismos de defensa que emplea para afrontar la situación, el tipo de abuso es decir si son tocamientos o si se llega a la penetración, la frecuencia de la situación, la relación con el agresor e igualmente el tiempo que ha transcurrido entre el abuso y la valoración.

Dice que en su exploración hizo análisis del desempeño escolar de la niña, supo que para la época en que cursó la primaria no presentaba dificultades en el estudio, ni en las relaciones con sus profesores y compañeros, sin embargo, para el momento de la valoración ella refirió que se encontraba desmotivada, había bajado su rendimiento académico, pese a que para el momento de la valoración supo que la niña había recibido ayuda psicoterapéutica.

Acota que los menores tardan en revelar este tipo de abusos por temor a que no se les crea, a las amenazas que les hace el agresor, a desestructurar la familia, ya que por lo general el agresor es un conocido del menor, situaciones que han sido descritas en la dinámica de victimización.

Manifiesta que entrevistó a la madre de L.M. quien ratificó los cambios comportamentales de su hija, es decir de tipo depresivo, irritabilidad, desmotivación y que para su trabajo forense conoció de unas entrevistas realizadas a la niña, su abuela y su progenitora.

Estima que el relato de la menor ofrece coherencia tanto interna como externa, es espontáneo y los cambios emocionales son congruentes con lo que relata y existe consistencia entre las versiones que previamente había rendido. Argumenta que la diferencia en el relato de la menor L.M. respecto de las primeras versiones cuando dijo que el agresor le metía el pene en la vagina y la que le ofreció cuando ella la entrevistó, cuando expresó que el acusado intentaba meterle el pene, puede explicarse porque en el momento del abuso la niña tenía aproximadamente 9 años y para el momento de la valoración 13 años, lo que hace que en el tiempo transcurrido su desarrollo cognitivo avance. Asegura que el conocimiento de un menor de nueve años es concreto y su descripción se basa en lo que percibe a través de los sentidos, en lo que ve, siente o palpa; en cambio, ya después de los 12 años, poseen un conocimiento más abstracto, ya han recibido orientación sexual, entienden otro tipo conceptos.

Al contrainterrogatorio¹⁹ dice que la pericia psicológica es de probabilidad, que la sintomatología depresiva y de desconfianza de la niña estaba asociada al abuso sexual, y aunque existía una situación de disfunción familiar la cual también puede generar síntomas depresivos, para el caso no fue esta situación la que generó su comportamiento. Aclara que la menor no dio la fecha del acaecimiento de los hechos pero manifestó que se habían dado tres años atrás, dice que entre la entrevista realizada por el ICBF y su pericia pasó un año y algunos meses y es posible que se puedan presentar cambios en el relato.

¹⁹ Aud_1 Hora 1 min 44 juicio oral

En el redirecto²⁰ expresa que a pesar de haber realizado una sola entrevista, se apoyó en las demás que fueron allegadas siendo información suficiente para realizar su pericia, que no existe contradicción cuando en un primer momento la menor dice que el agresor le había introducido el pene y luego dice que trató de meterle el pene en su vagina, pues se mantiene el contenido nuclear de los hechos, describe al mismo agresor y una serie de circunstancias concordantes, entre ellos los vocablos, los lugares, el tiempo, es decir que esos aspectos básicos se conservan. Itera que si la menor para la época en que ocurrieron los abusos tenía 9 años, era lógico que empleara los términos que inicialmente utilizó, pues el término penetrar es una palabra más elaborado que pudo haber percibido en desarrollo del proceso judicial, pero por lo general los menores usan el término “meter”, no penetrar. Dice que en menores entre los 9 y los 12 años la descripción de un suceso depende de lo que el niño perciba, por tanto, la descripción de la menor pudo referirse a que el agresor le metió el pene entre las piernas, cerca de la vagina y así lo percibió, por ello así lo describe.

vi) GRATINIANO AMADO MOLINA:²¹ agricultor, conoce a APOLINAR GARCÍA QUINTERO por ser su cuñado ya que está casado con su hermana GRACIELA, que el predio en el que habitaba en San Pedro de Iguaque era de propiedad de sus padres y que fue repartido hace 6 años como herencia entre todos sus hermanos sin inconveniente alguno, que la relación con APOLINAR es buena al igual que con su cuñada MARÍA ISABEL (abuela de L.M.)

Manifiesta que no le consta nada sobre hechos, que supo a los pocos días que se conocieron porque los hijos de APOLINAR le comentaron que MARIA ISABEL había denunciado a su progenitor por haber violado a su nieta, que conoce a L.M. y al papá de ella ARÍSTIDES GARCÍA.

²⁰ Aud_1 Hora 2 min 04 juicio oral

²¹ Aud_1 Hora 2 min 16 juicio oral

Al testigo se le pone de presente una entrevista rendida el 13 de agosto de 2012 en la que manifestó que ARÍSTIDES GARCÍA le había dicho que el acusado no había violado la niña, y al respecto anota que en efecto ARÍSTIDES le comentó que POLO no había violado a la niña, que ERESMILDA, ANA ELSA y FABIO habían dicho que era él (Arístides) quien la había violado, e indica que no sabe si entre ERESMILDA y ARÍSTIDES (padres de L.M.) existían problemas.

En el contrainterrogatorio dice que hace 15 años se fue de la vereda Turmal, confrontado con otro aparte de la entrevista citada, en la que manifestó que MARÍA ISABEL BARRAGÁN y APOLINAR tenían buenas relaciones, incluso son compadres, pero que ella era muy chismosa y que había tenido problemas con "*todo el mundo en Iguaque*", aduce que de años atrás a los hechos los vecinos les comentaban que su cuñada y su hermano los demandaban por todo, aunque itera que él no ha tenido problemas de ningún tipo con ella y que ha escuchado que ella quedó inconforme con el reparto de las tierras.

Manifiesta que le consta que MARÍA ISABEL dañó las relaciones afectivas entre sus hermanos y las de APOLINAR con su esposa por ser chismosa y conflictiva,

y por el señalamiento de violación en contra de este, al cual no encuentra creíble por la edad del hombre y dice que las relaciones entre MARÍA ISABEL y APOLINAR se deterioraron desde el reparto de las tierras.

vii) JOSE OMAR GARCIA²²: agricultor, hijo del acusado y de GRACIELA AMADO, conoce a ARÍSTIDES GARCÍA desde hace aproximadamente 10 años, sabe que es el padre de la menor L.M., comenta que este lo llamó para hablarle de los hechos, reconoce que rindió una entrevista el 22 de mayo de 2012 de la cual hace lectura, recuerda que ARÍSTIDES le contó que lo de la violación era falso y que a él también lo acusaban del mismo delito.

²² Aud_1hora 2:min 57 seg 51

Precisa que la denunciante MARIA ISABEL, a la que tilda de conflictiva, de un tiempo empezó a tenerles bronca, que los problemas con ella se generaron 6 años atrás por una herencia que les dejaron sus abuelos, pues en el reparto a su mamá le correspondió uno de los mejores lotes y por ello se deterioró la relación, reconoce que su papá visitaba la casa de aquella porque allí había una tienda y que antes de los hechos nunca tuvo problemas con ella.

viii) ERESMILDA MOLINA BARRAGAN²³: Madre de la menor L.M, con su testimonio se incorpora la noticia criminal de 05 de enero de 2010, relata que su hija le comentó sobre los hechos que el acusado esperaba que su abuela saliera a ver del ganado y que ella quedara sola para llegar, le bajaba la ropa interior y le hacía cosas, le metía el “cosito” dentro de la vagina, le tapaba la boca y le decía que no le fuera a contar a nadie, y que cuando tenía que salir a realizar diversos “mandados” le hacía lo mismo, que la niña le contó inicialmente a la abuela lo sucedido porque para la época vivía en casa de esta, y que el acusado llegaba a allá por ser compadre.

