



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado ponente

SP2024-2024
Casación
Radicado: 59068
Acta No. 177

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía 10 Delegada ante esta Corporación, contra la sentencia proferida por el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá el 16 de junio de 2020, que revocó la decisión condenatoria dictada por el Juzgado 20 penal del circuito con función de conocimiento de esa ciudad el 19 de septiembre de 2019, y en su lugar, absolvió a EDISSON PEÑA ALARCÓN como autor responsables de los delitos de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.*

II. ANTECEDENTES

2.1. Fácticos

En Bogotá, entre los meses de octubre y diciembre de 2017, EDISSON PEÑA ALARCÓN se encargaba del cuidado de los nietos de su esposa, la niña SVAC de seis años y el niño JJAC de tres años, situación que aprovechaba en su habitación para mostrarles videos pornográficos que los menores tenían que repetir; también procedía a tocar la vagina de la niña y, además los ponía a participar en dos juegos sexuales: uno de los juegos consistía en que el procesado se ponía de pie y el niño que primero llegara le besara el pene obtenía como premio un *huevo kínder*; en el otro juego, la niña se acostaba, abría las piernas y el niño se subía encima para introducirle el miembro viril en su vagina.

El abuelastro procesado les decía a las menores víctimas que no podían contarle a nadie, porque no les volvería a dar dulces.

2.2. Procesales

El 2 de junio de 2018, el Juzgado 8° penal municipal con función de Garantías de Bogotá efectuó la *audiencia concentrada* en la cual se legalizó la captura de EDISSON PEÑA ALARCÓN¹; la Fiscalía *formuló imputación*, como

¹ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 204.

presunto coautor de los delitos de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados, en concurso homogéneo sucesivo*. El imputado no aceptó los cargos². Por solicitud de la Fiscalía, el juez impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario³.

La Fiscalía radicó *escrito de acusación* el 1º de agosto de 2018⁴ y *formuló acusación* el 10 de septiembre de 2018⁵ ante el Juzgado 20 penal del circuito con función de conocimiento adjunto de Bogotá, según los presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación. Este despacho judicial celebró la *audiencia preparatoria* el 4 de diciembre de 2018⁶.

La audiencia de *juicio oral* se efectuó el 14⁷, 19⁸ de marzo, 19⁹ de junio y 31¹⁰ de julio de 2019, en esta última sesión se anunció el sentido de fallo condenatorio en contra del acusado EDISSON PEÑA ALARCÓN¹¹.

El 19 de septiembre de 2019 el *a quo* profirió *sentencia de condena*, consistente en la pena principal de 200 meses de prisión, como autor penalmente responsable de las conductas punibles de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos*

² Ibidem.

³ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 205.

⁴ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 197.

⁵ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 165.

⁶ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 113.

⁷ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 80.

⁸ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 63.

⁹ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 53.

¹⁰ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 45.

¹¹ Ibidem.

agravados¹², y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal¹³.

La defensa impugnó la sentencia¹⁴ y dentro del traslado a los no recurrentes, la Fiscalía y demás intervinientes no presentaron sustentación alguna.

El 16 de junio de 2020 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá *revocó el fallo condenatorio* de primera instancia, y en su lugar emitió *sentencia absolutoria* a favor del procesado EDISSON PEÑA ALARCÓN¹⁵.

La Fiscalía delegada, al estar inconforme con la decisión del *ad quem*, en su oportunidad propuso y sustentó el recurso de casación¹⁶.

III. SENTENCIAS EMITIDAS POR LAS INSTANCIAS

3.3. Sentencia de primera instancia¹⁷

Con fundamento en las pruebas existentes en el proceso el *a quo* concluyó que la Fiscalía logró acreditar que:

¹² *Acceso carnal con menor de catorce años* (artículo 208 de la Ley 599 de 2000), con pena que oscila entre 12 a 20 años de prisión, es decir, 144 a 240 meses de prisión.

Actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 de la Ley 599 de 2000), con pena oscila entre 9 a 13 años de prisión, es decir, 108 a 156 meses de prisión.

¹³ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 29.

¹⁴ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 24.

¹⁵ Segunda instancia, Cuaderno principal, Código 2021124832358, Página 8.

¹⁶ Segunda instancia, Cuaderno principal, Código 2021124832358, Página 49.

¹⁷ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 34 y ss.

i) El relato de las víctimas, en especial los expuesto por la menor SVAC, *es consistente, coherente y se identifica con el núcleo fáctico de la acusación*, aunque su relato fue corto, proporcionó circunstancias temporo-modales que permiten acreditar la materialidad de los delitos atribuidos en responsabilidad a PEÑA ALARCÓN, toda vez que de su narrativa se infiere que los tocamientos de contenido sexual fueron repetitivos; igual ocurre con el acceso carnal con respecto a la menor, porque le introducía el pene en su boca, por eso la niña manifestó repugnancia afirmando que ello le provocaba vomito.

ii) No son trascendentes las manifestaciones de la defensa, en cuanto a la manipulación de los menores, por cuanto que la gravedad de los hechos, los actos y tocamientos explicados por SVAC, hacen improbable que los mismos hayan sido inventados por la progenitora de las víctimas, motivada en las desavenencias que tuvo con el procesado, pues cuando *Lenny Yojana* advierte el comportamiento de sus hijos, pidió de inmediato apoyo a la línea 141, donde le indicaron que debía denunciar y llevar los niños al servicio de urgencia, a un centro médico.

iii) Los testimonios de *Andrés Felipe Calderón Gallego y Luz Amparo Gallego Betancourth* -hermano y madre de la denunciante- si bien dan cuenta de los desempeños social y familiar del imputado PEÑA ALARCÓN, no pueden declarar con relación a su intimidad sexual desviada, por ende,

tampoco dar cuenta del abuso sexual sobre los menores. Por tanto, sus aseveraciones no influyen favorablemente en el compromiso penal reprochado al procesado.

iv) La defensa pretendió desvirtuar que su defendido tuviera los medios electrónicos en su habitación para exhibir películas de contenido erótico a los menores, sin embargo, Lenny Yojana Calderón Gallego fue clara al expresar que en esa vivienda había una DVD y que su hija le había dicho que por esa vía observaban ese tipo de imágenes.

El *a quo* concretó que, por el análisis de las pruebas en conjunto se acreditó, más allá de toda duda, la grave imputación penal atribuida al procesado por los vejámenes sexuales a los cuales sometió en varias ocasiones a los menores.

3.4. Sentencia de segunda instancia¹⁸

Los argumentos del *ad quem* van dirigidos a considerar las falencias que reflejan las versiones de la denunciante, Lenny Yojana Calderón Gallego, madre de los menores, como también ocurre con las manifestaciones de los menores SVAC y JJAC. Destaca el Tribunal que:

i) Si bien Lenny Yojana declara que sus hijos presentaban comportamientos sexuales inusuales entre sí en enero de 2018, ella no puede dar cuenta de la veracidad de

¹⁸ Segunda instancia, Cuaderno principal, Código 2021124832358, Página 9 y ss.

la narrativa de abuso infantil que supuestamente le contó su hija SVAC.

ii) Es necesario auscultar las versiones de las víctimas, para probar o desvirtuar las acusaciones hechas por la Fiscalía en contra de EDISSON PEÑA ALARCÓN, consistentes en que el procesado: les mostraba videos pornográficos que debían repetir SVAC y JJAC; le tocaba las partes íntimas a la niña, y los ponía a ambos a participar en dos juegos sexuales; en el primero, el adulto se ponía de pie, y la víctima que llegara más pronto le besaba el pene y recibía como premio un *'huevo kínder'*; en el segundo, la menor debía abrir las piernas para que su hermano le introdujera el miembro viril en su vagina.

iii) Pese a que SVAC acudió al juicio oral para cuando contaba con siete años, donde aseguró *que el acusado le tocó la vagina con las manos, por debajo de la ropa, no recordó exactamente cómo su abuelastro le introducía el pene en la boca, y en forma genérica relató que las aproximaciones eróticas, entre ella y el adulto, ocurrían 'como tres veces a la semana'* en una de las habitaciones de la casa de EDISSON PEÑA ALARCÓN *-cuando ella tenía seis años-*. En la declaración de la menor, la Fiscalía no logró un relato fluido de abuso sexual, como lo había dicho su madre en juicio, sobre que su abuelastro le hacía ver películas pornográficas, ni tampoco consiguió que la niña refiriera al presunto juego que realizaban para ganarse un dulce, besando el pene del adulto.