Afirma que generalmente la niña pasaba vacaciones con su abuela en junio y diciembre pero los hechos sucedieron antes, que los mismos se ejecutaron en la casa de su mamá en la vereda el Turmal, que el acusado es el esposo de su tía GRACIELA y además es compadre de sus progenitores, que mantenía buena relación con este, que para la época de los hechos ella se había ido a vivir al municipio de Villa de Leyva con el padre de sus hijos, que no recuerda si fue para el mes de mayo de 2006 o 2007 y que en todo caso, según le contó la niña, los hechos ocurrieron en esa época.

Rememora que su mamá le comentó lo sucedido y le advirtió que esa situación no debía quedarse así, que decidió poner la denuncia sin comentarle sobre esta situación al padre de la niña ya que se encontraban separados y que ni la niña ni la abuela hablaron con Arístides García de la situación, que desde

²³ Aud_1 Juicio oral 10 de septiembre de 2013 min 17 seg 31

el año 2009 no se ve con este y que no ha tenido contacto con su familia, que le reclamó a su mamá por haber dejado sola a la menor pero ella le dijo que jamás había imaginado una situación semejante, que el acusado visitaba la casa de su mamá a diario cuando pasaba a revisar su ganado y en ocasiones dejaba las cantinas de la leche y que le consta que este entraba a la casa de sus padres y era bien atendido, que la niña le dijo que los abusos se habían ejecutado en cinco oportunidades, que no había contado antes ya que temía a que a su abuelita le pasara algo por sus dolencias.

Su hija L.M. le narró que el acusado entraba a la cocina de la casa de su abuela, le tapaba la boca, le bajaba la ropa interior y que le metía una "cosa" en su vagina, y agrega que la niña le dijo que en alguna ocasión la habían mandado a un quehacer a la casa de aquel y le había hecho lo mismo en la casa de paja y que en otra ocasión en que estaba viendo de unos terneros aprovechó para llevársela debajo de unas matas.

Atesta que ella visitaba la casa de APOLINAR, que en alguna ocasión los invitaron a desayunar, pero la menor dijo que no quería compartir con esa gente y que no quería ver a ese señor, sin ella sospechar de la situación, que el comportamiento de la niña en el año 2007 se mostraba tímido, triste y expresaba sentimientos de rabia por haberla dejado con su abuela.

Dice que mantenía buena relación con su tía GRACIELA pero luego de la denuncia no volvió a la casa de ellos, que la niña para la época de los abusos tenía aproximadamente 9 años y que cursaba cuarto de primaria.

Reconoce que la menor le temía al papá porque era agresivo con ella, que a la fecha está recibiendo tratamiento psicoterapéutico, que ha observado progreso en su comportamiento y que se encuentra estudiando décimo grado y que cree en su hija porque no dice mentiras y que la niña le advirtió que si ella no hacía nada lo haría por su cuenta.

Al contrainterrogatorio²⁴ se le pone de presente la entrevista rendida el 16 de mayo de 2010 de la que extrae lo siguiente: *"yo me entere el 04 de enero de 2010 cuando estaba trabajando en Villa de Leyva por una llamada que me hizo mi hermana Ana Elsa Molina..."*, para confrontarla con su dicho en audiencia de que se enteró por boca de su mamá y responde que seguramente, según la entrevista, fue su hermana quien primero se lo comentó. Anota que para la época en la que la niña contó lo sucedido tenía aproximadamente 12 años, que su hija siempre dice la verdad, y la defensa para impugnar su credibilidad le hace leer un aparte de la entrevista que reza *"..ella iba y le marcaba a la abuelita y le decía le tengo que contar una cosita le voy a contar una cosita y no le decía nada, le decía mentiras y le hablaba otras cosas"*

Precisa que fue para el año 2009 que su tía Graciela la invitó a desayunar y que la niña le dijo que no quería ir a donde esa plaga y que en ese momento no se había presentado la denuncia, que la menor cuando vivió con la abuela estudiaba en horas de la mañana, que la abuela tenía una tienda pequeña y se dedicaba a la agricultura y al cuidado de sus vacas.

En el redirecto dice que pese a que manifestó que se había enterado por su mamá sobre lo sucedido y luego que por una llamada de su hermana, en realidad ocurrió que se enteró fue por su mamá de todo lo sucedido, con ocasión a la llamada que previamente le había hecho su hermana.

Explica que para la época en la que la niña decide hablar de los abusos – diciembre de 2009 -convivía con ella, no obstante, la revelación fue hecha en un momento en el que estaba pasando vacaciones donde la abuela, y aclara que la expresión *"ella iba y le marcaba a la abuelita y le decía le tengo que contar una cosita le voy a contar una cosita y no le decía nada, le decía mentiras y le hablaba otras cosas"*, obedece a que la menor quería

²⁴ Aud_1 Juicio oral 10 de septiembre de 2013 hora 1 min 8 seg 31

comentarle sobre la situación que la afectaba, pero al final terminaba diciéndole otras cosas.

Precisa que para la época de vacaciones a la que hace referencia, la niña tenía 12 años es decir para el año 2009, tiempo en el que ya se habían ejecutado las conductas abusivas²⁵.

ix) ARGEMIRO PINEDA ARANGO²⁶: Médico Especializado Forense vinculado al Instituto Nacional de Medicina Legal desde hace 13 años, fue el encargado de practicar el 06 de enero de 2010 el examen médico legal sexológico a L.M.G.M., el cual se incorpora con su testimonio²⁷.

Indica que al examen se determinó que la menor no había perdido la virginidad, lo cual no concordaba con lo manifestado en la anamnesis, aunque, explica que la niña dijo que los hechos habían sucedido tres años atrás, cuando tenía nueve años, y que en ocasiones los niños pueden interpretar erróneamente el término meter o introducir, pues no tienen un lenguaje que pueda identificar las diversas situaciones relacionadas con su cuerpo y por ello la niña pudo haber descrito de esa manera los hechos, lo que no indica que por sí mismo el niño este mintiendo.

En el contrainterrogatorio manifiesta que no halló huellas de lesiones en el área genital de la menor L.M., que esta tenía un himen no elástico, es decir que la niña no fue penetrada, y que los hallazgos obtenidos no son compatibles con lo ilustrado por la niña, quien refirió que un compadre de sus abuelos le había metido el pene.

En el redirecto indica que es posible que el pene entre hasta antes del himen ya que los genitales de la mujer están conformado por los órganos externos, es decir, los labios mayores y menores, el capuchón del clítoris, el clítoris y

²⁵ Aud_1 Juicio oral 10 de septiembre de 2013 hora 1 min 38 seg 43

²⁶ Aud_1 Juicio oral 10 de septiembre de 2013 hora 1 min 43 seg 249

²⁷ Fl. 315

al separar los labios mayores de los menores se encuentra el introito vaginal y la vagina donde está el himen, por ello, no tiene que existir penetración hasta el fondo para que la menor se sienta penetrada, y aunque el himen se encuentre íntegro no se puede descartar maniobras de otro tipo a ese nivel.

Admite que no puede determinar si a la menor le introdujeron el pene, un objeto o un dedo, que no practicó examen a la niña para establecer la distancia de la parte genital al himen.

x) ROSALBINA LÓPEZ QUINTERO²⁸: Residente de la vereda el Turmal de Chiquiza, allí vive hace 30 años, ha tenido buenas relaciones con el acusado, atesta que no le consta nada sobre los hechos que se le atribuyen y afirma que en alguna oportunidad tuvo un inconveniente con los esposos FLORENTINO MOLINA e ISABEL BARRAGÁN por la muerte de un caballo.

Menciona que conoce a la menor L.M. porque estudiaba con sus hijos en la escuela de la vereda y vivió en casa de FLORENTINO cuando estaba pequeña, que cursó hasta tercer grado en la escuela de la vereda, época en la que los padres de la niña vivían allí.

En el contrainterrogatorio dice que no frecuentaba la casa de FLORENTINO, que no tiene trato con ellos, se le pone de presente entrevista rendida el 28 de julio de 2012 para confrontarla con su afirmación de que no sabe del reparto de tierras entre los herederos de la esposa de FLORENTINO, allí a la pregunta de si sabía de conflictos en la relación de familia del acusado e ISABEL BARRAGAN respondió *"yo creo que por lo de la esposa de don APOLINAR le dieron un lote bonito y al esposo de ella si no le dieron ese lote y por eso es la envidia con don POLO y eso fue lo que le dio rabia a la señora Isabel y a lo mejor manipuló a la niña para que dijera eso y después que la niña lo dijo pensó que eso era como ir al pueblo y lo citaban y ya pero no se imaginó el problema tan grande que se venía.*

²⁸ Aud_1 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 min 09 seg 48

Igualmente frente *a la relación entre la abuela y la nieta L.M.* de la que en entrevista dijo “...yo oía que ella le decía palabras groseras como “perra” y “malparida” váyase para la casa y le pegó con una vara y que la manipulaba porque yo sabía que la mandaba hacer males porque ella no los hacía” responde

que lo leído anteriormente fue lo que dijo al investigador de la defensa pero que no le constan los problemas relacionados con el lote ni la situación de envidia a la que hizo referencia así como tampoco que hayan manipulado a la niña, pero si presencio un día esas expresiones de la abuela a L.M. y que no le consta nada más, aunque sí que hubo un cambio en las relaciones familiares después de la distribución de las tierras.

xi) FLORENTINO MOLINA²⁹: Agricultor, esposo de MARÍA ISABEL BARRAGÁN, abuelo materno de L.M. quien ha vivido con ellos desde pequeña, conoce al acusado por ser su cuñado al estar casado con su hermana GRACIELA, con ellos mantenían buenas relaciones, atesta que recibió unas tierras por herencia de sus padres sin que se presentaran inconvenientes.

xii) JORGE EUGENIO AMADO LÓPEZ³⁰: agricultor, habitante de la vereda Turmal, conoce al acusado hace 45 años, y a los esposos Isabel Barragán y Florentino Molina, dice que ISABEL BARRAGÁN tenía una tienda, la describe como una persona conflictiva, que quince años atrás la relación de ella y su esposo con la familia del acusado era muy buena, pero, con ocasión al reparto de unas tierras heredadas se deterioró, supuestamente porque a la señora GRACIELA, la esposa de APOLINAR, le correspondió un mejor lote, precisando que el reparto se realizó hace cinco o seis años aproximadamente.

Al contrainterrogatorio admite que no le consta si los disgustos entre estas dos familias se dio dado con ocasión al reparto de las tierras, y agrega que aparentemente no había otra situación que generara el distanciamiento entre la familia de APOLINAR y MARIA ISABEL.

²⁹ Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 min 02 seg 42

³⁰ Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 min 16 seg 28

xiii) LUIS ANIBAL SÚAREZ MOLINA³¹: agricultor de 35 años de edad, conoce al acusado hace aproximadamente 30 años porque trabaja en la finca de su padre, y por igual tiempo dice conocer a MARIA ISABEL BARRAGÁN, a quien califica de ser grosera, que las relaciones entre la familia de esta y la de APOLINAR eran buenas, pero, cambiaron hace 5 o 6 años con ocasión al reparto de una herencia, que él escuchó a la mencionada quejarse por las tierras que le asignaron.

En el contrainterrogatorio aduce que no recuerda la fecha en la que MARÍA ISABEL dijo en su tienda que quería denunciar a POLO y que no les consta si ella fue la denunciante en este caso, que no sabe con exactitud la fecha en que suceden los hechos materia de investigación.

Se le pone de presente entrevista rendida el 28 de julio de 2012 en la que expresa su opinión respecto a que la denuncia interpuesta por la señora MARIA ISABEL obedece a una manipulación sobre la niña y cree que está motivada en la inconformidad por la distribución de la herencia y se ratifica en lo dicho.

xiv) BLANCA LETICIA RUÍZ³²: Indica que conoce al acusado del que tiene buena opinión y a MARIA ISABEL BARRAGAN, de la cual refiere su carácter conflictivo.

Sabe que en la familia de GRACIELA AMADO, esposa de APOLINAR, se repartió como herencia unos lotes en la vereda el Turmal hace unos 5 o 6 años, que no le consta nada sobre problemas entre los herederos, que no estuvo en el reparto de tierras, que no ha tenido problemas personales con la señora ISABEL BARRAGAN y que no le consta nada de lo sucedido con la menor L.M..

³¹ Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 min 45 seg 47

³² Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 hora 1 min 11 seg 09

xv) LUIS ENRIQUE BERNAL RODRIGUEZ³³: Investigador privado, técnico jurídico con énfasis en criminalista y técnico en procedimientos judiciales, se encargó de adelantar para la defensa la investigación del caso y rindió un informe, realizó una serie de entrevistas y labores de vecindario sobre el comportamiento de APOLINAR GARCIA QUINTERO, del cual pudo concluir que era una buena persona, respetuoso, trabajador y con buenas relaciones con sus vecinos.

En el contrainterrogatorio admite que no tiene estudios en perfilación criminal.

xvi) CONSTANZA CUERVO VARGAS³⁴: Psicóloga, con postgrado en psicología jurídica y forense, participó en una entrevista realizada por la Defensora de Familia a la menor L.M. el 04 de febrero de 2010, en la misma no se empleó protocolo psicoterapéutico ni ella actuó como perito forense, su tarea era acompañar para el evento en que se hiciera necesaria su intervención, lo cual no sucedió. Reconoce que en la entrevista no se consignó acápite sobre el lenguaje no verbal porque no se trataba de una evaluación psicológica, que la Defensora de Familia aplicó un test de verdad y mentira el cual no obra en la entrevista, que según la niña las relaciones con su padre eran malas, y que no se hicieron preguntas aclaratorias porque la idea era que la menor narrara libremente la situación.

Refiere que se indagó a la niña por los hechos y esta de manera precisa dijo que “el señor le metía el pene”, que la niña intentó explicar lo ocurrido, que la menor describió a “POLO” como un hombre mono, los ojos arrugados, como 60 o 50 años.

³³ Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 hora 1 min 40 seg 00

³⁴ Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 hora 2 min 10 seg 08

Explica que no se aplicó un protocolo en la entrevista ya que para esa época el ICBF no los aplicaba sino que se trataba de un proceso de restablecimiento de derechos.

xvii) ARTURO SIERRA CAICEDO³⁵: médico urólogo, especialista en radiología y sub-especialidad en ecografía diagnóstica.

Afirma que APOLINAR GARCIA fue su paciente, que presentaba un síndrome obstructivo bajo urinario y que decía sufrir una disfunción eréctil, la que puede ser total o parcial, que en sujetos que superan los 50 años la erección se da en espacios entre una a otra de 12 a 24 horas, pero que no se ha perdido, y que puntualiza que es muy difícil determinar a simple vista si un paciente sufre de disfunción eréctil o no y advierte que no se practicó ningún tipo de examen, para avalar tal conclusión.

En el contrainterrogatorio sostiene que hay erecciones totales o parciales, que no pudo ubicar a APOLINAR en ninguno de los grados de disfunción que existen, que el paciente pudo mentir en ese aspecto ya que no hubo forma de comprobar la situación, que en pacientes de la edad de APOLINAR es posible la erección y que no recuerda la fecha en la que lo valoró, pero sí que iba acompañado por el INPEC y la defensora.

Se le pone de presente la valoración urológica efectuada al acusado y es enfático en que no conoció los hechos investigados y advierte que lo consignado en el documento en cuanto a que había conocido previamente una documentación al respecto es falso, que esa es una anotación plasmada por la defensora y que él solo firmó y recalca que la defensora llevaba hecha la pericia que el firmó

³⁵ Aud_2 Juicio oral 11 de septiembre de 2013 hora 2 min 40 seg 41

Manifiesta que APOLINAR GARCIA se encuentra dentro del rango de las personas de la tercera edad que difícilmente pueden obtener una erección, sin embargo, existe posibilidad de que puedan obtenerla.