iv) Si bien, la menor SVAC en su relato, ofreció hechos con contenido libidinoso, que en principio podrían servir para fundamentar la condena, no puede exigirse absoluta precisión a una niña de siete años, pues su versión puede terminar desbordada, por la condición de vulnerabilidad en que se encontraba. Por este motivo, consideró indispensable analizar el testimonio de su hermano JJAC, quien supuestamente vivió a su lado toda esta experiencia traumática, y podría dar luces sobre lo ocurrido entre él, su hermana y EDISSON PEÑA ALARCÓN.

v) Pese a que el niño JJAC de cuatro años de edad acudió al juicio oral, donde identificó las partes del cuerpo, no pudo dar detalles sobre los hechos investigados. Por esta razón, con la versión de JJAC se desvirtúa el presunto juego en que el acusado les decía a los niños que el primero que besara su miembro viril se ganaba un *'huevo kínder'*; pues fue claro en su testimonio al afirmar que él nunca ha tocado las partes del cuerpo de ninguna persona y que los dulces se los daban exclusivamente sus progenitores; además, que nunca vio desnudo o sin ropa al acusado. En definitiva, no jugaba con él, por tanto, es incierto que el acusado le hubiera tocado las partes íntimas a JJAC, como se dijo en algún momento en el juicio.

vi) Se desvirtúa la hipótesis planteada por la Fiscalía, secundada por SVAC, consistente en que, por iniciativa del adulto, JJAC recreaba con su hermana las escenas

pornográficas, pues, según los dichos del menor, nunca vio a la niña sin ropa o desnuda, como para que pudiera introducirle el miembro viril en la vagina.

vii) La narrativa de abuso sexual que expuso el titular de la acción penal en la acusación, y que luego, a medias defendió SVAC en el juicio oral, presenta serias dificultades probatorias. En esa medida, al cotejar los testimonios de SVAC y JJAC, no es claro si en verdad, alguna vez, EDISSON PEÑA ALARCÓN se acercó a ellos para inducirlos a la realización de encuentros libidinosos tempranos, de los cuales él era el director y espectador; como tampoco es nítido que el acusado inventara juegos sexuales para hacer partícipes a los menores con el ofrecimiento de dulces o chocolates; en definitiva, no es claro que el procesado hubiera desplegado tocamientos sobre las partes íntimas del niño.

viii) Cuestiona que el *quo* haya valorado la entrevista realizada por *Clara Ortiz Martínez* a la menor SVAC, donde se concluiría que, en todos los escenarios en que había participado la menor, es coherente la incriminación efectuada. El *a quo* no debió valorar este medio de conocimiento, por constituir una prueba de referencia inadmisibles y por verificarse que la presunta víctima fue un testigo disponible en el juicio oral, por este motivo, las partes podían utilizar esa versión previa, única y exclusivamente, para refrescar memoria o para impugnar credibilidad. No

como un medio de conocimiento que pudiera ingresar de forma autónoma e independiente al proceso.

ix) Si se flexibilizara el requisito de admisibilidad de la prueba de referencia, tendría que decirse que las conclusiones del *a quo* son erradas, pues no existe coherencia en la incriminación, pues así se verifica al contrastar las afirmaciones realizadas en entrevista por SVAC, con las afirmaciones realizadas en el juicio oral. En ese sentido, se advierte que en la entrevista dijo que su abuelastro le había tocado la boca, pero que no recordaba con qué lo hizo; y que también le había tocado la vagina cuatro veces, en una habitación de la casa de él.

Es decir, en el relato describe tres comportamientos libidinosos atribuibles al acusado, a saber: (a) tocamientos en la vagina de la niña, (b) tocamientos en la boca de la niña y (c) la exhibición de la parte íntima de EDISSON PEÑA ALARCÓN a SVAC; afirmaciones que se enmarcan dentro del contexto de acusaciones genéricas, que no están circunstanciadas, sin mayores detalles para enriquecer el señalamiento, como para darle credibilidad.

x) La niña suprime por completo la mención de los juegos sexuales que, según la Fiscalía, desplegaba el procesado con la menor y con su hermano JJAC, incluso no hace ninguna mención a las supuestas películas pornográficas que veían los niños, por iniciativa del adulto, como tampoco alude la supuesta práctica de sexo oral, que

hizo parte de su testimonio, y que según ella le producía ganas de vomitar. Advirtiéndose que SVAC elimina y agrega detalles a su antojo; pues, en el juicio oral, dijo que el abuelastro le tocaba el pene y las nalgas a su hermano JJAC, pero en la entrevista negó que el pequeño hubiera sufrido esta clase de experiencias traumáticas.

xi) Las víctimas pudieron ser aleccionados en la exposición de sus narrativas, porque: i) no han sido consistentes en sus exposiciones, ii) al comparar sus relatos con el testimonio de su madre, ella tiene mayor claridad de los hechos, iii) *Lenny Yojana* ha sido catalogada como una persona conflictiva que ha enseñado a su hija SVAC a mentir en asuntos de la vida cotidiana; iv) además, *Lenny Yojana* tiene interés en perjudicar al acusado, porque este le pidió que abandonara el inmueble y llamó a la Policía cuando a manera de castigo bañaba a su hija SVAC.

Para el Tribunal, sin desconocer la gravedad de los hechos investigados, los anteriores motivos constituyen *dudas razonables* que debe interpretarse a favor del acusado.

xii) Se afirma que cuando el procesado cuidaba a los niños aprovechaba para consumir los abusos sexuales, no obstante, existen serias dudas sobre la ocurrencia de los hechos, porque (a) no hay huella de trauma o daño psicológico en los niños, tal como lo declaró la psicóloga del Hospital San Blas que atendió a SVAC, quien notó que la niña estaba bien en su desarrollo y adaptación al medio; (b)

las personas y familiares allegados a los menores, no observaron ninguna actitud extraña de los niños hacia EDISSON PEÑA ALARCÓN, como lo constata *Andrés Felipe Calderón Gallego y Luz Amparo Gallego Betancourth*, hijo y esposa del procesado; y (c) además, en el inmueble donde presuntamente sucedieron los hechos no existe espacio para esa clase de juegos.

Sintetiza el *ad quem* que, no se percibe ninguna alteración emocional que pueda conectarse sin discusión con los abusos sexuales y que permita superar las dudas que existen en la estructuración de los delitos. Por tanto, se hace necesario aplicar al principio de *in dubio pro reo*, porque los pocos detalles del relato incriminatorio impiden la confirmación de las circunstancias que pudieron rodear el acontecer fáctico.

IV. DEMANDA DE CASACIÓN

4.1. Violación indirecta de la ley sustancial - en la modalidad de error de hecho por falso raciocinio

4.1.1. La Fiscal Delegada propone un error de hecho por *falso raciocinio*, porque el *ad quem* desatendió las reglas de experiencia, en la medida que: i) no advirtió que los relatos de los menores contemplaban un contenido libidinoso; ii) no dio cuenta que los juegos del procesado, con la entrega de premios, iban dirigidos a abusar de los niños; iii) no relacionó

la experiencia traumática que sufrió uno de los niños, y iv) erró al no ser cierto que los testimonios de las víctimas menores se soportaron en procesos deficientes de rememoración. Así que el Tribunal no atendió los principios técnico-científicos sobre la percepción y memoria, y la naturaleza del objeto percibido.

3.1.2. Para sustentar lo anteriormente descrito, la casacionista sostiene que el *ad quem* contrario dos reglas de la experiencia, porque:

i) De acuerdo con el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, el *ad quem* dejó de lado las consideraciones sobre los sentidos, la percepción, la memoria de los niños, la edad, el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, las circunstancias de modo y lugar, la forma de la respuesta de los niños, su lenguaje no verbal y su personalidad.

ii) La ciencia jurídica define que una de las reglas para la valoración probatoria está contenida en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004; en ese contexto no se puede dejar de considerar *-como bien lo enuncia, pero que no lo aplica la Magistratura-*, que los menores, a tan corta edad y luego de transcurrir más de un año, vayan a reiterar de manera uniforme las agresiones libidinosas de las que fueron víctimas, y que al no hacerlo se concluya que hay contradicciones en sus manifestaciones.