En el redirecto dice que la defensa le hizo manifestaciones sobre los hechos y que no recuerda si le prestó la historia clínica.

xviii) LAURA GIOMAR MENDEZ PEREZ³⁶: Psicóloga especialista en psicología jurídica y forense, con su testimonio se incorpora la valoración psicológica de 16 de mayo de 2012 practicada al acusado con el fin de construir su perfil psicológico.

En relación a esa valoración dice que hizo un estudio de los documentos de la carpeta procesal, que usó una entrevista semi-estructurada e hizo un análisis sobre la concordancia entre las expresiones físicas del paciente y lo dicho por este. Explica que existen ciertas características que poseen los agresores sexuales, pero que el hallazgo de uno solo de esos rasgos no permite determinar que una persona se profile como abusador sexual, pues puede que algunas de las características encontradas respondan al ambiente en el que ha vivido y a las respuestas comportamentales de una persona que viene del campo.

Al contrainterrogatorio señala que dentro de su informe no plasmó lo relacionado con el perfil criminal, que conoció el expediente de los hechos, que entre estos y la valoración psicológica trascurrieron cuatro años y que su estudio estuvo basado en la manifestación del examinado.

xix) GRACIELA GARCIA AMADO³⁷: Hija del acusado, residente en Funza, conoce a la niña L.G. porque iba a la vereda en época de vacaciones, afirma que su padre no frecuentaba la casa de ISABEL BARRAGAN, que seis años

³⁶ Aud_3 Juicio oral 12 de septiembre de 2013 min 07 seg 35

³⁷ Aud_5 Juicio oral 12 de septiembre de 2013 min 05 seg 36

atrás había buena relación entre la familia de esta y la suya pero se deterioró por un reparto de tierras que dejaron sus abuelos maternos, que le costa que ISABEL se refería hacia sus padres y hermanos como unos "plagos" y admite que no le consta nada sobre los hechos.

Al contrainterrogatorio dice que vive hace 15 años en Funza, que visitaba a sus padres en los meses de junio o diciembre, que la mayor parte del tiempo sus padres la pasaban en Funza, que no le consta si su padre iba a casa de Isabel y Florentino ni tampoco lo que hacía en la vereda el Turmal.

xx) De las pruebas documentales.

a) Informe de investigador de campo de 18 de noviembre de 2011, suscrito por el Patrullero Víctor Alonso Rodríguez López³⁸ que tiene como anexo la entrevista realizada a la menor L.M. el 10 de noviembre de 2011 en la que la niña manifestó que los abusos ejecutados por Polo García, el esposo de su tía Graciela, iniciaron un día en que el mencionado llegó a la casa de su abuela en búsqueda de una cantina, como su ascendente no estaba el sujeto la arrinconó en la cocina, la sometió a tocamientos en el pecho y la vagina, la besó, trató de meterle el pene y ese tipo de episodios sucedió otras veces, por lo menos cinco, se ejecutaban en la casa de su abuela, en el monte y en alguna ocasión en la casa de su tía Graciela cuando la enviaron a hacer un mandado y ella no estaba y que estos sucesos habían sucedido tres años atrás y agrega que ella le había pedido al acusado que la dejara quieta, que no quería que la molestara más y que cuando este se enteró que ella le había contado a la familia ahí si se puso a llorar y a suplicar y a decir que lo ocurrido era mentira.

b) Entrevista de 4 de febrero de 2010 a la menor L.M. con 12 años de edad para ese momento³⁹, efectuada por la Defensora de Familia MARÍA PATRICIA GÓMEZ, con apoyo de la psicóloga CONSTANZA CUERVO, se consigna que

³⁸ FI 252 -261 Cuad Fallador

³⁹ Folios 264-267 Cuad Fallador.

se realizó un test de verdad y mentira y uno sobre las partes del cuerpo que la menor respondió favorablemente.

La entrevistada afirma que fue abusada por "Polo", el esposo de su tía Graciela, quien la cogía y le metía el pene, que esos actos se habían realizado tres años atrás, que todo había comenzado en una época en la que ella estuvo de vacaciones en casa de su abuela en Chiquiza y que ella tenía aproximadamente siete años pero no recuerda la fecha, cuenta que "POLO" le bajaba los pantalones y le metía el pene por la vagina, que le daba besos en la boca, que esto sucedió varias veces en la casa cuando la abuela la dejaba sola, otras veces en el camino y pasados tres años decidió contarle a su abuelita y es enfática que aunque el acusado ha dicho que eso es mentira es la verdad, que ella no es una mentirosa y que eso no tiene que ver con la separación de sus padres.

c) Formato de Noticia Criminal de 05 de enero de 2010⁴⁰, siendo denunciante ERESMILDA MOLINA BARRAGAN, madre de la menor L.M.G.M., y denunciado DIEGO APOLINAR GARCÍA QUINTERO.

La denunciante dice que se enteró de los hechos el día anterior por intermedio de su progenitora MARIA ISABEL BARRAGAN, quien le comentó que la niña le había relatado que el denunciado llegaba a la casa y cuando la encontraba sola abusaba de ella, que eso ocurrió cinco veces. Cuando ella directamente le preguntó a su hija por los hechos se los confirmó, le dijo que APOLINAR le bajaba sus prendas, le introducía el pene, que no había comentado nada porque temía por la salud de su abuelita y porque su papá se enterara ya que era muy violento y que no recordaba fechas, pero se conocieron en el año 2009 y que habían ocurrido desde hace tres años

Señala que la niña para la época de los sucesos vivía en la vereda Turmal de Chiquiza con sus abuelos y cursaba el grado cuarto.

⁴⁰ Folios 310-314 Cuad Fallador.

d) Informe Técnico Médico Legal Sexológico de 6 de enero de 2010, realizado a la menor L.M.G.M., con 12 años de edad, por el médico forense ARGEMIRO PINEDA ARANGO.

Se concluye que al examen genital y extragenital no presenta huellas de lesiones reciente, presenta himen circular central íntegro indicativo de que no ha sido desflorada, ano de tono y forma normal, y que los hallazgos negativos no permiten descartar maniobras a este nivel.

e) Valoración psicológica realizada a APOLINAR GARCÍA QUINTERO, el 21 de mayo de 2012, por la psicóloga LAURA GUIOMAR MÉNDEZ PÉREZ⁴¹.

Se plasmaron las técnicas utilizadas para su elaboración, se concluye que el acusado se encontraba pasando por un episodio depresivo al verse privado de la libertad y se construye un perfil psicológico en el que se le describe como un hombre tranquilo, conservador, negativo a las relaciones interpersonales, con un desarrollo intelectual bajo y con un marcado vínculo afectivo con la familia.

I. La recurrente reprocha la valoración que hiciera el a quo de los medios de prueba practicados en el juicio, en particular la falta de idoneidad de los informes rendidos por los profesionales que abordaron a la menor en desarrollo del proceso investigativo, por carencia de técnica, análisis y criterios técnicos y científicos, y al respecto esta colegiatura hará las siguientes precisiones.

Sea lo primero indicar que es admisible el uso en el proceso penal de elementos probatorios obrantes en actuaciones administrativas y que tengan la capacidad de demostrar directa o indirectamente hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, o a la

⁴¹ Folios 316-320 Cuad Fallador.

identidad o a la responsabilidad penal del acusado o hacen más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, pues el nuestro es un sistema anclado en la libertad probatoria que permite la utilización de todos los medios probatorios obtenidos lícita o legalmente en procura de alcanzar la verdad material que debe fundar las decisiones de los administradores de justicia.

Estas entrevistas a menores podrán ser utilizados como prueba directa, en la medida en que el entrevistado corrobore en el desarrollo del juicio oral las versiones dadas en aquella ocasión, evento en el cual se entienden integrados a su testimonio, o, si por alguna circunstancia no puede contarse con su declaración o la versión es cambiada por una contraria, lo consignado en la entrevista podrá utilizarse como prueba de referencia admisible y podrá servir para nutrir el convencimiento del juez, en conjunción con el restante acervo probatorio.