(iii) La condición de ser testigo lleva a diferenciar la capacidad para inventar una declaración, una narrativa intencionalmente falsa, de otra que presenta un acontecimiento comprensible y sin contradicciones. Al respecto, aparte de la edad, debe tenerse en cuenta que: (a) declarar un acontecimiento inventado más o menos complejo, requiere de un rendimiento intelectual bastante alto, mayor al que exige relatar sobre algo experimentado o percibido; (b) los conocimientos específicos, debe adquirirlos el menor de otras fuentes, cuando no los ha experimentado realmente. Sin embargo, en el juicio no se probó que los dichos de los niños provengan de terceros.

Para el caso, se pudo corroborar que el menor JJAC si fue inducido a prácticas sexuales, al haber confirmado que a través de la televisión vio '*señores desnudos*'. Y la menor SVAC, en sus versiones, mantuvo las experiencias sexuales vividas con el agresor, sin que la defensa logre controvertir su dicho ni probar que fue influenciada por su progenitora.

De modo que, si el Tribunal de Bogotá no hubiera incurrido en los errores señalados, habría llegado a la conclusión de la primera instancia, que existe prueba de cargo directa que otorga certeza *más allá de toda duda razonable* sobre la comisión de los delitos y la responsabilidad que le asiste a EDISSON PEÑA ALARCÓN.

4.2. Actuaciones ante la Corte

Admitida la demanda, se realizó la audiencia de sustentación y se surtió traslado a los no recurrentes.

4.2.1. Fiscalía -recurrente-

La Fiscalía delegada ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó que:

i) Es inverosímil que el Tribunal demande un relato más fluido de niños de tres y seis años y que catalogue sus relatos inculpativos como de muy pocos detalles.

ii) El Tribunal yerra cuando exige una fluidez verbal y narrativa que se iguale a aquella que presentó la denunciante, sin atender que para este tipo de casos a los menores hay que dejarlos contar su propia historia con sus propias palabras y con sus propios términos.

iii) En el señalamiento que realizaron las dos menores víctimas se mantiene el núcleo central de la inculpativa, y si bien pudieran existir procesos de rememoración defectuosos, lo cierto es que hay unidad de relato y unidad de inculpativa, pues las versiones guardaron concordancia, en cuanto a circunstancias modales, en especial en la exhibición de películas de amor, como lo llamó la niña, o con personas desnudas como lo adujo el niño.

iv) Las versiones de los niños tienen confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, pues está

demostrado que el acusado fungió como cuidador, cuando los padres debían ausentarse por cuestiones laborales.

Por tanto, la Fiscalía considera que el razonamiento elaborado por el Tribunal escapa de la arista lógica de los acontecimientos, razón por la cual, los testimonios de las víctimas SVAC y JJAC deben apreciarse sin perder de vista las particularidades y las condiciones de edad y el entorno de los niños.

v) De otra parte, las desavenencias que tuvo la progenitora de los niños con el procesado, contrario a lo expuesto por el *ad quem*, no sirven para dudar de los testimonios de las menores víctimas, pues quedó demostrado que las diferencias personales no constituyeron impedimento para que las relaciones familiares continuarán.

Por lo anterior, la Fiscalía solicita se case la sentencia de segunda instancia, para mantener la condena impuesta al procesado EDISSON PEÑA ALARCÓN, por la primera instancia.

4.2.2. Víctima -no recurrente-

El representante de víctimas coadyuva la petición realizada por la Fiscalía, además destaca que el *ad quem*: i) no valoró adecuadamente los testimonios de los menores víctimas -los interpretó de manera equivocada-; iii) no consideró los testimonios de los investigadores de la Fiscalía

-Clara Ortiz Martínez y Derly García Bedoya- y el del médico pediatra, quienes con claridad y exactitud señalaron que los menores fueron concretos y concisos en sus versiones; iv) se equivoca cuando consideró que las manifestaciones de los niños fueron el resultado de una posible invención, más cuando a su corta edad usan palabras de tipo pornográfico o sexual.

Por tanto, solicita se revoque la sentencia de segunda instancia, y en su defecto, se confirme la sentencia de condena de primera instancia.

4.2.3 . Ministerio Público -no recurrente-

Señala que las declaraciones rendidas por las menores víctimas no son coherentes ni claras, además no fueron corroboradas con las restantes pruebas allegadas al juicio oral. En este sentido, si bien el menor JJAC de tres años, identificó las partes del cuerpo humano, su relato no ofreció mayor detalle sobre los hechos, aunado a que no se corroboró la concurrencia de los presuntos juegos sexuales que les inducía el acusado. Y, en cuanto a la declaración de la menor SVAC de seis años, en sus versiones aseveró que EDISON PEÑA le había tocado la boca, la vagina y mostrado el miembro viril; sin embargo, sus respuestas fueron genéricas e incoherentes, al punto que omitió la concurrencia de los juegos sexuales, la práctica del sexo oral y la participación de su hermano en estos vejámenes.

Agrega que, en la versión rendida por la menor SVAC en juicio oral, casi un año después de la entrevista, incrementó las acusaciones en contra del abuelastro, pues detalla los presuntos juegos sexuales y la concurrencia de los actos libidinosos; no obstante, el relato no fue fluido ni coherente, al no precisar las circunstancias temporales y espaciales que rodeaban el desarrollo de tales vejámenes, omitiendo la concurrencia de las películas pornográficas y la práctica del sexo oral. De modo que, estas contradicciones e inconsistencias afectan el núcleo fáctico que soporta la acusación, además de percibirse un proceso indebido de rememoración, lo cual generan duda sobre la materialidad de los hechos ilícitos.

Agrega que, en la enemistad entre la denunciante y el acusado se acreditó que ella es una persona difícil de tratar, al punto que el acusado le solicitó que abandonara el inmueble en el que convivieron por casi un año, a pesar de haber abandonado la vivienda, los niños seguían al cuidado del implicado.

En consecuencia, solicita mantener incólume la decisión absolutoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

4.2.4. Defensa -no recurrente-

Solicita mantener la sentencia absolutoria del 16 de junio de 2020 y agrega que: i) la Fiscalía no dice en su único

cargo cómo se produjo el *falso raciocinio*, ni cuál fue la máxima de la experiencia o regla científica que se vulneró; ii) no puede acreditarse ese reclamo, por cuanto, en la imputación y formulación de acusación no se delimitaron los hechos jurídicamente relevantes, pues fueron imprecisos vagos, deficientes e insuficientes, por esta razón, no existe tema de prueba, por lo que no puede corroborarse las inconsistentes e incoherentes versiones de los menores. La Fiscalía no determinó las circunstancias de los hechos, es decir, lo relacionado con la existencia de señores desnudos y los juegos sexuales, es decir, en qué espacio, cuántas veces, delante de quién, de qué modo, en qué tiempo.

La Fiscalía no probó su teoría del caso más allá de toda duda razonable. Por consiguiente, solicita se mantenga incólume la sentencia absolutoria.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1. Cuestión preliminar

La Sala ha sostenido que cuando la demanda de casación ha sido admitida no reparará en falencias de técnica o debida sustentación, sino que resolverá sobre el fondo del asunto, así verificar la legalidad de la decisión judicial y garantizar la realización de los fines del recurso; en este caso, la verificación del cumplimiento de los estándares probatorios necesarios para dictar sentencia condenatoria,

en orden a satisfacer y responder a las críticas expuestas en las demandas de casación.

5.2. Delimitación temática

Luego de exponer las consideraciones de la *primera y segunda instancia*, las cuales ofrecen los fundamentos del fallo condenatorio y posterior revocatoria del mismo, y concretar el cargo único formulado en la demanda de casación, se abordará i) la violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio, ii) los presupuestos señalados por la Corte con relación a las declaraciones antes del juicio de menores víctimas de delitos sexuales, y iii) el análisis, respuesta y conclusiones al cargo expuesto.

5.3. Violación indirecta de la ley por falso raciocinio

El falso raciocinio se realiza en el proceso de valoración probatoria, cuando el juzgador quebranta los principios de la sana crítica integrados por las *reglas de la experiencia, los principios de la lógica y las leyes de la ciencia*. Para su demostración, el censor debe i) identificar la prueba sobre la cual recae el yerro, ii) establecer el mérito que se le otorgó en la sentencia, iii) señalar el postulado de la sana crítica vulnerado, iv) vincular esa apreciación con la regla aludida demostrando en dónde radica el desvío y, v) precisar la trascendencia del error frente a la ley sustancial, lo cual le obliga a exponer los argumentos por los que el fallo debe modificarse. Así lo concretó la Corte:

Cuando en casación se alega el error de hecho por falso raciocinio, al demandante le compete indicar lo que el medio de conocimiento sobre el que predica el vicio expresa objetivamente, las inferencias del juzgador con sustento en él, el mérito suasorio atribuido, el principio de la ciencia, la lógica o la máxima de la experiencia vulneradas o ignoradas, la aplicable al caso y su trascendencia en el sentido del fallo atacado. (CSJ AP1117-2024, 28 feb., rad. 63852 y CSJ AP3240-2023, 27 oct., rad. 64308, entre otras).

Luego de entender superadas las falencias y admitir la demanda de casación, la Corte encuentra que la Fiscalía Delegada recurrente señala un error de hecho por *falso raciocinio*, porque el *ad quem* desconoció las reglas de experiencia, al considerar que los relatos de los menores son de contenido libidinoso, que los juegos del procesado y entrega de premios a los niños iban dirigidos a abusar de ellos, no atender la experiencia traumática causada a uno de los niños, y porque se equivoca al estimar que las declaraciones de los menores son deficientes en su rememoración.

Por las consideraciones expuestas en el fallo de *segunda instancia* y las críticas en la demanda de casación sobre la necesidad de desatender las manifestaciones que los menores hicieron de los hechos antes del juicio -*esto en las entrevistas diligenciadas por la policía judicial*-, las cuales no habrían sido objeto de controversia probatoria, se requiere traer a escena el desarrollo jurisprudencial que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto en materia de

versiones rendidas antes del juicio por menores víctimas de delitos sexuales.

5.4. Incorporación de versiones rendidas antes del juicio, por menores víctimas de delitos sexuales

La Corte, tratándose de juicios en los que las víctimas de delitos *-como los sexuales-* son personas menores de dieciocho años, les otorga un procedimiento diferencial para cumplir con la protección reforzada que la Constitución Política les asegura. Sobre esa base:

“a nivel de principio, se ha señalado, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, que los menores, como todo testigo, pueden comparecer al juicio, pero aun si concurren, o no lo hacen, sus declaraciones anteriores pueden hacerse valer como prueba de referencia admisible, algo que no ocurre cuando el testigo es mayor de edad (CSJ SP, 28 CSJ SP337-2023, 16 ago., rad. 56902; CSJ SP14844-2015, 28 oct, rad. 44056; CSJ SP934-2020, 20 may., rad. 52045, y CSJ SP723-2024, 20 mar., rad. 56879).

Por regla general *-precisa la jurisprudencia-*, mediante la prueba de referencia ingresan al juicio declaraciones anteriores de un testigo que *no está disponible* para su confrontación e interrogatorio. Sin embargo, cuando se trata de menores víctimas, la incorporación al juicio de sus declaraciones anteriores es un asunto de *puro derecho* definido por el legislador en el literal e), del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, agregado por el artículo 3° de la Ley 1652

de 2013. Por lo tanto, su aducción al debate no está sujeta a juicios de *disponibilidad*.

La finalidad esencial de la ley *-dijo la Corte en las decisiones que vienen en cita-* está dirigida a que la menor víctima no declare, aunque si lo desea puede hacerlo. En caso de que lo haga, como lo expresó la Corte en la *CSJ SP14844-2015, 28 oct, rad. 44056*, no existe ningún obstáculo para que se pueda solicitar al tiempo el ingreso de sus declaraciones como prueba de referencia admisible, sin necesidad de probar su *indisponibilidad*, pues este criterio, en relación con menores de edad, ha sido desestimado legalmente.

Junto a lo expuesto, la Corte dispuso, de cara al *testimonio adjunto y la prueba de referencia* en los procesos donde son víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años, *«las formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad»*, la cual constituye la finalidad suprema de la prueba.

En torno a la incorporación de declaraciones rendidas antes del juicio por menores de edad víctimas de delitos sexuales, la Sala estableció:

(a). Bajo el principio de protección reforzada, mediante el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se adicionó el [literal] e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, con el fin de considerar de pleno derecho, como prueba de referencia admisible, las declaraciones por fuera

del juicio de menores de 18 años, víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por lo tanto, como se mencionó, su procedencia no está condicionada a si el menor está o no está disponible, o si concurre o no al juicio, pues de no ser así, el principio de protección reforzada que justifica esta singular consideración normativa carecería de sentido.

(b). *El ordinal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tiende a evitar la impunidad que se puede generar ante el riesgo de retractación del menor y su revictimización.*

Desde ese punto de vista, salvo que el fiscal encuentre que su teoría del caso se puede probar sin necesidad de recurrir a pruebas de referencia admisibles, no existe razón para no hacer uso de una prerrogativa legal que le permite actuar con la sensibilidad y responsabilidad que este tipo de conductas requiere.

(c). *En un sistema de partes, la lealtad que se materializa en el debido proceso probatorio, les impone la carga de descubrir la prueba -en el escrito de acusación, numeral 5 del artículo 337 y en su formulación, numeral, 2 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004-, y solicitar y justificar su conducencia y pertinencia en la audiencia preparatoria -artículo 357 del Código de Procedimiento Penal-.*

En este sentido, para cumplir con el debido proceso probatorio, tratándose de declaraciones anteriores al juicio de menores víctimas, basta descubrirlas, solicitarlas en la audiencia preparatoria y que sean decretadas. Son las únicas condiciones, porque otras, como la disponibilidad del testigo, según se advirtió,

no son exigibles tratándose de declaraciones de víctimas menores entregadas por fuera del juicio oral.

De esta manera se satisface el debido proceso probatorio, pues como lo señala el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia, en lo pertinente, salvo lo expresado en el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se rige “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.

(d). *El hecho de que las declaraciones anteriores de víctimas menores de 18 años se cataloguen como prueba de referencia admisible, no significa que la parte esté exonerada de descubrir la prueba y solicitarla. Esa es una condición de validez de la prueba. Por lo tanto, no puede el juez apreciarlas con la excusa de que por definición legal las declaraciones del menor constituyen prueba de referencia admisible, sin que la parte las haya descubierto y hecho la manifestación de utilizarlas en el debate oral, en una actitud oficiosa que desdice del sistema y de la carga que tienen las partes de llevar al juez el convencimiento sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.*

(e). *Decretada la prueba, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la prueba de referencia admisible se puede utilizar para impugnar su credibilidad (artículo 440 de la Ley 906 de 2004), así como también se puede impugnar la prueba de referencia admisible por cualquier medio probatorio (artículo 441 ibídem). Conforme a la jurisprudencia de la Corte, igualmente, en caso de retractación se la puede incorporar como testimonio adjunto.*

(f). *Por último, si la prueba aducida al juicio es de referencia, así se trate de declaraciones de menores de edad, el Juez está*

impedido de dictar sentencia condenatoria exclusivamente con base en ese tipo de pruebas (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

Las disposiciones en estudio persiguen asegurar los derechos prevalentes de los menores, para eso, la ley promueve que, cuando las menores víctimas no testifiquen en juicio, las declaraciones previas que hayan ofrecido sean susceptibles de incorporarse de pleno derecho como prueba de referencia admisible, siempre que las mismas sean descubiertas en la audiencia de acusación, y solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria.

La Corte ha modulado las reglas sobre la prueba de referencia y tranquilamente ha considerado que la inflexibilidad de las normas debe ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción. De manera que, las formas o la ritualidad acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad. Los estándares probatorios no se alteran, lo que se flexibiliza es la forma de aducción de la prueba.