Respecto al uso de las entrevistas y su valor probatorio ha sentado las siguientes reglas la jurisprudencia de la Corte Suprema⁴²:

- *"Aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio al indiciado no son pruebas por sí mismas porque se practican fuera del juicio, pueden servir en éste para refrescar la memoria del testigo (art. 392-d ibídem) o impugnar su credibilidad (arts. 347, 393-b y 403).*
- *Cuando la entrevista o la declaración se utilizan para refrescar memoria, bajo el supuesto de que el testigo no entra en contradicción con lo dicho en ella sino lo ratifica, la única consecuencia de su uso es tener en cuenta en la apreciación del testimonio el proceso de rememoración, criterio éste previsto para el examen de ese medio de prueba en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004.*

⁴² Corte Suprema, sentencia de 21 de octubre de 2009, R .31001. criterio expuesto además en sentencia de casación del 8 de noviembre de 2007 (radicación 26411) y en el auto de casación del 20 de mayo de 2009 (radicación 31127).

- *El legislador, al fijar las reglas del contrainterrogatorio, estableció en el citado artículo 393 que se puede emplear en su desarrollo cualquier exposición sobre los hechos realizada por el testigo en entrevista o en declaración jurada. Y para hacerse valer en el juicio las afirmaciones realizadas en ellas, conforme lo regula el artículo 347, deben leerse durante el interrogatorio. A través de éste mecanismo, sin embargo, esas entrevistas y declaraciones no adquieren el carácter de prueba autónoma e independiente pues su finalidad es introducir al juicio un elemento para ponderar la credibilidad del testigo.*
- *Es inadmisibles, no obstante lo afirmado, sustraer completamente al Juez del conocimiento obtenido a través de la entrevista o exposición anterior, cuando con su lectura y contradicción se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema acusatorio.*
- *Ahora bien: aunque conforme al último inciso del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, la información contenida en las entrevistas o declaraciones juradas no puede tenerse como prueba, se trata de una prohibición hecha por el legislador bajo el supuesto de que sobre ellas no hayan ejecutado las partes el derecho de contrainterrogar. Pero si lo han ejercido, las manifestaciones anteriores utilizadas para la impugnación de credibilidad se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción. Así quedan satisfechos, respecto al contenido de la exposición anterior, los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pudiendo en tales condiciones valorar el Juez la integridad de lo dicho.*

Lo declarado en el juicio oral –entonces–, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público”.

Adviértase que estos dichos por haber sido recopilados en trámites diferentes a los del proceso penal, en ningún momento pierden capacidad demostrativa o la posibilidad de ser incluidos en procesos de responsabilidad criminal, como

ocurriría con cualquier otra forma de evidencia, pues en principio el interés del Estado es la solución correcta del caso y para ello concede al administrador de justicia la potestad de arribar a la verdad por cualquier medio de convicción pertinente para alcanzar dicho cometido.

Así se entendió por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"En efecto, respecto a la libertad probatoria, el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 estatuye ese postulado, indicando que "los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos".

Así, entonces, el mencionado principio de libertad probatoria debe estudiarse bajo una doble perspectiva, a saber:

a) Que ley no impone la demostración de un hecho con un determinado elemento de juicio, y

b) Que el funcionario judicial goza de liberalidad de arribar a un conocimiento con cualquier elemento de convicción, sin que le sea dable exigir uno determinado para cumplir con la obligación de apreciar los medios de prueba, con respeto a los principios que rigen la sana crítica.

A su vez, el postulado de idoneidad de la prueba está referido a que una vez valorados los conceptos de pertinencia y utilidad, conforme a la actividad probatoria desplegada en el trámite del proceso, la probanza debe tener capacidad suficiente para demostrar el acontecer que interesa al objeto del debate en procura de arribar al conocimiento más allá de toda duda, con relación a la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado en orden a proferir un fallo de carácter condenatorio"⁴³.

⁴³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal M.P.: José Luis Barceló Camacho 18 de mayo de 2011. Rad. 35668

Para esta Sala, la posibilidad de utilizar todos los medios de convicción para la verificación de conductas como la investigada, evita la revictimización de los menores objeto de delitos sexuales, pues permite al aparato judicial valorar aquellas actuaciones que aunque periféricas al proceso penal, por su capacidad descriptiva y demostrativa en cuanto provienen del abordaje terapéutico primario de la víctima, permiten alcanzar el conocimiento requerido para la señalización de la responsabilidad penal, máxime cuando se trata de entrevistas a menores abusados sexualmente, porque no existe veda para su recepción ni para su uso en el juicio, ni se exige ningún tipo de técnica en particular, distinta a la que facilite al menor el tránsito narrativo hacia lo sucedido.

En cuanto al método utilizado por los profesionales de la psicología en la toma de declaraciones de menores, ha de tenerse en cuenta que pueden ser variados y diferentes, por tanto no puede considerarse uno en particular como el adecuado o idóneo para la regularidad del elemento probatorio ni para la demostración de los hechos y el tratamiento a seguir; por lo mismo, no puede tildarse de indebida la práctica de entrevistas semi-estructuradas, cuando son los expertos los que establecen el método o técnica adecuada.

En tal sentido se pronunció la H. Corte Constitucional, al dejar sin efectos una preclusión en un caso semejante al presente:

"Así pues, al tenor de las reglas de la sana crítica, son los profesionales de la salud, como cualquier perito, los que determinan qué técnicas utilizan pues son ellos quienes tienen los conocimientos que les permiten llegar a conclusiones que auxilian a la actividad judicial. Un sistema jurídico social y humanizado como el nuestro, que repara en la persecución del delito, no puede olvidar la situación del niño doliente. Martirizar con más preguntas a quien es ya hostigado con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, es violar flagrantemente los derechos de una niña de tres años que logró en ambas entrevistas, a su manera, y con sus propias palabras, aportar elementos útiles en la reconstrucción de lo sucedido. Pretender un interrogatorio

más exhaustivo es recorrer el laberinto de Dédalo, so pretexto de asegurar y corroborar lo sucedido; ello viola la Constitución y acentúa a la postre el proceso de revictimización de la menor”⁴⁴.

Así mismo, la impugnante alega que las entrevistas recaudadas no cumplen los requisitos propios de la cámara de Gesell o por un método semejante, lo que impide su valoración.

Atinente a ese tópico la Sala puntualiza que el hecho que no se hubiese acudido a determinados medios, como la grabación de la entrevista o el uso de la cámara de Gessell, no le resta validez a la práctica de la prueba, pues son solo instrumentos de soporte de la labor profesional del perito que está en libertad de usar cuando efectúa su trabajo de campo, además recuérdese que esta última se usa en el juicio⁴⁵ para evitar confrontar al menor víctima con su agresor, lo cual no ocurre cuando se entrevista a la víctima en actos de investigación.

Queda claro, entonces, que las entrevistas rendidas por la menor dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos pueden ser incluidas y valoradas dentro del proceso penal y estas tienen plena validez, por tanto, a la Sala le corresponde verificar si éstas junto a los demás elementos materiales de prueba son suficientes para demostrar la realización de los actos sexuales atribuidos al acusado.

Para la impugnante existen variados aspectos que llevarían a predicar la absolución del procesado GARCÍA QUINTERO, como lo son la falta de credibilidad de la menor víctima, la incapacidad demostrativa de las entrevistas semi-estructuradas practicadas en desarrollo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la ineficacia de las

⁴⁴ Corte Constitucional Sentencia T-078-10 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁵ Art. 194 C.I.A.

valoraciones psicológicas obtenidas en ejecución del proceso investigativo, entre otras.

Como se expusiera precedentemente, el artículo 193 del Código de Infancia y Adolescencia, al regular los procedimientos especiales cuando los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas de delitos, no contempla una modalidad de entrevista obligatoria para la recepción de su versión, por el contrario, en aras de su protección, se ha visto la necesidad de maltratar lo menos posible la psiquis de estos a fin de garantizar de la mejor manera el restablecimiento o sanidad de las secuelas producidas por la conducta criminal.