En este contexto, para responder al cargo propuesto por el recurrente se observa que, la Fiscalía trajo al juicio oral a las menores víctimas, quienes en la cámara *Gesell* fueron escuchados en declaración, motivo por el cual importa conocer sus narrativas, como también exponer el valor probatorio que merecen, lo cual debe ser contrastado con las

demás pruebas practicadas e incorporadas en la audiencia pública de juzgamiento.

5.5. Las pruebas en cuestión y sus efectos en la decisión

Para desarrollar el análisis derivado del recurso de casación presentado y sustentado por la Fiscalía General de la Nación, la Sala procederá conforme al orden que ofrece una mejor resolución del caso.

5.5.1. Testimonio de Lenny Yojana Calderón Gallego - madre de las menores víctimas¹⁹

De la narración de la madre de los menores JJAC y SVAC, víctimas de delitos sexuales, se destaca la forma como conoció del abuso sexual de los niños, los detalles contados por ellos y las acciones que tomó, luego de ser orientada en la línea 123. Aspectos de relevancia ante las consideraciones del *ad quem* y los cuestionamientos que plantea la defensa, al considerar que faltó a la verdad y contaminó la versión de los niños, así perjudicar al procesado, veamos los puntos de relevancia de su testimonio:

i) Frente al interrogatorio formulado por la Fiscalía, la testigo, no solo reiteró, sino que precisó que: (a) se dio cuenta que estaban abusando de sus hijos el día 10 de enero de

¹⁹ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 13. Audio audiencia de juicio oral, primera parte, 14 de marzo de 2019, minuto: 00:05:00.

2018, cuando los encontró tocándose, y al cuestionarles por esos hechos, la niña SVAC termina diciendo que el abuelo EDISON PEÑA ALARCÓN le tocaba la vagina con los dedos, le besaban la vagina, le ponía el pene en la boca y los ponía a ver películas pornográficas, en su lenguaje dice *mamá mi abuelo, señor EDISON, me pone películas en el televisor, donde hay personas desnudas que se tocan*; (b) a su turno su hijo JJAC le dice que sí, *ella me estaba tocando el pene, me estaba besando*, porque lo habían visto en la casa de la abuela, la niña se indispuso; cuando al otro día nuevamente le preguntó, se mostró resistencia a seguir contando²⁰.

ii) Precisa que los hechos ocurrieron en varias oportunidades en la casa de la abuela en el barrio Olaya; la niña no lograba ubicarse muy bien en el tiempo, pero en sus palabras le dijo que como 20 veces, sin que tenga precisión sobre cuantas son, pero fueron muchas²¹, pues iban con frecuencia a la casa de EDISSON PEÑA, al punto que él se convirtió en la persona que los cuidaba²², ya que en la misma casa tenía el taller donde trabajaba²³. El niño JJAG salía del jardín hacía las 3:30 de la tarde, y la niña a las 5:45 de la tarde, y EDISSON decía que iba a recoger a la niña o al niño²⁴, ya que tenían una buena relación, eran cercanos, EDISSON durante su infancia la acompañó varios años, por eso cuando se dio cuenta de lo sucedido le causó dolor²⁵.

²⁰ Ibidem., minuto: 00:11:35.

²¹ Ibidem., minuto: 00:15:01 y 00:16:30

²² Ibidem., minuto: 00:16:30

²³ Ibidem., minuto: 00:17:45

²⁴ Ibidem., minuto: 00:17:11

²⁵ Ibidem., minuto: 00:27:45

iii) Sobre los actos libidinosos destaca que (a) la niña le comentó que los tocamientos se los hacía por debajo de la ropa, (b) según la niña, en su lenguaje, EDISSON le había dicho que le besara el pene²⁶, (c) por su lado el niño JJAC le manifestó que su abuelo EDISSON le ponía el pipí en la vagina de la nana SVAC, pero ahora el niño poco recuerda el tema, y cuando intenta hablar con él le contesta *tú ya sabes qué hacíamos...*²⁷.

iv) Declara que la niña se volvió muy escéptica para hablar del tema, enseguida entró en depresión, lloraba y se orinaba en la cama, poco le gustaba hablar, en general se la pasaba acostada²⁸.

v) Al proceder la defensa con el contrainterrogatorio, la declarante *Lenny Yojana* destacó que: (i) cuando la niña comprendió los hechos quedó confundida, porque ella estaba acostumbrada a ir a la casa del procesado y allí permanecía un buen tiempo, ii) ella no entendía lo que estaba pasando, era como si eso fuera normal, iii) en la actualidad la niña es clara sobre lo que pasó, pues ahora comprende que lo que pasó fue malo y que no le debió de haber pasado²⁹.

Se destaca que durante los interrogatorios de la Fiscalía y la defensa, no hubo manifestaciones relacionadas con algún conflicto o discrepancia con su padrastro EDISSON

²⁶ Ibidem., minuto: 00:13:40

²⁷ Ibidem., minuto: 00:21:00

²⁸ Ibidem., minuto: 00:19:45

²⁹ Ibidem., minuto: 00:41:50

PEÑA ALARCÓN, por el contrario *Lenny Yojana* señaló que mantenían una buena relación, al punto que cuando se enteró de los hechos, para ella fue muy doloroso; como se observa más adelante, el supuesto conflicto familiar es un tema que posteriormente la madre y el hermano de la testigo, abuela y tío de los menores víctimas, respectivamente, trajeron al proceso, lo que a diferencia de la conclusión a la que llegó el *ad quem*, se observa que se intenta aportar un nuevo conocimiento lejano a la realidad de lo ocurrido, y que tiene por finalidad favorecer al procesado, lo cual resulta insuficiente frente a lo declarado por la madre de los niños y por los menores víctimas SVAC y JJAC, lo cual es verificado con los testimonios de los profesionales que conocieron el caso y atendieron a los niños.

5.5.2. Testimonio de la menor víctima SVAC³⁰

i) Luego de responder datos preliminares propios y familiares, sobre los hechos se destaca que: (a) cuando SVAC tenía seis años y su hermanito tres años, el procesado con sus manos y por debajo de su ropa le tocaba la vagina³¹, (b) el procesado varias veces le pidió que metiere su pene en la boca³²; (c) también, EDISSON le tocó el pene y la cola a su hermano JJAC³³, (d) les pedía que se acostaran, ella lo hacía y JJAC se subía, o el niño se acostaba y cuando ella se subía le pedía que le lamiera el pene³⁴, esto lo hacían con

³⁰ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 13. Audio audiencia de juicio oral, segunda parte, 14 de marzo de 2019, minuto: 00:04:00.

³¹ Ibidem., minuto: 00:09:33

³² Ibidem., minuto: 00:14:37

³³ Ibidem., minuto: 00:17:14

³⁴ Ibidem., minuto: 00:18:10

pantalones [*indica altura arriba de la rodilla*], y (e) con el procesado vieron películas de A-M-O-R, deletrea la niña³⁵, donde aparecían personas adultas³⁶.

ii) Al contrainterrogatorio de la defensa, la menor SVAC señala que: (a) después de que EDISSON le tocaba la vagina, le gastaba un dulce³⁷, (b) EDISSON la tocaba después de recogerla en el colegio y cuando sus papás no estaban³⁸, pues él pasaba por la casa y le decía a su mamá que la iba a recoger³⁹, además, (c) que cuando vivía en la casa de sus abuelos, EDISSON también tocaba la vagina cuando sus papás no estaban.

iii) A diferencia de las consideraciones del *ad quem*, la Corte observa que si bien el testimonio de SVAC no tiene la fluidez que quisiera el Tribunal, eso no lo hace insuficiente o incompleto, pues para la niña es claro que su abuelastro abusaba sexualmente de ella y su hermanito, lo cual guarda armonía con las manifestaciones que con anterioridad le hiciera a su mamá, en particular, si existieron las prácticas sexuales entre la niña y el niño hermano, por petición del procesado, quien, además, le daba dulces luego de que ella manipulaba con su boca el pene del acusado; los abusos ocurrieron en varias oportunidades, cuando habitaban en la casa del procesado, como también cuando residían en otro lugar, siempre ocurría en ausencia de sus papás; además, el

³⁵ Ibidem., minuto: 00:19:47

³⁶ Ibidem., minuto: 00:21:10

³⁷ Ibidem., minuto: 00:27:24

³⁸ Ibidem., minuto: 00:27:50

³⁹ Ibidem., minuto: 00:28:14

procesado en todo momento buscó estar cerca de los niños, para ello se ofrecía a recogerlos en el colegio, así tenerlos en su casa, o los viernes en la residencia de los papás, para pasar el fin de semana con ellos, como lo declaró la mamá y la abuela de los niños.

5.5.3. Entrevistas de la menor víctima SVAC

5.5.3.1. Realizada por *Clara Ortiz Martínez*, psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación⁴⁰

De acuerdo con el desarrollo del testimonio rendido por la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, se procedió a proyectar el contenido de la entrevista tomada a la menor SVAC el 19 enero de 2018. Entrevista de la cual se destaca que: i) cuando el procesado se encontraba a solas en su casa de habitación con la menor SVAC, *por debajo de la falda y por encima del interior le tocaba la vagina*⁴¹; ii) que la niña en varias oportunidades vio el pene de su abuelastro EDISSON PEÑA ALARCÓN⁴²; y iii) que estos hechos se los contó a sus papas, pero ellos entraron como en pánico, y esto pasaba cada vez que se nombraba al abuelo⁴³.

5.5.3.2. Realizada por *Derly Johana García Bedoya*, psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación⁴⁴

⁴⁰ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 12. Audio audiencia de juicio oral, 16 de febrero de 2019, minuto: 00:49:45

⁴¹ Ibidem., minuto: 01:10:10

⁴² Ibidem., minuto: 01:14:13

⁴³ Ibidem., minuto: 01:17:50

⁴⁴ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 13. Audio audiencia de juicio oral, segunda parte, 14 de marzo de 2019, minuto: 01:34:00

i) La psicóloga forense del centro de atención penal a víctimas de la subdirección de policía judicial del centro de Bogotá, se encargó de obtener el asentimiento de la niña SVAC previo a la recepción de la ampliación de la entrevista, *-por cuanto que, resultaba necesario aclarar algunos aspectos de la rendida a la psicóloga Clara Ortiz Martínez-*; luego la profesional *Derly Johana* describió y ratificó el contenido de la ampliación, enseguida procedió a su reproducción audiovisual.

En el curso de la entrevista, la niña SVAC narró los distintos eventos libidinosos vividos con su hermano menor JJAC y el procesado EDISSON PEÑA ALARCÓN; después a pregunta de la defensa sobre la negación de la niña a narrar lo ocurrido en una entrevista anterior, la psicóloga señaló que no se tiene una regla sobre el particular, pero en ocasiones, en los primeros escenarios los niños no cuentan todo lo que ocurre, siendo factible que lo hagan con posterioridad⁴⁵.

ii) Los hechos narrados por SVAC en entrevista tienen correspondencia con lo expuesto en su testimonio en juicio oral, en conjunto sus manifestaciones dan claridad sobre lo ocurrido, pues el relato no es divergente como lo consideró el *ad quem* y lo alegan la defensa y el Ministerio Público, en su condición de no recurrentes, sino convergente, obsérvese la relación que existe entre esas manifestaciones:

⁴⁵ Ibidem., minuto: 01:50:30

(a) La niña habló con su mamá acerca de que ella jugaba con JJAC y con el abuelo *-PEÑA ALARCÓN-*, recordando que este se paraba y ellos tenían que correr hacia él y el primero que le besara el pene se ganaba un dulce, *un huevo kínder*⁴⁶, cuando hacían esto observaba que la ropa del agresor estaba llena de pegante y sucia, porque era Zapatero⁴⁷. En este punto, la versión de la niña está acompañada de un contexto en que ocurren los hechos, esto funda su credibilidad.

(b) Señala que el acusado con unos muñecos les explicaba *-SVAC y JJAC-* como tenían que hacer para que JJAC metiera su pene cuando ella abría las piernas⁴⁸. Es cierto que no existe la suficiente claridad sobre cómo el niño introducía su pene en la vagina de la niña, pues ninguno de los dos es enfático en señalar si lo hacían desnudos; pero esto no obsta para inferir que el procesado, en su apetito libidinoso, si ponía a los niños a que uno se subiera encima del otro, tal como les explicaba con unos muñecos.

(c) Estas conductas se repitieron por más de un año⁴⁹, dice la menor SVAC que lo hacían y luego a la semana siguiente lo volvían a repetir⁵⁰, eso pasaba miles de veces⁵¹. Esto tiene correspondencia con la oportunidad que tuvo el

⁴⁶ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 15. Audio audiencia de juicio oral, primera parte, 19 de marzo de 2019, minuto: 01:34:38, 01:36:43 y 01:38:11

⁴⁷ Ibidem., minuto: 01:37:00

⁴⁸ Ibidem., minuto: 01:36:08 y 01:42:20

⁴⁹ Ibidem., minuto: 01:38:26

⁵⁰ Ibidem., minuto: 01:40:30

⁵¹ Ibidem., minuto: 01:43:30

procesado PEÑA ALARCÓN para abusar de los niños, pues ellos permanentemente estaban bajo su cuidado.

(d) Precisa la niña que los hechos ocurrieron en uno de los cuartos de la casa del acusado PEÑA ALARCÓN, cuando sus padres los dejaban bajo su cuidado, mientras iban a trabajar⁵².

(e) La niña muestra sobre su cuerpo como se presentaban los tocamientos que su abuelastro procesado le hacía por debajo de la ropa⁵³, y como lo señaló con mayor claridad en la entrevista rendida a la psicóloga *Clara Ortiz*, su abuelastro le *tobaba su vagina por debajo de la ropa, pero por encima de los interiores*, lo cual armoniza con que no estuvieron desnudos con él.

(f) La niña menciona que el acusado les decía que no le contarán a sus papas, porque no les volvería a dar dulces⁵⁴.

(g) Al ser preguntada sobre el motivo que tuvo para no contar estos detalles en una entrevista que le habían hecho con anterioridad, la menor SVAC respondió que no contó, porque le indicaron que parte del cuerpo le tocaron, pero no le dijeron que contara⁵⁵.

⁵² Ibidem., minuto: 01:39:35

⁵³ Ibidem., minuto: 01:43:55

⁵⁴ Ibidem., minuto: 01:44:19

⁵⁵ Ibidem., minuto: 01:45:10

En este sentido, el testimonio de SVAC guarda coherencia con las manifestaciones dadas en las entrevistas, las cuales fueron anunciadas, descubiertas y solicitadas su práctica en la audiencia preparatoria⁵⁶ e incorporadas en el juicio oral⁵⁷, por tanto, objeto de valoración probatoria junto al testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento.

5.5.4. Testimonio del menor víctima JJAC⁵⁸

De entrada, se advierte que, a pesar de tratarse del testimonio de un niño de cuatro años, las respuestas relacionadas con datos personales y familiares gozan de comprensión y coherencia, aspectos que también se observan en las demás respuestas relacionadas con los hechos, veamos:

i) El niño reconoce quien es EDISSON PEÑA, pese a señalar que su papá se lo recordó⁵⁹.

ii) Si bien a las preguntas de la Fiscalía se muestra distante, dice saber que algo paso con EDISSON, pero que no quiere decir *[en esta respuesta el niño se toma su tiempo, permanece callado y luego dice que no quiere decir]*⁶⁰.

⁵⁶ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 7. Audio audiencia preparatoria, 4 de diciembre de 2018:

⁵⁷ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 15. Audio audiencia de juicio oral, 16 de febrero de 2019, minuto: 01:50:25 y 01:53:30

⁵⁸ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 13. Audio audiencia de juicio oral, segunda parte, 14 de marzo de 2019, minuto: 00:35:10

⁵⁹ Ibidem., minuto: 00:42:37

⁶⁰ Ibidem., minuto: 00:46:32

iii) A respuesta de la defensa, el niño precisa que recuerda a EDISSON PEÑA, porque en todas partes tenía zapatos⁶¹.

iv) También recuerda que en la casa de EDISSON veían televisión a *-unos señores desnudos, y apagamos la tele, y cuando venía le olíamos... cuando echábamos la apuesta-*⁶², y que EDISSON a veces les daba dulces y en la comida dulces también⁶³.