En ese orden, la Sala considera que las entrevistas semi-estructuradas recepcionadas al interior de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, una vez aducidas al trámite penal, sirven de medio de prueba para evaluar la responsabilidad criminal del presunto agresor, claro está aunadas a los demás medios probatorios que legalmente sean allegados al proceso, sin olvidar que conforme al artículo 381 del C.P.P. no se podrá fundar la sentencia de condena exclusivamente en prueba de referencia.

La realización de otro tipo de entrevistas como la forense, aunque puedan resultar más especializadas para efectos judiciales, no cumplen la doble función que pueden ejercer las entrevistas adelantadas dentro del proceso de restablecimiento de derechos, cual es precisamente procurar la mínima repercusión de daño físico y psicológico de los menores víctimas de delitos sexuales, así como la auscultación y claridad de los hechos que atentaron contra su integridad y formación sexual, por ello, antes que las necesidades de enjuiciamiento, se ha predicado la prevalencia de los derechos de los menores, siguiendo el principio pro infans en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.⁴⁶

⁴⁶ T-1227 de 2008

Las entrevistas semi-estructuradas, como las practicadas a la menor al interior del procedimiento administrativo de restablecimiento de sus derechos, hacen parte del instrumental de abordaje psiquiátrico y psicológico para el tratamiento de menores abusados sexualmente, hecho que entraña el que no tengan un enfoque dirigido a develar aspectos jurídicamente relevantes sino a conocer naturalísticamente lo sucedido para, a partir de ese conocimiento, tratar de restablecer la salud mental y física del paciente, de tal manera que la técnica o método utilizado por el profesional se ajusta no a un protocolo legal sino a reglas o procedimientos propios del hacer médico, mucho más flexibles en tanto responden a las necesidades de la víctima, pero, no por ello inválidos para descubrir la verdad que interesa por igual al profesional de la salud y al jurista.

II. Dicho lo anterior, entrará a estudiar la Sala las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se dice se ejecutaron las conductas abusivas en cada uno de los espacios tanto administrativos como judiciales en los que se indagó a la menor, a efectos de establecer si existe imprecisión y contradicción que tornen por lo menos dudosa la realización de la conducta atribuida al acusado, como lo aduce la defensa.

Como bien lo enseña la experiencia en la investigación de delitos sexuales perpetrados contra menores de edad, el acervo probatorio con el que cuentan los funcionarios judiciales para determinar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado se contrae generalmente al testimonio de la víctima, pues la naturaleza misma del acto implica que no existan otros testigos directos de la realización del hecho ilícito.

A efectos de realizar una adecuada valoración del testimonio de la menor L.M. debe darse aplicación a los criterios previstos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, referidos a los *"principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al*

estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”, el cual no debe desecharse so pretexto de su supuesta inmadurez.

Los recientes desarrollos jurisprudenciales de nuestros altos tribunales han venido reconociendo en este tipo de averiguaciones el peso específico del testimonio del menor de edad a tono con nuevos estudios de la psicología experimental que así lo admiten, en contravía de superadas posturas que los desestimaban a priori por su inmadurez mental y su incipiente o inexistente estructura moral. La Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-554 de 2003, en relación con ese medio de prueba en este tipo de delitos adujo:

“Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente”.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en sentencia que se ha convertido en referente de este tópico, recalcó a los jueces el mérito probatorio que acompaña el testimonio del menor ofendido, pero advirtiendo que como cualquier otro deberá ser ponderado conforme los criterios de la sana crítica para este medio de prueba. Expresó la alta Corporación⁴⁷:

"Razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible

⁴⁷ CSJ. Sentencia de 26 de enero de 2006; M.P. Marina Pulido de Barón, R. 23706

que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

(...)

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad”.

Esa decisión, como la misma Corporación lo ha venido precisando no significa el transitar de un extremo tarifario a otro, de uno que descalifica a otro que privilegia sin más razón que la minoría de edad del testigo, en realidad de lo que se trata es de creer en sus asertos, siempre que los criterios de valoración del testimonio indiquen que dice la verdad, que no obran en su narración elementos de insalvable contradicción, que exista coherencia interna y externa, que su personalidad y circunstanciada forma de declarar trasuntan verosimilitud.

Lo ha enseñado de tal forma la jurisprudencia de la H. Corte Suprema⁴⁸:

"La lectura detenida de la anterior cita jurisprudencial permite colegir cómo la Corporación, de manera reiterada, ha señalado que los testimonios de los niños víctimas de abuso sexual no deben ser desestimados de plano por el simple hecho de provenir de personas menores de edad. Sin embargo, no ha indicado, como veladamente lo sugiere el casacionista, que esa clase de

⁴⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2911, R. 37044

relatos deban ser valorados como verdaderos y creíbles siempre y en todos sus aspectos.

En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia.

De esta forma, el énfasis de la Corte sobre la necesidad de valorar cuidadosamente el testimonio del menor agredido sexualmente no impone al juzgador la obligación de otorgarle siempre credibilidad, pues ello comportaría adscribirse al sistema de tarifa legal, situación incompatible con la estructura del ordenamiento procesal patrio, fundado en el postulado de la persuasión racional o sana crítica, tal como se analizó en el acápite anterior”.

De la mano de esos derroteros sea reconocer que en efecto no se tiene probada como tal una fecha de ejecución de los plurales hechos objeto de juzgamiento, sin embargo, al hacer un estudio integral de los elementos de prueba recaudados, puede concluirse que la menor sí ubicó una época específica de realización, como a continuación se indicara:

En la entrevista rendida el 04 de febrero de 2010, ante la Defensoría de Familia, L.M. señaló que los hechos habían iniciado mientras pasaba unas vacaciones donde su abuela en el mes de junio, cuando tenía aproximadamente siete años, es decir que si ella nació el 19 de noviembre de 1997 podemos ubicar los hechos como ocurridos a partir de mediados del año 2005 y reiterativamente sostuvo ante su progenitora, ante el médico ARGEMIRO PINEDA, ante la psicóloga SONIA LIZARAZO, y ante el investigador VICTOR RODRIGUEZ, en versiones entregadas en el año 2010

que los hechos habían ocurrido hacia tres años, esto es, que se dieron hasta el año 2007.

En el juicio oral la menor víctima expresó que los abusos ocurrieron cuando ella tenía entre siete y diez años, con lo cual, aunque como se advirtió no existe una fecha determinada, apenas explicable porque el concepto del tiempo adquiere importancia en la vida con la edad, la menor L.M. si los ubica en un marco temporal, en una época que coincide con sus manifestaciones previas que permiten calcular que esos episodios se dieron entre los años 2005 y 2007, justamente cuando tenía entre siete y diez años de edad.

De antaño la jurisprudencia ha señalado que la fijación temporal de los hechos en la acusación no exige una determinación cronológica por fecha exacta, sino la fijación del marco en el cual ocurrieron, que en unos casos podrá precisarse por un día cierto, pero, en otros, eventos como en los concursos delictuales en perjuicio de niños o delitos de ejecución sucesiva o permanente, por su misma dinámica, se darán en un lapso cuyos contornos inicial y final podrán ser indicados por medidas de tiempo más amplia como el de meses o años.

Al respecto la Corte ha dicho:

*"Fecha es el tiempo en su momento actual o en un pasado que puede fijarse con exactitud y certeza. Época equivale a periodo, y este es el tiempo que media entre el principio y el fin de una cosa. Equivale también a temporada, que corresponde a los días, meses y años que forman un conjunto. Es un espacio de tiempo de considerable duración, o si se prefiere, un amplio margen temporal"*⁴⁹.