Si bien el *ad quem* consideró que el niño JJAC no pudo dar detalles sobre los hechos investigados, desvirtuando por eso el presunto juego libidinoso y que haya visto la película pornográfica por indicación del procesado, lo cierto es que el menor no negó haber tenido alguna vivencia con el procesado EDISSON PEÑA y, por el contrario, no quiso recordar su experiencia traumática, pero a línea seguida a pregunta de la defensa recordó experiencias que aún no considera negativas como *que vieron en la televisión a personas desnudas, que apagaban la 'tele' y corrían hacia el acusado a quien olían cuando echaban una apuesta*, además que era habitual que les diera dulces.

En este contexto, si bien el testimonio JJAC por si solo resultaría insuficiente para demostrar los comportamientos libidinosos, no puede dejarse de lado que ofrece una serie de elementos que, al ser contrastados con el testimonio de su

⁶¹ Ibidem., minuto: 00:50:00

⁶² Ibidem., minuto: 00:50:30

⁶³ Ibidem., minuto: 00:51:38

hermana SVAC y las entrevistas realizadas por las psicólogas del CTI, permiten establecer que los actos libidinosos si ocurrieron y que su autor es el procesado EDISSON PEÑA ALARCÓN.

Especialmente, los testimonios de los niños son congruentes en establecer que veían en la televisión películas con posible contenido pornográfico y que apostaban a quien llegaba primero a donde su abuelo, donde ambos, desde su vivencia, señalaron que acercaban su cara de forma muy próxima a su abuelo, puesto que el niño JJAC señaló que corría a donde su abuelo a olerlo y la niña SVAC, por su edad, pudo comprender y concretar con más claridad que corrían a besar el pene del procesado.

5.5.5. Testimonio del médico pediatra Fabio Mauricio Ramírez Pérez⁶⁴

Luego de revisar la historia clínica, testifica que atendió a los pacientes menores SVAC y JJAC en el Hospital San Blas de Bogotá⁶⁵. Así testifica que:

i) A la menor SVAC de seis años la examinó el 13 de enero de 2018, cuando la niña llegó acompañada de su mamá, quien hizo un relato sobre el motivo de la consulta *[en lo sustancial la narrativa corresponde a lo expuesta en la denuncia]*, y refiere que las manifestaciones de la madre de

⁶⁴ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 15. Audio audiencia de juicio oral, primera parte, 19 de marzo de 2019, minuto: 00:12:30

⁶⁵ Ibidem., minuto: 00:14:30

la paciente, son compatibles con sospecha de abuso sexual, al parecer sin penetración; por esta razón solicitó diferentes estudios y valoraciones por trabajo social, psiquiatría, psicología.

ii) El mismo 13 de enero de 2018 examinó por igual cuadro de abuso sexual al menor JJAC de tres años, hermano de SVAC, quien tampoco presentó alguna alteración física; sin embargo, en correspondencia con los hechos expuestos por la mamá, se estaría en una condición de posible abuso y manipulación sexual, por parte del padrastro.

iii) Concluye que las circunstancias narradas sobre la ocurrencia de los hechos, explicarían que no se encuentren hallazgos extraordinarios a nivel genital, no haya desgarros, no haya flujo, porque si eso sucedió, podía haber sido solamente las manipulaciones que indica la madre de los menores.

5.5.6. Testimonio de Sandra Guiomar Bocanegra Delgado, psicóloga⁶⁶

De acuerdo con la historia clínica, refiere que el 16 de enero de 2018, en respuesta de interconsulta de la paciente SVAC, realizó una entrevista conjunta con la madre, porque la niña SVAC manifestó que no deseaba hablar acerca del

⁶⁶ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 15. Audio audiencia de juicio oral, primera parte, 19 de marzo de 2019, minuto: 00:40:29

tema y se mostraba un poco nerviosa⁶⁷, no insistió en la entrevista para evitar que diera varias versiones y permitir que más bien lo hiciera los investigadores de la Fiscalía⁶⁸; dice que la niña solo respondió aspectos generales y nada sobre el tema de violencia sexual⁶⁹; advierte que la madre de la niña hizo un relato sobre los hechos *[los cuales corresponden a lo narrado en la denuncia]*; a respuesta a la defensa, señala que al ver la situación de angustia, temor y culpa de la madre, decide realizar la intervención para poder facilitar su expresión emocional⁷⁰.

De acuerdo con los profesionales de la salud del hospital San Blas que atendieron en su primer momento a los menores víctimas, si bien los niños SVAC y JJAC no presentaron hallazgos físicos, esto no significa que los hechos no ocurrieron, sino que esas circunstancias son compatibles con diversas formas de abuso y manipulación sexual; para el caso, es evidente, conforme se infiere de las versiones de las víctimas ante la psicóloga de la Fiscalía y testimonio en juicio oral, que en efecto, las prácticas sexuales son de aquellas que no dejan hallazgos físicos. Recuérdese que se trataba de tocamiento y accesos carnales vía oral, cada vez que los niños tenían que besar el pene del procesado a cambio de un dulce, resultado del juego utilizado para lograr manipularlos, al punto, como lo sostuvo la madre de los niños, que en particular SVAC, en un principio no comprendía que era lo

⁶⁷ Ibidem., minuto: 00:48:55

⁶⁸ Ibidem., minuto: 00:56:17

⁶⁹ Ibidem., minuto: 00:49:41.

⁷⁰ Ibidem., minuto: 00:58:50

que había pasado, pues para ella los hechos eran el resultado de un juego, pues es con posterioridad que comprende el alcance y gravedad de lo ocurrido.

5.5.7. Testimonio de Luz Amparo Gallego Betancourth⁷¹

De la declaración de la testigo, esposa del procesado, madre de la denunciante y abuela de las víctimas menores, se destaca una serie de afirmaciones que van dirigidas a descreditar la credibilidad de *Lenny Yojana Calderón Gallego*; para eso se vale de sus vivencias desde la niñez, tales como: ser una niña difícil y desobediente; irse de la casa muy joven y estado en la calle consumiendo estupefacientes⁷²; quedar embarazada de la niña SVAC y entrar en un conflicto intrafamiliar con su compañero y luego quedar nuevamente embarazada de su niño JJAC; entrenar a su hija SVAC a mentir en el Jardín para justificar las inasistencias a clases⁷³; dedicarse a comercializar bebidas alcohólicas adulteradas⁷⁴; generar una serie de conflictos que le obligaron a irse de su propia casa y ellos se quedaron⁷⁵; después su esposo *-el procesado-* les pidió la habitación que les había compartido para que vivieran con sus niños, se fueron a vivir cerca para poder, todos los días, venir con los niños en busca de que EDISON PEÑA ALARCÓN se los cuidara⁷⁶.

⁷¹ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 15. Audio audiencia de juicio oral, segunda parte, 19 de marzo de 2019, minuto: 00:04:32.

⁷² Ibidem., minuto: 00:12:00

⁷³ Ibidem., minuto: 00:19:00

⁷⁴ Ibidem., minuto: 00:19:30

⁷⁵ Ibidem., minuto: 00:20:00

⁷⁶ Ibidem., minuto: 00:22:28

Cuestiona que su hija *Lenny Yojana*, luego de haberse perdonado y llevar una buen relación familiar, haya venido en diciembre de 2017 a pedir un consejo porque sus niños presentaban comportamientos sexuales inadecuados⁷⁷, luego en enero de 2018 se despidió y se fue con los niños, volviendo a saber de ella en marzo de 2018, cuando se entera de la denuncia que había presentado en contra de su esposo EDISSON PENA ALARCÓN⁷⁸.

También testifica que con su esposo EDISSON, en todo tiempo, se encargaban de cuidar a los niños SVAC y JJAC, siempre que necesitaban, de noche, de día. EDISSON los recogía en el Colegio, y ellos tenían un comportamiento normal, jugaban, corrían al abuelo, su abuelo para todo, abuelo quiero esto, abuelo quiero que me pongas los zapatos, abuelo llévame a el colegio, lo normal de todos los niños⁷⁹; agrega que EDISSON permanecía con los niños de *Lenny Yojana*, porque ella, la testigo, no estaba en la casa y su hija los dejaba, y cuando regresaba de trabajar, los niños aún se encontraban en la casa con su esposo.

5.5.8. Testimonio de Andrés Felipe Calderón Gallego⁸⁰

Declara que su hermana *Lenny Yojana Calderón Gallego* dejaba a sus hijos al cuidado de *Luisa Amparo*, su mamá, y

⁷⁷ Ibidem., minuto: 00:23:10

⁷⁸ Ibidem., minuto: 00:25:00

⁷⁹ Ibidem., minuto: 00:27:50

⁸⁰ Primera instancia, Cuaderno principal 1, Código 2021123632383, Página 18. Audio audiencia de juicio oral, 31 de julio de 2019, minuto: 00:06:32.

EDISSON PEÑA, porque según ellos, tenían que ir a trabajar; EDISSON se encargaba de llevar y recoger a SVAC, porque ella salía a las 3 de la tarde del jardín; es conocedor del comportamiento irregular de *Lenny Yojana* para con su mamá *Luz Amparo*, porque es una persona conflictiva, pero que no se le puede quitar que *Lenny Yojana* es una buena mamá; asegura que la denuncia que ella presentó es falsa, porque el procesado era más que un abuelo, estaba pendiente de sus nietos, de los útiles que necesitaba en el colegio⁸¹.

Al igual que lo declaró *Luz Amparo Gallego Betancourth*, *Andrés Felipe* hizo un recuento del comportamiento de su hermana, pues, una vez se voló de la casa y se metió con una gente pesada, gente que vendía droga y quien tuvo que ayudarla fue EDISSON⁸², sacarla de una casa donde la tenían, a ella le pegaron una puñalada en el cuello, le tiraron a matar. En esa oportunidad ella reconocía que EDISSON la había tratado como una hija.

Los testigos de la defensa *Luz Amparo Gallego Betancourth* y *Andrés Felipe Calderón Gallego*, abuela y tío de los niños SVAC y JJAC no ofrecen la razón suficiente para concluir que el procesado EDISSON PEÑA ALARCÓN no cometió los delitos por los cuales se le juzga; pues sus apreciaciones relacionadas con el buen trato y cariño que daba a sus hijastros menores y la supuesta conducta

⁸¹ Ibidem., minuto: 00:22:51

⁸² Ibidem., minuto: 00:20:54

irregular de *Lenny Yojana*, no son demostrativas de la inocencia del procesado.

Esa forma de comportamiento ideal del acusado, era de tal nivel que los niños no dieron cuenta que mientras su abuelastro realizaba los juegos estaba cometiendo conductas libidinosas; en ese contexto, para ellos era normal lo que estaba pasando, tal como lo señaló la denunciante *Lenny Yojana Calderón Gallego* y lo diagnostica el médico pediatra *Ramírez Pérez* que los atendió, al considerar que la situación era compatible con una sospecha de abuso y manipulación sexual y que también observa la psicóloga del CTI al realizar la entrevista SVAC.

Conclusiones

La denunciante tenía razón y la sospecha de abuso y manipulación sexual resultó ser cierta, pues los testimonios de los niños SVAC y JJAC sí ofrecen consistencia y fueron objeto de corroboración periférica; así que los menores en sus testimonios y entrevistas de SVAC cuentan la manera como ocurrían los hechos, SVAC con una narrativa de mayor contenido, espontánea, coherente y clara, al indicar el juego libidinoso de abuelastro y el premio que recibían para el primero que le besara el pene, y los tocamientos que le hacía en su vagina.

La narrativa de la niña encuentra armonía con las entrevistas rendidas a las psicólogas del CTI, sin que la

negativa inicial a contar lo sucedido y la aparente variación en su dicho, tenga la profundidad para afirmar que no se conservó el núcleo esencial de los abusos sexuales; por el contrario, la claridad de los hechos expuestos en el testimonio que rindió en el juicio oral, se explica en que, la rememoración iba acompañada del entendimiento de haber sido víctima de abuso sexual, pues la niña, ya comprendía que los juegos y premios que daba su abuelo no correspondían a la normalidad, sino que era el resultado de un abuso sexual, tal lo refiere la psicóloga del CTI.

Ahora, en lo que respecta al testimonio del menor JJAC, si bien, como se anotó, por sí solo no ofrece la razón suficiente para responsabilizar al procesado PEÑA ALARCÓN, si brinda unos mínimos elementos sobre la ocurrencia de los hechos imputados, en un primer momento, a pregunta de la Fiscalía sobre su abuelo, el niño luego de mostrar una pena inmensurable, responde no querer hablar de eso; y más adelante, a pregunta de la defensa, de manera espontánea, inesperada y sorpresiva declara que en la casa de EDISSON veían televisión a *-unos señores desnudos, y apagamos la tele, y cuando venía le olíamos... cuando echábamos la apuesta*⁸³, y que este a veces les daba dulces. Relato que, distinto a las conclusiones del *ad quem*, armonizan con los demás elementos materiales de prueba, en particular lo manifestado también con espontaneidad por su hermana SVAC.

⁸³ Ibidem., minuto: 00:50:30

Por lo anterior, los testimonios de *Luz Amparo Gallego Betancourth* y *Andrés Felipe Calderón Gallego*, no ofrecen la contundencia para demostrar que el procesado no cometió las conductas punibles endilgadas, como tampoco para restar credibilidad a la denunciante, por haber pasado por diversos momentos difíciles en la vida.

En consonancia con lo anterior, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, y en lo esencial la testimonial de las víctimas menores SVAC y JJAC, se observa que, en efecto, como lo sustentó la Fiscalía, el *ad quem* no consideró que: i) los relatos de los menores si ofrecen un contenido libidinoso, ii) los testimonios de las víctimas menores se soportaron en procesos de rememoración suficientes y se contrastaron con otras pruebas incorporadas al proceso, iii) si se hubieran atendido las anteriores circunstancias de apreciación en conjunto de las pruebas, se habría dado cuenta que existieron los juegos libidinosos con ayuda de vídeos pornográficos y realización de los actos sexuales consistentes en los tocamientos que hacía sobre sus víctimas, como también los accesos carnales abusivos, al lograr que los niños besaran su pene a cambio de un dulce o huevo kínder, como premio.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere el conocimiento *más allá de toda duda*, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. En otras palabras, la decisión de

condena supone haber superado el estado de *duda razonable* y contar con la prueba que permita superar el estándar de incertidumbre para llegar a la comprobación del tipo penal objetivo y del subjetivo que conforman la conducta delictiva materia de juzgamiento.

A partir del análisis y valoración de los elementos de conocimiento que integran el acervo probatorio del proceso, la Sala encuentra que se satisface el estándar previsto en el art. 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar, de cara a la ocurrencia de los hechos y responsabilidad penal del procesado EDISSON PEÑA ALARCÓN.

Como consecuencia de la prosperidad del cargo formulado en la demanda, se impone casar el fallo absolutorio proferido por el Tribunal para, en su lugar, dejar en firme la sentencia condenatoria proferida en primera instancia como autor de los delitos *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.*

En atención a que con el fallo de casación cobra firmeza la decisión condenatoria de primer grado, se dispone oficiar al Juzgado de primera instancia para que libre orden de captura en contra del acusado, bajo los términos y motivaciones dispuestos en esa determinación, para efectivizar la sanción privativa de libertad que la Corte refrenda en esta oportunidad.

Se advierte que, tal y como lo consideró el fallador de primera instancia, no proceden en este caso los subrogados y sustitutos penales ante la expresa prohibición contenida en los artículos 68A del Código Penal y 199 de la Ley 1098 de 2006.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. CASAR el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Bogotá a favor de EDISSON PEÑA ALARCÓN para, en su lugar, **DEJAR EN FIRME** la condena proferida en su contra por el Juzgado 20 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá como autor de los delitos de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.*

Segundo. ORDENAR que por intermedio del Juzgado Catorce Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, en su condición de juez de primera instancia, se emita la correspondiente orden de captura, a efecto del cumplimiento de la pena impuesta.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

24



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO

CUI: 11001600001520180026001
Radicado. 59068
Casación Ley 906 de 2004
EDISSON PEÑA ALARCÓN



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 7798482857BC33933670937E42B817F6FBD5F2FAEDA29B7508A106ACFA4C370B

Documento generado en 2024-08-22