Con respecto a la oportunidad para la ejecución de las conductas en concurso en tal periodo debe recordar la Sala que la menor no solo frecuentaba la vivienda de su abuela MARIA ISABEL en la vereda Turmal del municipio de

⁴⁹ CSJ Sentencia de 30 de octubre de 1984

Chiquiza durante sus vacaciones escolares sino que además vivió con ella durante un tiempo prolongado, como lo declararon la propia abuela, la mamá, la menor ofendida y ROSALBINA LOPEZ, lo que permitía que APOLINAR GARCIA QUINTERO tuviese acceso a la niña, pues está ampliamente acreditado que el acusado era cuñado de FLORENTINO MOLINA, abuelo materno de la menor L.M., y que por la familiaridad existía un trato afectivo y visitas reciprocas entre los miembros de las dos familias; de hecho, la madre de la niña ERESMILDA MOLINA refiere que el acusado pasaba por la casa cuando iba a ver el ganado y que acostumbraba a dejar allí cantinas de leche y precisamente el relato de la niña apunta a que la primera ocasión en que fue abusada se dio un día en el que APOLINAR GARCIA se hizo presente en la casa a buscar unas cantinas y al verla sola la encerró en la cocina donde abusó de ella.

III. En punto de la credibilidad de las atestaciones de la menor L.M. encuentra la Sala como un hilo conductor sólido de su relato la congruencia en los aspectos medulares, pues siempre refirió que los actos se realizaban mayoritariamente en casa de su abuela, más exactamente en la cocina de la vivienda y a veces en el campo en zonas aledañas a las residencias de víctima y victimario, como lo refirió en el juicio, en la entrevista realizada el 10 de noviembre de 2011 ante el investigador de Policía Judicial y en la entrevista rendida en el ICBF el 4 de febrero de 2010.

Así mismo, la menor fue constante en señalar que el acusado, la besa, le bajaba los pantalones y la ropa interior e intentaba introducirle el pene, y si bien es cierto en los primeros momentos refirió penetración vaginal por parte de su agresor y el dictamen sexológico contradijo su afirmación, ello no constituye aspecto que enerve la credibilidad que ostenta su dicho, pues en esa narrativa debe considerarse su condición personal, su inmadurez psicológica y sexual, que hace que sus expresiones, propias de una niña, carezcan de contundencia conceptual en la medida en que las situaciones a las que fue sometida no son propias de su edad, como tampoco de su entorno o educación.

Al respecto, para la Sala resulta entendible que algunas víctimas menores en sus narraciones transmitan situaciones de las cuales tienen una concepción equivocada por desconocimiento de su cuerpo, lo que hace que sus descripciones se distancien de la realidad creyendo haber sido accedidas cuando no lo han sido, lo cual no implica per se que se descarte su testimonio para demostrar la existencia de otro tipo de maniobras que no abarcan dicho concepto, pero si generan un quebranto a la integridad sexual del menor, siendo en cada caso labor de ponderación determinar si el testimonio, a pesar de esa disconformidad, resulta convincente.

En sustento de lo dicho vale acudir a los argumentos dados por el médico legista ARGEMIRO PINEDA ARANGO, quien explica que las niñas pueden entender y exteriorizar el término “meter” como la acción de aproximación del pene a la zona vaginal, ese roce del miembro viril contra los labios al inicio del canal vaginal que puede producir tal sensación en una persona que desconoce el trato sexual y como lo siente lo transmite, sin querer mentir al decirlo porque esa es su verdad, pero, también se entiende que con el paso del tiempo pueda adquirir el conocimiento apropiado que le permita diferenciar una situación de la otra y es evidente en este caso que L.M. al declarar en el juicio oral que lo ocurrido fueron aproximaciones del pene a su vagina, intentos vanos por penetrarla, ya tenía 15 años y muy seguramente el conocimiento cierto de lo ocurrido, entre otras razones porque ya había sido examinada sexológicamente, y simplemente ajustó su decir a ese saber.

Como también lo explicara la psicóloga del Instituto de Medicina legal SONIA YOLANDA LIZARAZO CORDERO, la descripción de los menores a los nueve años es concreta y la misma se basa en lo que perciben los sentidos, es decir, en lo que ve, en lo que siente o palpa, cosa que no sucede después de los doce años, cuando ya tienen un conocimiento más abstracto, como consecuencia de la orientación de tipo sexual que reciben y más aún cuando

se ven afrontadas a las vicisitudes de un proceso judicial en el que reciben información.

Es esta misma profesional quien precisó que el relato de la niña ofrecía coherencia interna y externa, que los cambios emocionales descritos eran congruentes con lo que verbalizaba, pues presentaba estados de tipo depresivo, sentimientos de vergüenza, y desconfianza hacia las personas en especial hacia la figura masculina, síntomas que como la profesional lo explicó se encuentran asociados a sujetos que han sido víctimas de abuso sexual.

Esa sintomatología racionalmente no encuentra asidero plausible en la disfuncional relación de la niña con su progenitor, que la defensa asoma como hipótesis explicativa, porque, es prístino que la niña de tiempo atrás venía experimentando un marcado rechazo hacia la figura de su agresor sexual al que rehuía, repudiaba y confrontaba, como lo denotan plurales episodios de los que dan cuenta MARIA LUISA BARRAGAN y ERESMILDA MOLINA, como cuando hizo público su desagrado por una invitación a desayunar que les habían hecho a la casa de APOLINAR GARCIA o cuando le reprochaba a su abuela que le brindara atenciones en su casa o cuando se escondía al verlo aparecer o cuando a la cara de su agresor en el marco de un reclamo le sostuvo con vehemencia desbordada que eran ciertos los abusos cometidos en su contra.

En ese aparte del análisis tiene que advertir la Sala que una hipótesis no puede validarse aisladamente de todo el contexto probatorio sino que corresponde verificarla justamente en armonía con esas piezas que le dan sentido confirmatorio o la descartan y acá es evidente que la explicación causal de esas manifestaciones no tiene que ver con el carácter autoritario y agresivo del padre sino con la estigmatización emocional propia de una víctima de delitos sexuales.

IV. Para esta colegiatura no tiene ningún fundamento la teoría de la defensa que pretendió demostrar una animadversión entre el acusado y los abuelos maternos de la víctima, como móvil de esa inducción aviesa sobre su nieta, pero, es que los hechos confutan de pleno tal hipótesis; pues de un lado tenemos que los directamente implicados en el reparto de tierras, que generó el presunto quebrantamiento en las relaciones de la familia del acusado y la de MARIA ISABEL BARRAGAN y FLORENTINO MOLINA, nada dicen sobre el inconformismo que supuestamente presenta la abuela materna de la víctima, ni siquiera la directamente implicada hace alusión a esa situación ni su esposo, cuestión que tampoco aduce GRATINIANO AMADO MOLINA, hermano del abuelo de la niña L.M.G.M quien en sus términos precisa que fue uno de los colaboradores en el reparto de tierras que sus padres habían dejado como herencia, y quien afirma que por comentarios, no por conocimiento propio sabía que MARIA ISABEL ,esposa de su hermano había quedado inconforme con el lote que le había correspondido a su conyugue.

Los demás testigos esto es JOSE OMAR GARCIA. GRACIELA GARCIA AMADO (Hijos el procesado), ROSALBINA LÓPEZ QUINTERO, LUIS ANIBAL SÚAREZ MOLINA, JORGE EUGENIO AMADO y BLANCA LETICIA RUÍZ (habitantes de la vereda Turmal), a pesar de que relacionan el señalamiento delictivo en contra del acusado como consecuencia del inconformismo que representó para MARIA ISABEL BARRAGÁN el reparto de tierras al que se hizo alusión, precisan que por comentarios no de manera directa obtuvieron el conocimiento de esa circunstancia e incluso la señora BLANCA LETICIA RUÍZ, fue enfática al decir que era GRACIELA (esposa del acusado) era quien refería que los inconvenientes se habían dado con ocasión a ese episodio.

No hay un hecho cierto que permita dilucidar que en efecto, las relaciones entre estas dos familias se deterioró como consecuencia del reparto de los tierras que por herencia les correspondía a los hermanos AMADO MOLINA y que este en efecto hubiere sido el móvil para que se hubiere acusado a APOLINAR GARCIA QUINTERO de los hechos por los que hoy se le condena.

Tampoco puede dejarse de un lado que los testigos reseñados, señalaron MARIA ISABEL BARRAGAN como la gestora de promover las acusaciones delictivas en contra de GARCIA QUINTERO, no obstante, es claro que quien puso en conocimiento de las autoridades el acontecer de la situación fue la madre de la menor L.M.G.M, es decir la señora ERESMILDA MOLINA, quien informó en cada una de sus salidas procesales que la menor le había relatado directamente lo sucedido y por ello había decidido elevar la respectiva denuncia.

V. Se concluye entonces que las limitaciones propias de la edad de la menor hacen que su percepción temporal no esté afinada, pero dicha circunstancia no le resta credibilidad, contundencia y objetividad a la apreciación de lo que observa y recuerda, pues, su relato de los hechos no responde a un juicio de valor respecto de lo que está contando sino a la percepción de esos hechos, que deben ser evaluados conforme a las reglas de la sana crítica por el juzgador, reconociendo las limitaciones de los menores para expresarse.

Valora positivamente la Sala en la narrativa de la menor la forma concreta y reiterativa en que describió los actos que le atribuye a APOLINAR GARCIA *"la besaba, la acariciaba y trataba de meterle el pene pero ella no se dejaba, que le tapaba la boca y que le bajaba la ropa interior"*, situación que sostuvo en todos los escenarios con firmeza, con sinceridad y un detallado y circunstanciado relato.

Dígase, entonces, que la credibilidad del relato de la menor L.M.G.M coadyuvado por los testimonios de su abuela MARIA ISABEL BARRAGAN y ERESMILDA MOLINA y la pericia de la psicóloga SONIA YOLANDA LIZARAZO, no deja espacio para la duda respecto del real acaecimiento de los actos sexuales imputados al sentenciado, pues las manifestaciones de la ofendida durante el juicio oral son la reiteración de la acusación que de manera monolítica y uniforme realizó contra APOLINAR GARCIA QUINTERO, ante su

madre y su abuela, las profesionales del ICBF y los investigadores del CTI, como se analizó precedentemente.

VI. La defensa cuestiona, contra toda evidencia, la plena individualización e identificación del acusado diciendo que la persona descrita por la menor L.M. no corresponde a la de su representado, cuando es clarísimo que la ofendida tiene porque saber de quien se trataba, pues era nada menos que el esposo de una de las hermanas de su abuela, y así lo reseña sin la mínima duda aportando todos los datos que permite diferenciar a DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO de cualquier otra persona en ese pequeño universo de la vereda el Turmal de Chiquiza y es a él, no a otro a quien confronta por los abusos a que la sometía.

Ahora, si de la descripción física del acusado se trata, en la entrevista realizada por la defensora de familia el 04 de febrero de 2010, L.M. indica que *"el cabello es mono, lo ojos son arrugados, son pequeñitos y casi no ve, es bajito tiene como sesenta años y es blanco"*, lo cual no dista de la individualización realizada por la Policía *"estatura 1,69 cm, ojos pequeños"* - F.63- quien para la fecha tenía 72 años de edad.

VII. Lo discurrido es suficiente para que la Sala encuentre probada más allá de toda duda razonable la atribución a APOLINAR GARCIA QUINTERO de ser el autor de la conducta de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, en concurso homogéneo y sucesivo a título de dolo, pues la misma se actualiza por aquella persona que con conocimiento y voluntad realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años, situación que efectivamente aconteció en este asunto teniendo por pasivo a L.M.G.M. según se sustentó probatoriamente.

La conducta desplegada por el enjuiciado es antijurídica, porque al someter a una niña a actos eróticos sexuales diferentes de la cópula, al inducirla precozmente en prácticas sexuales para las cuales, por su inmadurez

fisiológica y psicológica aún no está preparada, lesionó, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley, esto es la libertad, integridad y formación sexual.

La realización del injusto impone reprochárselo a APOLINAR GARCIA QUINTERO porque le asistía la conciencia de estar contrariando el derecho al someter a prácticas erótico sexuales a la menor afectada, pese a lo cual se encausó por su consumación pudiendo obrar de manera diversa.

VIII. En orden a lo dicho es evidente que la sentencia deberá ser confirmada, aunque, las consecuencias sancionatorias tendrán que ser modificadas en razón a que de acuerdo a los hechos probados, la conducta tuvo realización hasta el año 2007, con lo que, a la pena deberá descargársele de la mayor punibilidad contemplada por la ley 1236 de 2008, incluida la agravante del numeral 5º que no tiene par en el original artículo 211, sobre cuya base el a quo impuso la condena.

En tal virtud para restablecer la legalidad en la aplicación de la pena, esta deberá tasarse conforme lo dispuesto en el artículo 209 del C.P., con el incremento general de penas del artículo 14 de la ley 890 de 2004, que contempla para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, un consecuente de 48 a 90 meses de prisión.

De esta forma, los cuartos punitivos expresados en meses quedan de la siguiente manera: 1º De 48 meses a 58.5 meses; 2º De 58.5 a 69 meses; 3º De 69 a 79.5 meses y 4º de 79.5 a 90 meses.

La dosificación de la pena deberá hacerse en los cuartos medios por concurrir acreditada la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes del responsable y al tiempo la de mayor punibilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 58 del C.P. por haberse ejecutado

con abuso de la condición de superioridad del autor sobre la víctima, dada la preeminencia que por edad y posición familiar ostentaba GARCIA QUINTERO respecto de la niña L.M. a la que fácilmente subyugó por el respeto y temor hacia sus mayores en una comunidad rural donde las costumbres y la autoridad se imponen como parámetros de vida familiar.

La juez a quo tasó la pena en el primer cuarto medio, lo cual hará la Sala para no desmejorar la situación del apelante, respetando sus parámetros dosificadores que la Sala hace suyos dada la gravedad de la conducta en consideración a los escasos diez años de la víctima que potencializa sus efectos nocivos al dejar una impronta de difícil superación en la mente de una persona en formación, la intensidad del dolo que muestra la persistente voluntad del infractor de agraviar a la menor sin reparo alguno por su condición y ni siquiera por elementales deberes de respeto familiar y la necesidad de la pena en el marco de la prevención general y la retribución justa que sirva de disuasivo en la prevención del abuso infantil.

De tal manera la pena dentro de ese cuarto punitivo llevara sobre su base de 58,5 meses de prisión un incremento porcentual del 61,42% de su ámbito, equivalente a 6,45 meses, con lo que, la pena individualizada para la infracción nos da 64,95 meses de prisión.

Ahora, como se trata de un concurso de conductas punibles y, nuevamente limitados por el criterio dosificador de primera instancia que dedujo sobre la pena para el delito individualmente considerado un porcentaje de apenas 11,11%, aplicaremos el mismo rasero a la ya individualizada para calcular la pena deducible por el concurso, esto nos da 7,22 meses, que acumulados a los 64,95 arrojan una pena final de SETENTA Y DOS (72) MESES CINCO (5) DÍAS DE PRISIÓN, monto en el que se modificara la pena principal y accesoria impuestas.

Por todo lo anterior habrá de confirmarse la sentencia impugnada, sin que existan otros motivos de impugnación que deban ser atendidos.

Son esas razones suficientes para que esta Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V A

PRIMERO. MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia recurrida en el sentido de condenar a DIEGO APOLINAR GARCIA QUINTERO, como autor responsable de un concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años, a la pena principal de SETENTA Y DOS (72) MESES CINCO (5) DÍAS DE PRISION y la pena accesorio de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

SEGUNDO. CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia recurrida, en orden a lo expuesto en las motivaciones de éste proveído

TERCERO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de CASACIÓN.

CUARTO. Ejecutoriado este pronunciamiento, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen.

LO DECIDIDO SE NOTIFICA EN ESTRADOS

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ
Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Magistrada

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretario