



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

SP9508-2016

Radicación No. 47124

(Aprobado Acta No. 211)

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor público de la víctima -I.A.V.¹- contra la sentencia del 19 de agosto de 2015, en virtud de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia revocó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, con

¹ Para proteger el derecho a la intimidad de los menores de edad, en esta providencia se suprimen sus nombres.

funciones mixtas, y, en su lugar, absolvió a **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO** del concurso homogéneo y heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS

Durante el periodo comprendido entre el 2010 y el 2012, **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO**, quien manejaba una *moto-taxi* en el municipio de Venecia (Antioquia), fue encargado por LMVS de transportar a su hijo I.A.V. -para la época menor de 14 años²-, de su casa o del lugar de trabajo de ella hasta la escuela.

Durante esos trayectos y, en ocasiones, en el sector denominado “(...)”, **URREGO GIRALDO** tocaba y besaba al menor en su miembro viril, hacía que éste le acariciara el suyo y, además, lo accedía carnalmente por vía anal. Esa penetración también ocurrió en el sillón de la *moto-ratón* que aquél conducía.

Tales acontecimientos los dio a conocer el niño cuando, una tarde del mes de octubre de 2012, su madre lo encontró manipulándose sus genitales.

ACTUACIÓN PROCESAL

² Según obra en el expediente (folio 57 del cuaderno principal), nació el 20 de septiembre de 2003.

1. En audiencia concentrada del 17 de julio de 2013 el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia (Antioquia), con funciones de control de garantías, impartió legalidad a la captura de **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO**³, a quien la fiscalía le imputó el concurso heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos en concurso homogéneo. El Juez le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario⁴.

2. El 8 de noviembre posterior la Fiscalía 20 Seccional de Fredonia radicó escrito de acusación⁵, en iguales términos, e hizo la correspondiente formulación el 11 de diciembre siguiente, con la aquiescencia del Juzgado Penal del Circuito de esa ciudad con funciones de conocimiento⁶.

3. El 27 de febrero de 2014 se surtió la audiencia preparatoria⁷ y la del juicio oral se llevó a cabo los días 19 de mayo⁸, 13 de agosto⁹ y 1° de octubre de esa anualidad¹⁰, y 5¹¹ y 26 de febrero de 2015¹².

4. El 9 de abril ulterior el Juez dictó sentencia condenatoria por los injustos endilgados e impuso a

³ La orden fue expedida el 25 de abril anterior por el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia con funciones de control de garantías (folio 5 del cuaderno juzgado de control de garantías).

⁴ Folio 11 *Id* y registro en disco compacto.

⁵ Folios 1 a 8 del cuaderno juzgado de conocimiento.

⁶ Folio 30 *Id*.

⁷ Folios 40 y 41 *Id*.

⁸ Folio 65 *Id*.

⁹ Folio 119 *Id*.

¹⁰ Folio 143 *Id*.

¹¹ Folio 165 *Id*.

¹² Folio 174 *Id*.

URREGO GIRALDO 224 meses de prisión e igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Dispuso oficiar al ICBF para que, conforme al artículo 60 de la Ley 1098 de 2006, vincule al menor víctima a programas de atención especializada que aseguren el restablecimiento de sus derechos; y determinó que, a través de la Fiscalía Delegada, se compulsen copias para que se investiguen las posibles conductas delictivas en pudo incurrir el acusado frente a los chicos F.V., N.V.C., L.J.P.T., J.M., J.E.P., E.N. y J.A.¹³

5. La defensa apeló la decisión y el Tribunal Superior de Antioquia, en fallo del 19 de agosto sucesivo, la revocó para, en su lugar, absolver al acusado y ordenar su libertad¹⁴.

6. El representante de la víctima interpuso recurso de casación y presentó la demanda correspondiente, la que fue admitida por esta Sala en auto del 13 de enero del año en curso¹⁵.

7. La audiencia de sustentación se realizó el pasado 24 de mayo, fecha en la que la Corte aceptó el impedimento manifestado por el magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

¹³ Folios 176 a 192 *Id.*

¹⁴ Folios 235 a 244 *Id.*

¹⁵ Folio 53 del cuaderno de la Corte.

para intervenir en la discusión y solución del presente asunto¹⁶.

LA DEMANDA

El jurista formula un *único cargo*¹⁷ por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de un falso raciocinio, toda vez que el *ad quem*, al apreciar las pruebas, desconoció reglas de la lógica y de la experiencia.

Las inferencias erradas se contraen a lo siguiente:

1. La veracidad de lo declarado por I.A.V.

El juez plural consideró que la entrevista rendida por I.A.V. en la Comisaría de Familia de Venecia no tiene la solidez y contundencia necesarias para darle crédito.

Al respecto, asegura el censor que aunque el niño no fue llevado a juicio, sí ofreció dos versiones, una, la referida en precedencia, y, otra, ante el médico que le practicó reconocimiento. La primera se introdujo a través de la Comisaria ELIANA LUCÍA VÉLEZ MONCADA y en ella narró cómo, en una oportunidad, el acusado lo convidó, junto con tres menores, a una finca, pero en realidad los llevó al sector denominado “(..)”, donde ejecutó actos de contenido sexual. Adicionalmente, contó otros eventos vividos con “*pionero*” (apodo del procesado), en los que éste le besaba su miembro

¹⁶ Folios 75 y 76 *Id.*

¹⁷ Folio 261 del cuaderno principal.

viril, lo ponía a hacerle lo mismo y le introdujo su pene por el ano.

Si bien los niños L.J.P.T. y F.S.P.T. negaron que se hubiese presentado ese episodio, el Tribunal pasó por alto que **URREGO GIRALDO** fue llamado a juicio por más sucesos (se le atribuyó un concurso homogéneo y heterogéneo de actos y accesos), y que los menores abusados tienden a ocultar esos incidentes por vergüenza, o temor al reproche de sus padres, familiares y amigos, así como por miedo frente al victimario. El juez plural erró, entonces, al considerar como inexistentes los otros acontecimientos abusivos relatados por I.A.V.

La valoración de la entrevista de I.A.V., en conjunto con lo depuesto por el joven N.V.G y la señora LMVS, así como con la pericia efectuada por ELIANA CECILIA GALVIS SERNA, permite concluir que el acusado abusó sexualmente del primero.

Pasó por alto el *ad quem* lo declarado por ARF, tía de L.J.P.T. y F.S.P.T., quien refirió que este último le contó que “*pionero*” lo había violado; además, que su otro sobrino, M.F.T., de 13 años, le dijo que estuvo en la casa de **URREGO GIRALDO** jugando “*play*” y éste le practicó sexo oral.

N.V.G. afirmó no tener conocimiento sobre los abusos sexuales objeto de juzgamiento, pero sí reveló que una vez el procesado, mientras lo transportaba en la *moto-ratón*, lo manoseó en su miembro viril por encima de la pantaloneta,

y que sabe que lo mismo hizo con su amigo J.M. y su primo J.E.P. de 13 años de edad. Aquí, el Tribunal se equivocó al aducir que solamente con sentencias condenatorias se podría acreditar el prontuario de abusador, pues lo comunicado por N.V.G. posibilita construir un indicio grave de responsabilidad.

En consecuencia, analizados todos los elementos de juicio, se materializa el principio lógico de razón suficiente necesario para declarar la responsabilidad del acusado, el cual fue desconocido por el juez plural.

2. La corroboración científica de los episodios abusivos.

A juicio de la colegiatura, no hay prueba científica sobre el abuso, sin embargo –dice el impugnante–, el Tribunal ignoró que la psicóloga que atendió a I.A.V. lo hizo por razón de una supuesta violencia intrafamiliar, no por abuso sexual. Por manera que su trabajo no fue forense.

La galena ELIANA CECILIA GALVIS SERNA practicó al menor víctima un examen médico legal, el cual no fue apreciado con el resto del material probatorio, pues si I.A.V. le informó a su madre sobre los abusos por parte del procesado, que incluyen penetración por vía anal, reafirmó luego tal hecho ante la Comisaria de Familia y en el dictamen forense se consignó que el ano del niño tiene señales en su tono y modificación de pliegues que representan un posible evento de abuso sexual, es ilógico

que el *ad quem* concluya que esas «*modificaciones pudieron ser producidas por otras circunstancias diversas del abuso*»¹⁸.

3. La credibilidad de la progenitora y la inexistencia del síndrome de alienación parental.

En la sentencia impugnada se le restó credibilidad a LMVS, madre de I.A.V., bajo el argumento que no dijo toda la verdad sobre su relación con el procesado, ser conflictiva y haber perdido la custodia de su hijo. A ese desenlace se arribó luego de que el juez plural valorara la declaración de MEA, quien ahora tiene la custodia de I.A.V., empero, de sus atestaciones en juicio se puede concluir (trae apartes) que sentía una profunda animadversión por LM.

El Tribunal no conoció las razones por las cuales ME tiene ahora la custodia del menor, pues no se aportó la sentencia correspondiente; e hizo mención a la existencia de un síndrome de alienación parental, sin que la defensa hubiese presentado un perito psicólogo que lo confirmara y sin estar probado dentro del proceso. Es más, de lo narrado por LM no se desprende que ella tuviera más que una relación de amistad, no de pareja, con **URREGO GIRALDO** y los detalles ofrecidos sobre los episodios abusivos son coherentes con el resto de material probatorio.

Por consiguiente, sí se supera el grado de conocimiento más allá de toda duda sobre la

¹⁸ Folio 265 *Id.*

responsabilidad del procesado. Se violó, por aplicación indebida, el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita a la Corte casar la sentencia de segundo grado y, en su reemplazo, confirmar la condenatoria de primera instancia.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Recurrente.

El ***casacionista*** precisa que la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia desconoció el principio lógico de razón suficiente.

Los errores atribuidos se contraen a: *(i)* restarle veracidad a lo manifestado por I.A.V., atendiendo que los dos menores llamados a juicio no corroboraron su dicho; *(ii)* aducir que la psicóloga clínica no detectó el abuso sexual, pese a que ella enfatizó en que no fungió como forense; *(iii)* determinar que con el examen médico legal practicado a la víctima no se puede concluir que las lesiones allí reconocidas sean consecuencia de un acceso carnal; *(iv)* no creerle a la progenitora de I.A.V., por razón de lo expuesto por la tía, MEA, con lo cual pasó por alto que a esta última no se le podía creer habida cuenta que estaba disputando la custodia del niño, y *(v)* inferir que existe un síndrome de alienación parental, sin que ello esté probado.

2. No recurrentes

2.1. El **Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia** manifiesta que la intervención de esta Corporación restablecerá los derechos fundamentales del menor. En ese orden, pide que prospere la demanda, toda vez que el juez de primer grado hizo una correcta valoración de las pruebas.

La narración de I.A.V. es creíble, se apreció a la luz de los principios técnico científicos de la percepción y la memoria, y no se probó que su madre lo hubiese manipulado.

No es admisible destruir la certeza probatoria a la que arribó el *a quo* por el simple hecho que el niño no hubiese ido al juicio, pues tal medida se adoptó para evitar revictimizarlo. Además, se introdujo la entrevista que rindió ante la defensora de familia. El Tribunal no especificó por qué razón lo allí manifestado no es verosímil y tampoco cómo, pese a que existe un dictamen médico legal que muestra lesiones en la zona anal del menor, no sea viable concluir que ellas son producto de un acceso carnal, toda vez que éste fue señalado por la profesional como una de las posibles causas.

Finaliza afirmando que sería conveniente acabar con la práctica de no llevar al niño al juicio, puesto que, en ciertos eventos, es la única prueba con la que cuenta la fiscalía.

2.2. La **Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia** asevera que el problema jurídico que entraña la demanda debe abordarse atendiendo que la víctima es un niño y, en ese orden, es importante salvaguardar sus derechos, que son prevalentes en el ordenamiento constitucional y en los tratados internacionales, sin desconocer las garantías del procesado, entre ellas, la inocencia y el *in dubio pro reo*.

Manifiesta que el Tribunal crea dudas inexistentes, toda vez que resta credibilidad a los dichos de I.A.V. y exige una tarifa legal de sentencia condenatoria para acreditar que el acusado ha cometido, con anterioridad, esta clase de conductas con otros niños.

A juicio de la representante del ministerio público, los errores señalados en el libelo se configuran y, por ende, los cargos deben prosperar. Así lo explica:

Existe en el plenario corroboración externa al dicho de I.A.V., quien fue claro en señalar el: *qué* (los hechos libidinosos ejecutados sobre él y por él), *quién* (directamente señaló a una persona), *dónde* (en la *moto-ratón* y los lugares a los que fue llevado) y *cuándo* (la época en que los hechos ocurrieron).

Con lo depuesto por el otro jovencito no se buscó probar antecedentes penales del enjuiciado, sino suministrar una ratificación al dicho de la víctima, por

manera que pedir fallos condenatorios es imponer una tarifa probatoria no autorizada por el legislador.

A pesar de que con el dictamen médico es imposible sostener con certeza que las lesiones encontradas en el menor fueron producto de un acceso carnal, en el proceso no se probó que ellas se hubiesen ocasionado por otras causas. Tales pericias no son de certeza, sino de probabilidad, última que se reafirma con la narración del niño.

La psicóloga que vio a I.A.V. no lo hizo para examinar el posible abuso sexual y no se acreditó la existencia de un síndrome de alienación parental, tesis que, además, no es acogida por la comunidad científica.

2.3. La **defensa** de **URREGO GIRALDO** asegura que el actor erró en la elaboración de la demanda, concretamente, falló en su pretensión, en la construcción de los cargos y en la indicación de las reglas de la sana crítica violentadas.

Reclama a la Corte no casar la providencia impugnada porque a los menores que acudieron al juicio no se les preguntó sobre los episodios sexuales atribuidos al acusado; la entrevista de la víctima no fue tomada conforme a los protocolos exigidos; el dictamen sexológico no estuvo precedido de un informe debatible en el juicio, y la profesional no aseguró que las fisuras en el ano de I.A.V. fuesen producto de una penetración.

CONSIDERACIONES

1. De manera anticipada hay que hacer dos precisiones. Primera, que contrario a lo pretendido por la defensa, no se hará glosa alguna en punto de las falencias de la demanda, toda vez que, una vez admitida, lo procedente es ocuparse sobre el fondo del asunto; con mayor razón cuando en el auto por el cual se le dio curso, el magistrado ponente advirtió la existencia de defectos y, no obstante, indicó que los superaría, dada la índole de la controversia planteada y toda vez que su contenido permitía determinar el alcance de la impugnación.

Segunda, que como la esencia del recurso es hacer un control legal y constitucional de la sentencia impugnada, la Corte no se limitará a corroborar si, como lo dijo el actor, el Tribunal recayó en un falso raciocinio, sino que verificará - sin desconocer la amplia facultad probatoria que tiene el juzgador- si incurrió en otro yerro, sea de hecho o de derecho, y si el mismo es trascendente, de forma que, de no haber recaído en él, el sentido de la determinación sería distinto.

2. Con tal propósito, para una mejor comprensión del asunto, la Sala iniciará por sintetizar los argumentos expuestos por el *ad quem* en su providencia; luego, recordará la tesis reinante en la jurisprudencia constitucional y penal sobre la presencia en juicio de los menores de edad víctimas de delitos sexuales y sus declaraciones anteriores; para, seguidamente, examinar el

material probatorio que sirvió de soporte a las instancias al momento de adoptar la decisión, y, paralelamente, constatar los posibles yerros del fallador de segundo grado.

3. Previamente, dado que el recurrente mencionó afectación del principio de razón suficiente, la Corporación debe señalar que, conforme al mismo, en el terreno de la argumentación, una conclusión solo puede ser válida cuando las premisas en las que se funda están debidamente probadas como ciertas o verídicas. Sobre dicho axioma, formulado por primera vez por el filósofo alemán GOTTFRIED WILHELM LEIBNITZ¹⁹ y, casi un siglo después, complementado por ARTHUR SCHOPENHAUER, en su trabajo *De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente*²⁰, se ha pronunciado así la jurisprudencia:

...es el principio que alude a la importancia de establecer la condición –o razón– de la verdad de una proposición.

El principio de suficiencia es radicalmente opuesto al de no contra-dicción que se tratará más adelante (infra 3.1), o incluso comple-mentario del mismo, en la medida en que el primero se refiere al fundamento de la proposición acerca de la cual se busca

¹⁹ «Se fundan nuestros razonamientos en dos grandes principios: el de la contradicción, en virtud del cual juzgamos falso lo que ésta encierra, y verdadero lo que es opuesto a lo falso o contradictorio. (...) Y el de la razón suficiente, en virtud del cual consideramos que no se podría hallar hecho alguno, verdadero o existente, ninguna enunciación verdadera, sin una razón suficiente, por la cual sea así, y no de otro modo, aunque estas razones nos sean desconocidas con frecuencia.» LEIBNITZ G.W., *La Monadología*, Opúsculos, Biblioteca Económica Filosófica, Volumen V, Traducción de Antonio Zozaya, 2ª Edición, Madrid 1889, pág. 18. Obra consultada en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/monadologia.pdf> el 10 de junio de 2016 a las 8:35 a.m.

²⁰ En el sentido de determinar cuatro formas de aplicación del principio: lógica (conocimiento), física (ley de causalidad), matemática y moral. Obra consultada en http://juliobeltran.wdfiles.com/local--files/cursos:ebooks/Schopenhauer_Cu%C3%A1druple%20ra%C3%ADz.pdf el 27 de junio de 2016 a las 8:35 a.m.

predicar su veracidad o falsedad, sin que para llegar a una conclusión en este último sentido se haya aceptado siquiera la posibilidad de existencia de la proposición contraria bajo una idéntica relación, que es a lo que en la práctica atañe el segundo.

Es decir, mientras que el principio de no contradicción (al igual que otros principios de la lógica como los de tercero excluido e identidad) se refiere a la correcta forma de razonar desde un punto de vista formal, el de razón suficiente concierne de manera directa al contenido del objeto de conocimiento o, mejor dicho, al fundamento de verdad de los enunciados que se predicán, por lo que tendría más vínculos con la epistemología que con la lógica de cuña aristotélica. (CSJ SP, 13 feb. 2008, rad. 21844).

Recuérdese que el método de apreciación de los medios de convicción que rige el proceso penal es el de la sana crítica; sistema que la Corte ha definido como el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo con lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma 'sana', esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables y 'crítica', es decir, con base en los hechos objeto de valoración, entendidos como 'criterios de verdad', sean confrontados para establecer si un hecho determinado pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.

Ahora bien, la ley de razón suficiente que informa la lógica consiste en que nada existe sin razón suficiente. Por tal motivo, para considerar que una proposición es completamente cierta,

debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo.

El cumplimiento de esta ley confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado y, por lo mismo, constituye una condición necesaria de la exactitud y de la claridad del pensamiento, así como de su rigor lógico y de su carácter demostrable.

Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho. (CSJ SP, 13 sep. 2006, rad. 21939).

También ha manifestado que su aplicación en el sistema de apreciación de la sana crítica impone al juzgador que en su providencia exhiba *«las razones de sus juicios, los por qué de los hechos que estima demostrados»* (CSJ SP, 7 sep. 2011, rad. 29848).

De manera pues que la decisión judicial debe ser el resultado de un razonamiento analítico y dialéctico a través del cual solo se podrá declarar la responsabilidad de una persona si, luego del proceso valorativo, existe un soporte demostrativo suficiente que derrumbe la presunción de inocencia a partir de lograr un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal

del acusado (artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

Los fundamentos de la sentencia recurrida

4. El Tribunal revocó el fallo condenatorio dictado en primera instancia y en su lugar absolvió al acusado, con base en los siguientes argumentos:

(i) I.A.V. no acudió al juicio; (ii) lo que relató ante la Comisaría de Familia no es creíble porque fue desmentido por L.J.P.T. y F.S.P.T.; (iii) la profesora EMB no corroboró que las llegadas tarde del menor al plantel educativo se debieran a que el procesado no lo llevaba a tiempo, sino a que «se quedaba jugando en la escuela sin entrar al aula de estudio»²¹; (iv) ARF negó que I.A.V. se transportara al colegio en *moto-ratón* y no le consta que **URREGO GIRALDO** haya abusado de su sobrino M.F.; (v) la psicóloga ESTHER VIVIANA VELÁSQUEZ ÁNGEL, que trató por tiempo prolongado a I.A.V., nunca se percató que hubiese sido violentado sexualmente; (vi) el menor víctima le tiene temor a su progenitora y ella lo manipula; (vii) lo dicho por la tía MEAR es creíble, pero no así lo narrado por la madre, pues si ésta mintió respecto de su relación con el acusado, puede también hacerlo en sus sindicaciones delictuales (trae a colación el síndrome de alienación parental); (viii) en el dictamen sexológico solamente aparece que I.A.V. se refirió a «un señor»²², sin que con ello confirme o niegue que se trata de **URREGO**

²¹ Página 9 del fallo.

²² Página 15 *Id.*

GIRALDO; (ix) aunque en esa experticia se informaron rastros compatibles con una penetración anal, no se demuestra que ésta hubiese ocurrido, dadas las varias hipótesis que sobre tal hallazgo se expusieron; (x) el joven N.V.G. no corroboró la versión de I.A.V., y (xi) a pesar de que lo manifestado por N.V.G. podría dar lugar a pensar que el encartado tiene un perfil propenso a ejecutar ese tipo de actos, «no era con este medio de prueba sino con sentencias condenatorias que por ilicitudes similares a las que aquí se juzgan existieran contra URREGO GIRALDO, de que (sic) podría válidamente demostrarse su prontuario de abusador sexual»²³.

Los niños víctimas de delitos sexuales y su presencia en el juicio. Sus manifestaciones anteriores

5. Como con acierto lo dejó entrever la representante del ministerio público, los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44). Los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, pero, sin que ello implique dejar de resguardar las garantías del autor de la conducta punible, entre ellas, la presunción de inocencia.

Así lo ha afirmado la Corte Constitucional en CC. C-177/14:

²³ Página 8 del fallo de segunda instancia.

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

Se erigen así una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8° Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía).

(...)

7.3. La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas²⁴ como el principio pro infans.

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

²⁴ Cfr. T-593 de 2009, ya referida, entre otras.

Esta Corporación ha reconocido esa tendencia proteccionista y ha sostenido que es posible que los niños abusados acudan al juicio, siempre que se les garanticen a plenitud sus derechos. Así mismo, ha admitido, incluso antes de que se expidiera la Ley 1652 de 2013, que sus declaraciones anteriores se tengan como prueba de referencia admisible, a efectos de evitar que sean, de nuevo, victimizados. En CSJ SP14844-2015²⁵ afirmó:

Así, cuando el testigo comparece al juicio oral, por regla general sus declaraciones anteriores no podrán ser aducidas como prueba, sin perjuicio de lo establecido en precedencia sobre los usos para refrescar memoria e impugnar la credibilidad. Lo anterior tiene una excepción, cuando se trata de declaraciones de niños, y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, habilitan el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral.

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

La anterior doctrina fue consolidada por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, donde, de nuevo, hizo un completo

²⁵ Radicado 44056.

recorrido por los tratados internacionales y las normas internas que consagran la obligación del Estado de Proteger a los niños en el contexto del proceso penal, principalmente cuando han sido víctimas de abuso sexual.

(...)

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013²⁶, donde se regula la forma como debe tomarse la

²⁶ Artículo 1°. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Artículo 2°. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006. por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad. se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004. para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. Parágrafo 10. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2°. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3°. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad,

entrevista a los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización.

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que “bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión”.

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida²⁷.

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la

integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

²⁷ La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su

declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario.

Recientemente, en CSJ SP3332-2016²⁸, la Sala reiteró su postura y agregó:

En síntesis, la decisión del legislador de darle la categoría de elemento material probatorio a la entrevista forense regulada en la Ley 1652 de 2013, tiene incidencia en la regulación de los actos preparatorios del juicio oral. Frente al manejo de dichas entrevistas en el juicio oral, se dispuso expresamente que son admisibles a título de prueba de referencia, al adicionar la regla e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, a la luz de los criterios regulados en el apartado 2.2. de este fallo, las declaraciones rendidas por los NNA en los términos de la Ley 1652 de 2013, si se presentan como prueba en el juicio oral, constituyen prueba de referencia porque: (i) se trata de declaraciones, de claro contenido incriminatorio, que, además, se reciben con la vocación de ser utilizadas en la actuación penal; (ii) el carácter testimonial no se afecta por el hecho de que se le denomine elemento material probatorio, para efectos de su regulación en la fase de investigación; (iii) son declaraciones realizadas por fuera del juicio oral (iv) se presentan en el juicio oral como medio de prueba, (v) pueden impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, especialmente en lo concerniente al control del interrogatorio y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo; y (vi) los

²⁸ Radicado 43866.

anteriores aspectos no dependen de la edad del testigo, sin perjuicio de las medidas que deben tomarse para proteger a los niños y otras personas especialmente vulnerables.

Siendo así, estas declaraciones no pueden servir de fundamento exclusivo de la condena, según lo establecido en el artículo 381, inciso final, de la Ley 906 de 2004, lo que coincide con lo planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ratificado por el Tribunal Supremo de España en torno a la imposibilidad de que la condena se base exclusiva o preponderantemente en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar.

Por otra parte, el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013 establece las reglas para la recepción de las entrevistas forenses de NNA víctimas de los delitos allí previstos. Esta reglamentación incluye los siguientes aspectos: (i) la documentación de la entrevista, (ii) la forma como la misma debe realizarse y (iii) la utilización de la declaración del menor cuando resulte estrictamente necesario.

(...)

Esta reglamentación contiene una directriz sobre la investigación de este tipo de delitos, que reafirma la obligación de realizar pesquisas especialmente cuidadosas, orientadas a obtener evidencias que, de un lado, permitan que la versión del menor se utilice cuando sea estrictamente necesario, y de otro, que los desequilibrios que puedan generarse por las medidas que se adopten para proteger a los NNA, que afecten las garantías debidas al procesado, puedan compensarse con la obtención de otros medios de conocimiento que brinden mejores elementos de juicio para resolver sobre la responsabilidad penal.

(...)

Según se indicó en los anteriores apartados, el ordenamiento jurídico consagra varias posibilidades para el manejo de las declaraciones de menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de abuso

sexual o de otros delitos graves. Las normas en mención deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del ordenamiento interno que consagran los derechos de los niños probables víctimas de delitos graves y los derechos del acusado, sin perjuicio del legítimo interés de la comunidad en que los delitos sean esclarecidos y los responsables sancionados. Además, debe considerarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de esta Corporación, según las reglas del precedente en el ordenamiento jurídico nacional.

La Fiscalía, al tomar las decisiones sobre el manejo de las declaraciones de los niños que comparecen a la actuación penal en la calidad ya indicada, debe evaluar con detenimiento cada evento en particular. En todo caso, debe considerar aspectos como los siguientes:

La Ley 1652 de 2013 estableció que el ente investigador debe sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada

en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.

La Fiscalía tiene la posibilidad de optar, cuando lo considere procedente, por la figura de la prueba anticipada, que generalmente le permite al procesado el ejercicio del derecho a la confrontación y, en consecuencia, evita que la declaración anterior del menor sea considerada prueba de referencia. En todo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones consagradas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, orientadas a evitar que el niño sea objeto de una nueva victimización.

Según se indicó en el apartado 2.5.3.2.1, la práctica de prueba anticipada no sólo resulta útil para evitar la limitación excesiva del derecho del acusado a interrogar o contrainterrogar a los testigos de cargo. También puede favorecer los intereses de la víctima en la medida en que el medio de conocimiento no estará sujeto a la restricción de que trata el artículo 381 atrás citado, a lo que debe sumarse que el juez de conocimiento contará con mejores elementos de juicio para valorar la declaración, según se ha indicado a lo largo de este proveído.

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2., sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013.

De manera que no hay lugar, como lo hizo el Tribunal, a elevar críticas porque el menor abusado no fue llevado al juicio. Acertadamente lo adujeron el recurrente y los

delegados de la Fiscalía y de la Procuraduría, tal eventualidad habría implicado su victimización secundaria –la producida como consecuencia, no directamente por el acto delictivo, sino por el tratamiento inadecuado que con posterioridad se le da al perjudicado por parte de las instituciones y del sistema judicial-, máxime cuando en esta ocasión se cuenta con elementos materiales probatorios y evidencia física que acreditan la materialidad de las conductas punibles y su autor.

6. Ahora bien, en lo que toca con la credibilidad de los relatos ofrecidos por niños abusados sexualmente, la Sala ha sostenido, además, que *«puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran»*; pero también, que ello no significa que aquellos no puedan faltar a la verdad y *«que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación»*. Por consiguiente, es imperioso valorar sus dichos *«como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate»* (CSJ SP7326-2016, rad. 45585. En igual sentido, CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 37044).

Así las cosas, es forzoso analizar las circunstancias que rodean su declaración y cotejar ésta con los demás medios de convicción recaudados, al amparo de las reglas de la sana crítica, a efectos de verificar su grado de credibilidad y veracidad. El funcionario tendrá que explorar, entonces, atendiendo los principios técnico científicos, su

percepción, su memoria, la naturaleza de lo percibido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello tuvo lugar, la forma de sus respuestas y, entre otras circunstancias, el interés que pudieran tener en el caso concreto.

El examen probatorio y las falencias del ad quem

7. I.A.V. no acudió al juicio, pero existen dos declaraciones suyas anteriores, que fueron incorporadas legalmente a través de las profesionales que las recibieron y que constituyen, como acertadamente lo consideró la colegiatura, prueba de referencia admisible.

Una, del 17 de octubre de 2012 frente a la médica ELIANA CECILIA GALVIS SERNA, quien le realizó una valoración por sexología en el Hospital San Rafael de Venecia²⁹ y, otra, del 14 de marzo de 2013, ante la Comisaria de Familia de ese municipio, ELIANA LUCÍA VÉLEZ MONCADA³⁰.

En la primera narró:

En varias veces el señor me llevaba al R [es una vereda del municipio de Venecia], me sentaba encima de él, y cuando yo le decía al señor que le iba a contar a mi mamá, el señor me decía que si yo le contaba a mi mamá, yo sabía lo que me pasaba, entonces a mí me daba miedo decirle a mi mamá. El (sic) cuando

²⁹ Folios 76 y 77 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 122 a 128 *Id.*

*me veía, me llamaba y me hacía así (se lleva la el (sic) el dedo índice (sic) al ojo izquierdo en varias ocasiones).*³¹

Y, en la segunda –casi cinco meses después-³² adujo que el procesado era el encargado de transportarlo al colegio en la *moto-ratón*, pero, en el trayecto, lo llevaba a “(...)”, donde lo manoseaba y lo penetraba por el ano. Estos son algunos de sus apartes:

*...cuando mi mama (sic) trabajaba ella lo llamaba y le pagaba para que el (sic) me llevara al colegio en la moto ratón y él no me llevaba para el colegio sino para (...), entonces yo llegaba tarde porque yo entraba a las 12 y el (sic) me llevaba a las 2, y la profe llamo (sic) a mi mamá que porque yo estaba llegando tarde al colegio.*³³

(...)

...el (sic) me llevaba para allá disque a lavar la moto, pero eso era mentiras porque no lavábamos la moto si no (sic) que era para él tocarme, me tocaba el pene y por detrás, me llevaba para una manga que hay por ahí, y un señor venia (sic) y él se hizo que estaba lavando la moto, el (sic) me daba besitos en la boca, y en el pene, y me decía que le diera besitos en el pene de él, pero yo no lo hice, él me decía que lo tocara a él y que me tocara yo, me decía que me tocara el pene, él me quitaba la ropa, y me tocaba por detrás y por delante con el pene, y me metía el pene por el ano, eso pasaba en (...), en una quebradita y en una manga por ahí abajo. Y cuando él me llevaba para la casa de él, un día mi mama (sic) me dio permiso hasta las siete de la noche y el (sic) me dejó (sic) amaneciendo allá y cuando amaneció yo

³¹ Folio 76 *Id.* Se introdujo al juicio en la sesión del 19 de mayo de 2014.

³² Se incorporó al juicio en sesión del 13 de agosto de 2014.

³³ Folio 125 del cuaderno principal.

*amanecí encima de él, con la sudadera abajo y el (sic) con el pene afuera. En (...) eso paso (sic) dos veces, y en la casa de él una vez, pero las veces que él me tocaba fueron muchas no me acuerdo cuantas (sic)*³⁴.

(...)

*[A]lgunas veces iban otros niños y a mí me dejaba en la casa y se iba con ellos para (...) y cuando bajaba con ellos y los dejaba en la casa me recogía a mí y me llevaba para (...).*³⁵

(...)

*[É]l empezó a tocarme cuando yo estaba en primero, yo me acuerdo porque fue la primera vez que me toco (sic), y cuando el (sic) empezó a meterme el pene por el ano fue cuando yo iba a empezar tercero.*³⁶

Comentó también, en esta última, que una vez fue a “(...)” con sus primos B., M. y E., pero el procesado los mandó a buscar unos palos y aprovechó para tocarle el pene³⁷; que esos episodios, además, ocurrían en la tarde, luego de salir de la escuela y que, en una ocasión, **URREGO GIRALDO** lo convidó a él y a los niños E., F.S.P.T., J.A. y L.J.P.T. para una finca, no obstante, los llevó para “(...)”:

...para una manga a donde está la quebradita y allá nos tocó a todos, primero empezó a tocar a L.J.P.T., Edison cogió a L.J.P.T. de la cintura y le empezó a tocarle (sic) la vagina, Edison le quito (sic) la ropa, le quito (sic) una falda y una camisa de las corticas, y los calzones, y la empezó a tocar, le tocaba la vagina, él también se quitó el bluyín y se sacó el pene y le tocaba la vagina con el pene de él, y le metió el pene por detrás por el ano, y L.J.P.T., gritaba que le dolía, y lloraba, y Edison le decía que se

³⁴ Folio 125 *Id.*

³⁵ Folio 126 *Id.*

³⁶ Folio 127 *Id.*

³⁷ *Id.*

callara, él se sentó en una piedra y sentó a L.J.P.T., encima, y se lo metió por el ano, él nos decía que miráramos, y yo le dije a F.S.P.T. y a E. cuando soltó a L.J.P.T., que corriéramos (...) y Edison se montó a la moto y salió persiguiéndonos, se nos atravesó y nos hizo subir otra vez, y nosotros vimos que L.J.P.T., cogió la falda y se tapó y salió corriendo y estaba chorriando (sic) sangre por detrás, ella nos decía que le dolía por dentro. Cuando Edison nos hizo subir, cogió a E. y le bajo (sic) los pantaloncillos y también le metió el pene por el ano, y E. gritaba como L.J.P.T., pero a E. le metió un pedacito y a L.J.P.T., le metió todo el pene porque nosotros estábamos viendo, luego cogió a F.S.P.T. y le bajo (sic) los pantaloncillos y le metió el pene y F.S.P.T. también gritaba y a mí solo me toco (...)»³⁸.

*(...)
...eso ocurrió dos veces con nosotros, otro día él nos dio cinco mil pesos a cada uno para que fuéramos al R con él, y ese día solo le toco (sic) la vagina a L.J.P.T., y nos tocó el pene a mí, a E. y F.S.P.T. Y una vez J. me conto (sic) que Edison le había dado tres mil pesos para que se dejara tocar»³⁹.*

8. De las transcripciones que anteceden, para los efectos de este proceso, emerge que **URREGO GIRALDO**: manejaba una *moto-taxi*, en ella transportaba a I.A.V. a la escuela, en ocasiones lo llevaba al sector “(...)», lo tocaba y besaba en sus genitales, le introducía su miembro viril por el ano y esto último tenía lugar, también, al interior del vehículo mencionado.

Ese relato, como bien lo señalaron los delegados de la Fiscalía y del ministerio público, se ofrece claro y coherente en los aspectos atinentes a *qué* fue lo que pasó, *cómo*

³⁸ Folio 126 *Id.*

³⁹ Folio 127 *Id.*

ocurrió, *cuándo, dónde y quién* lo hizo, al tiempo que no se vislumbra algún interés proclive por dañar al encartado. Así lo destacó en su momento el fallador de primera instancia:

-Memorativo, al ser preciso en cuanto a su fecha de nacimiento, descripción del lugar de estudio, grado, grupo familiar compuesto por la mamá, los abuelos, y lo extiende a dos tíos y a los primos B. y V.

-Distinción entre los conceptos de verdad y mentira, como se deriva de las respuestas dadas a las preguntas formuladas para determinar esos aspectos.

-Localización, señalamiento y diferenciación de las diferentes partes del cuerpo humano, de las cuales hizo referencia a las que conoce como íntimas, no sólo en el hombre sino en la mujer.

En cuanto a lo sucedido, al no quedar duda, que hizo alusión a la situación que dio lugar a este proceso, refirió como (sic) conocía a “Pionero”, que es el cognomento del procesado; invitaciones a salir en la moto-ratón; pormenorizadas escenas de los tocamientos y de la introducción del hasta viril por el ano del menor lo que sucedió en una quebradita y en una manga del sector d(...), vereda de Venecia. Esto acaeció dos veces, y otra cuando amaneció en la casa del abusivo en donde describe que amaneció encima (...).

(...)

Respecto del tiempo, sostiene que los tocamientos se iniciaron cuando cursaba el primer grado de primaria (...).⁴⁰

⁴⁰ Páginas 18 y 19 del fallo de primera instancia.

9. Ahora, el mismo 17 de octubre de 2012 se le practicó al niño una valoración sexológica, por parte de ELIANA CECILIA GALVIS SERNA, en la que se determinó:

Niño de 9 años, quien es remitido de la Policía Nacional, Unidad GINAD por el Patrullero Carlos Ivan (sic) Deossa Porras, para dictamen sexológico por posible abuso sexual. Se realiza interrogatorio a niño víctima de los hechos y a su madre. Se realiza examen físico del niño, hallándose ano con disminución del tono, con disminución de los pliegues perianales, sin presencia de ulceraciones. Por hallazgos descritos, se sospecha penetración. Con presencia de cicatrices lineales hipocrómicas hacia las 12 y 6 en analogía con manecillas del reloj no concluyentes, ya que en esta zona pueden encontrarse dichos hallazgos.⁴¹

La doctora GALVIS SERNA acudió al juicio y precisó así la lesión:

...de un centímetro de longitud, o sea, que estaba dilatado, también disminución del tono del ano, del esfínter, perdón del sí, del esfínter anal, eso quiere decir pues que el orificio estaba abierto, y los pli (sic), y también había disminución de los pliegues perianales, se supone que (...) durante el examen del ano yo debo encontrar un orificio cerrado y con unos pliegues definidos a nivel perianal.⁴²

De lo reproducido en precedencia surge claramente que allí se concluyó *sospecha de penetración*. Y sospechar, según el Diccionario de la Real Academia, significa: «*imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios*».

⁴¹ Folio 77 del cuaderno principal.

⁴² Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 19 de mayo de 2014, registro nueve, minuto 19:20 *Id.*

Nótese que, tal como lo reconoció públicamente la galena, el aludido diagnóstico fue el resultado de concordar la naturaleza de las heridas avizoradas en el orificio anal del menor con el contenido de lo relatado por éste⁴³. Y, aunque es cierto que aquélla, al igual que el doctor EDGAR DAVID MENDOZA ACOSTA, indicó en la audiencia que el estreñimiento, la desnutrición o una enfermedad neurológica pueden dejar hallazgos de esa índole, también lo es que aclaró que para ese momento no se le comunicó que el niño tuviese alguna afección de esa naturaleza.

La teoría de la defensa descansó en que esas lesiones obedecieron a que el chico padecía de estreñimiento, pero no aportó prueba que lo corroborara, y el médico MENDOZA ACOSTA, que para esos fines llevó esa bancada, no lo confirmó. En cambio, dicho profesional adujo que la referencia a la posible alteración del intestino tuvo origen en los comentarios que le hiciera la tía, MER, quien no le detalló, siquiera, el tiempo de evolución⁴⁴.

Así las cosas, al excluir la presencia de otras eventuales causas de las heridas anales del niño, porque no se acreditaron en el proceso, solo queda latente la del acceso carnal, la cual resulta acorde con lo manifestado por I.A.V. durante la evaluación médica y ante la Comisaría de Familia.

⁴³ Minuto 20:15 *Id.*

⁴⁴ Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 1° de octubre de 2014, registro dos, minuto 31:20.

De manera que el Tribunal recayó en un falso juicio de identidad, al distorsionar el alcance de la experticia. Pese a las varias hipótesis que podrían explicar las lesiones encontradas, solo una es compatible con la versión suministrada por el paciente (I.A.V.) y con las condiciones de salud documentadas.

10. Por otra parte, en la valoración antes descrita consta, y así lo ratificó la médica ELIANA CECILIA, que I.A.V. acudió en compañía de su madre y que fue ésta quien primero expuso la situación fáctica que motivó la consulta. Así lo rememoró la profesional:

En el año 2011, el señor Edison Esneider Urrego Giraldo, conocido mío, quien transportaba al niño en moto desde mi lugar de trabajo hacia la escuela todos los días, a veces en la mañana y otras veces en la tarde; en varias ocasiones llevaba al niño a un “rastrojo” en la vereda (...), y le tocaba el pene, le llevaba la mano al pene, le daba besos en la boca, le apretaba los testículos, y el señor se sentaba en la silla de la mototaxi, se sacaba el pene del pantalón, le bajaba el pantalón al niño, y lo sentaba encima de él y lo penetraba por atrás. Yo notaba que en varias ocasiones el niño estaba quemado por atrás, con el ano “floreado”, y el pantaloncillo sucio de popó, y yo pensé que era por mal aseo del niño y le llamaba la atención al niño por eso».⁴⁵ (Subraya la Corte).

Luego, le correspondió el turno al menor, cuya versión se reproduce de nuevo para una mejor ilustración:

⁴⁵ Folio 76 del cuaderno principal.

En varias veces el señor me llevaba al R [es una vereda del municipio de Venecia], me sentaba encima de él, y cuando yo le decía al señor que le iba a contar a mi mamá, el señor me decía que si yo le contaba a mi mamá, yo sabía lo que me pasaba, entonces a mí me daba miedo decirle a mi mamá. El (sic) cuando me veía, me llamaba y me hacía así (se lleva la el (sic) el dedo indice (sic) al ojo izquierdo en varias ocasiones).⁴⁶ (Subraya la Corte).

La Sala hace énfasis en esa secuencia lógica porque ella permite entender con facilidad quién es “*el señor*” al que se refirió el niño.

Obsérvese que, pese a que aquél no suministró el nombre de su agresor, sí dio a entender con claridad que se trataba del acusado, pues al mencionar al abusador lo hizo como “*el señor*”, mismo calificativo que instantes antes su madre dio a **URREGO GIRALDO**.

De manera que el Tribunal no inspeccionó íntegramente la prueba e incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, al cercenar el aparte inicial en el que la progenitora proporcionó el nombre de **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO** y seguidamente lo nombró como “*el señor*”. Si no hubiese recaído en el yerro, no habría aducido que era imposible saber quién es “*el señor*” al que hizo alusión el chico.

⁴⁶ Folio 76 *Id.*

11. Tanto I.A.V. como su madre, LMVS, quien rindió testimonio en sesión del 19 de mayo de 2014, fueron coincidentes en señalar que el procesado era el encargado de llevarlo a la escuela y que durante esos desplazamientos se perpetraron varios de los abusos sexuales denunciados, razón por la cual el niño llegaba tarde al plantel educativo.

La profesora EMB asintió que el menor arribaba tarde y aseveró que cuando llamó a la madre para indagar por los motivos ella le comunicó que lo enviaba en *moto-taxi*⁴⁷.

Concretamente, frente a ese retraso, la educadora adujo:

*Me decía [el niño] que se había quedado afuera.*⁴⁸

Fiscalía [pregunta en representación de la víctima]: *Dijo usted que en algunas ocasiones el menor llegaba tarde, cuando este menor llegaba tarde a clase, eh, en qué actitud lo hacía, cómo, cómo era él en ese momento?*

*E: o...no entraba al salón, se me quedaba afuera no entraba al salón, y que me tocaba perseguirlo y lo, hasta que lo, lo hacía entrar.*⁴⁹

(...)

Defensora: Alguna vez eh, el joven [I.A.V.], le dijo a usted, eh, que se quedó jugando por fuera del salón con alguien por, y por eso llegó tarde?

*E: No, el no me dijo nada.*⁵⁰

⁴⁷ Disco compacto titulado “Testimonio de EMB”, contenido de la sesión del 13 de agosto de 2014, minuto 12:55.

⁴⁸ Minuto 19:35 *Id.*

⁴⁹ Minuto 20:25 *Id.*

⁵⁰ Minuto 22:17 *Id.*

Defensora: Y ¿usted lo llegó a observar de pronto jugando con algún otro niño o en alguna otra situación, eh, y de pronto le entró tarde al salón de clase?

E: ¿Por estar jugando con otros niños? No, él llegaba a la una y media solo, solo.⁵¹ (Subraya la Sala).

De lo anterior surge que la testigo se enteró que el menor se movilizaba al plantel en *moto-taxi* y que le consta que su tardanza no obedecía a que se quedara jugando afuera.

Por manera que el *ad quem* incurrió en un falso juicio de identidad por adición, al agregarle a la declaración de E que «*las llegadas tarde de I.A.V., lo era (sic) porque se quedaba jugando en la escuela sin entrar al aula de estudio*»⁵².

12. ARF, una vecina de LMVS, adujo, sin mayores detalles, que I.A.V. se iba a pie para el colegio, y, pese a que no hay otro elemento de convicción ni evidencia física que lo ratifique, el juez colegiado lo dio por cierto, pasando por alto que existen pruebas, además de la versión del menor perjudicado, que demuestran lo contrario.

De ese modo, el sentenciador dejó de valorar el material probatorio en conjunto, como lo enseña el artículo 380 de Código de Procedimiento Penal de 2004. De ser así, se habría percatado que, según lo exteriorizó LM –esto no fue refutado en juicio–, el niño no salía de la casa para el

⁵¹ Minuto 22:34 *Id.*

⁵² Página 9 del fallo de segunda instancia

colegio, sino de su lugar de trabajo, que estaba ubicado lejos de su vivienda⁵³, a donde lo llevaba para no dejarlo solo, y que a ese sitio arrimaba **URREGO GIRALDO** en la *moto-taxi* para trasladarlo al plantel educativo.

Es más, ese detalle fue también revelado por la maestra E cuando explicó las razones que le dio LM por el arribo tarde del chico:

...le hice la pregunta a la mamá que por qué me estaba mandando el niño tarde, entonces me dijo “profe por qué si yo lo mando en moto carro”, y yo le dije cómo así usted no vive aquí al frente, porque la señora vivía al frente, me dijo “no profe es que yo trabajo en el Socorro y de allá lo [no se entiende el audio] en motocarro”, le dije, no está llegando a la una, una y media.⁵⁴ (Subraya la Sala).

El Tribunal, entonces, no examinó en su integridad los testimonios de la madre y de la profesora y omitió los segmentos anotados. Ello le impidió razonar que I.A.V. no se trasladaba a pie hasta la escuela y que, dada la distancia entre la casa de habitación y el lugar de trabajo de la madre, era imposible que ANA ROSA lo observara en ese trayecto.

13. Al juicio concurrió, por petición de la defensa, la psicóloga ESTHER VIVIANA VELÁSQUEZ ÁNGEL, quien atendió a I.A.V. pasados dos años de los hechos objeto de proceso.

⁵³ Disco compacto contentivo de la sesión de juicio del 19 de mayo de 2014, registro dos, minuto 31:32.

⁵⁴ Disco compacto titulado “Testimonio de EMB”, contentivo de la sesión del 13 de agosto de 2014, minuto 12:48.

Narró que el niño le fue remitido el 5 de febrero de 2014, *por neurología y principalmente por psiquiatría*, porque *«presentaba trastorno por déficit de atención con hiperactividad de, según la neuróloga, le había manifestado, informado de tics y también pues ansiedad, y además que había sido víctima de violencia intrafamiliar»*⁵⁵ (subraya la Sala). Así mismo, que se lo enviaron *«por violencia intrafamiliar y por el tipo de comportamientos que estaba presentando en la escuela y en la casa y sobre ese tipo de trabajo fue que se realizó»*⁵⁶ y que *«solamente, realmente, me dediqué a comprobar que sí había un compromiso a nivel frontal, eso fue lo que realmente hice»*⁵⁷.

Frente a una pregunta que le hizo la defensa, en punto de si pudo determinar que el menor fue abusado, contestó:

Ese caso, ese caso sí amerita, cierto, una evaluación ya por, eh, con un cuestionario especial, pues si ya con una persona, eh, idónea con respecto a ese, a esa situación, entonces, vuelvo a decir, yo lo empiezo a trabajar, como hay una situación de peso que fue la violencia intrafamiliar, y como hay unas consecuencias debido a la violencia intrafamiliar, yo me vengo a enterar de esa situación cuando me llegan con, con la carta, yo, ¿qué pasó aquí? Ciertamente, pero entonces en ese caso, en ese caso, ahí sí tendría que ser, un perito, cierto, una persona, un psicólogo, alguien que determinan o elijan o él mismo se postule para hacer ese tipo de evaluaciones, porque eso sí requiere una evaluación mucho más específica, detallada y vuelvo y repito yo hice fue una valoración

⁵⁵ Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 1° de octubre de 2014, registro tres, minuto 10:11.

⁵⁶ Minuto 31:42 *Id.*

⁵⁷ Minuto 39:11 *Id.*

psicológica por un cambio emocional y comportamental que el niño estaba presentando.⁵⁸ (Subraya la Sala).

Lo anterior evidencia que el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad por cercenamiento, porque, de haber atendido esta última respuesta de la testigo, así como la razón y la fecha de remisión de I.A.V. para consulta por psicología, habría determinado que aquella se concretó en una valoración por posible violencia intrafamiliar, no por abuso sexual y, por ende, no utilizó cuestionario orientado a hacer esta última verificación.

14. De los amigos que I.A.V. mencionó fueron con él al sector “(...)”, solo se llevaron dos al juicio, los hermanos L.J.P.T. y F.S.P.T.

La Corte, luego de revisar los audios respectivos, no constató que se les hubiera averiguado por los abusos sexuales de los que fue objeto I.A.V., por lo que no hicieron mención al respecto. Sin embargo, sí percibió poca coincidencia en sus respuestas y una actitud reticente, específicamente de la primera, frente al interrogatorio. La niña aseveró no conocer a **URREGO GIRALDO** y no haber ido a “(...)”; mientras que el segundo admitió conocerlo, así como haber viajado a esa vereda, pero solo con ella, sus padres y su tía. Sin embargo, al avanzar en su exposición, el chico aceptó los recorridos a “(...)” en la moto-ratón con el

⁵⁸ Minuto 42:20 *Id.*

procesado⁵⁹ y, aunque inicialmente negó que este le ofreciera dádivas por su compañía, más adelante aceptó que le daba dinero y conos⁶⁰.

En criterio del recurrente, los niños pudieron mentir por temor a ser descubiertos por sus familiares o amigos o por miedo hacia el agresor. Sin embargo, la Sala no ahondará al respecto por innecesario, dado que ellos no están siendo juzgados y tampoco se les tiene como víctimas en esta actuación. Para investigar los posibles abusos en su contra, el *a quo* compulsó las copias correspondientes.

Con todo, se avizora que el juzgador de segunda instancia incurrió en un falso juicio de identidad por tergiversación, toda vez que los hermanos no negaron el abuso perpetrado por el acusado a I.A.V. Su silencio en el tema no resulta determinante para restar veracidad al relato de I.A.V., no solo por sus contradicciones, sino por la contundencia de las manifestaciones de la víctima, que, además, encuentran respaldo en la evidencia física aportada y en el testimonio ofrecido por LMVS.

15. Se dijo en la sentencia recurrida que la madre manipuló al hijo para que declarara en contra del procesado. En ese sentido, MEAR hizo alguna afirmación genérica, pero no obran elementos que la corroboren.

⁵⁹ Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 19 de mayo de 2014, registro octavo, minuto 11:45.

⁶⁰ Minutos 18:44 y 19:01 *Id.*

Al hacer tal reflexión, el fallador inadvertió que ante la Comisaría de Familia I.A.V. fue locuaz y descriptivo en torno a los abusos sexuales y a las ocasiones en que tuvieron lugar, y que para ese momento, por expresa petición suya, no estuvo presente su progenitora. Así lo reveló ELIANA LUCÍA VÉLEZ MONCADA:

Cuando inició la entrevista, ahh, eh, pues, cuando iniciaron los puntos del escenario del abuso, él [I.A.V.] no quería hablar en presencia de la mamá, por eso el niño mismo le pidió a la mamá que lo esperara afuera porque a él le daba pena hablar delante de ella todo lo que había pasado, eh, él, incluso, me acuerdo, que empezó a contar algunos hechos y la señora se empezó a descomponer mucho, se puso muy nerviosa, eh, lloraba sin control, entonces, el niño no quería hablar más porque la pres (sic), porque veía como se estaba poniendo la mamá en ese momento, entonces, el niño decidió seguir hablando pero si la mamá lo esperaba afuera.⁶¹

De manera que el Tribunal incurrió en un yerro de identidad.

16. Adujo la colegiatura que seguramente se está ante un síndrome de alienación parental (SAP) porque LMVS, ante el rompimiento de su relación sentimental con **URREGO GIRALDO**, quiso cobrar venganza⁶².

Sin embargo, no se constató la existencia de tal amorío y menos que hubiese terminado dramáticamente. En

⁶¹ Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 13 de agosto de 2014, registro dos, minuto 46:32.

⁶² Página 12 del fallo.

relación con el tema, solo aparece lo dicho por el niño, según el cual, su madre «*estaba conociendo*»⁶³ al procesado y «*le pagaba para que [lo] llevara al colegio, en la moto ratón*»⁶⁴; y por el joven N.V.G., que únicamente refirió que era «*como pareja de Edison*»⁶⁵.

Por consiguiente, al afirmar el *ad quem* que se acreditó una relación y que ella terminó, tergiversó esas declaraciones y, además, añadió a ellas una situación no narrada –el rompimiento-. Recayó, entonces, en otro falso juicio de identidad.

Vale la pena acotar, como bien lo indicó la Delegada de la Procuraduría, que ninguno de los sistemas de diagnósticos de salud mental utilizados en el mundo, esto es, el DSM-IV de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) y el CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud (OMS), han reconocido el SAP como síndrome, porque no cumple con criterios de científicidad y no cuenta con las bases empíricas exigidas⁶⁶.

⁶³ Folio 124 del cuaderno principal.

⁶⁴ Folio 125 *Id.*

⁶⁵ Disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 13 de agosto de 2014, registro cuatro, minuto 23:31.

⁶⁶ *El Síndrome de Alienación Parental en el Sistema Judicial*, publicado el 25-06-2013, Corporación Universitaria Antonio José de Sucre – Corposucre, <http://orientacion.universia.net.co/universidades/corporacion-universitaria-antonio-jose-de-sucre---corposucre-98/noticias/el-sindrome-de-alienacion-parental-en-el-sistema-judicial-1577.html>, consultado el 13 de junio de 2016, a las 8:33 a.m.

ASENSI PÉREZ Laura Fátima y DIEZ JORRO Miguel, *Síndrome de Alienación Parental, Un enfoque racional*, Título de Especialista Universitario en Mediación Familiar, 2º Edición, Universidad de Alicante, <http://www.psicojurix.com/pdf/sap%20presentacion-completo-web.pdf>, consultado el 13 de junio de 2016, a las 8:37 a.m.

Así mismo, la Corte debe dejar claro que la regla aplicada por la colegiatura, según la cual, quien miente sobre un aspecto miente también en otros⁶⁷ no puede ser admitida como máxima de la experiencia. Así lo ha afirmado la Sala:

...las reglas de la experiencia corresponden al postulado “siempre o casi siempre que se presenta A, entonces sucede B”, motivo por el cual es posible efectuar pronósticos, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección), y diagnósticos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección)⁶⁸.

En este orden de ideas, la variable argumental propuesta por el casacionista, vale decir: “el que generalmente miente en parte generalmente miente en todo”, no es admisible ni válida como regla de experiencia, en razón a que no se ha determinado su vocación de reiteración y universalidad, por un lado, y por el otro, porque la práctica judicial enseña lo contrario, esto es, que no necesariamente el contenido íntegro de lo expresado por el testigo es siempre, y ni siquiera casi siempre, mendaz, cuando se descubre la falacia en alguno de sus apartados.

Precisamente, esa experiencia a la que ha acudido el recurrente, enseña que por variadas razones –entre ellas intereses particulares-, las personas dicen la verdad en asuntos que no los afectan, pero mienten u ocultan esa misma verdad, respecto de los tópicos puntuales que puedan ir en contravía de sus necesidades o pretensiones. (CSJ SP, 11 abr. 2007, rad. 23593, reiterada, entre otras, en CSJ AP, 10 mar. 2009, rad. 30356).

⁶⁷ Página 11 del fallo de segunda instancia.

⁶⁸ C.S. de J., Sentencia del 28 de septiembre de 2006.

17. Finalmente, hay que destacar que cuando el Tribunal desatendió las atestaciones de N.V.G., que conducen a asentir que **URREGO GIRALDO** tiene un perfil propenso a ejecutar ese tipo de actos, bajo el argumento que para ese efecto es necesario una sentencia condenatoria, recayó en un error de derecho por falso juicio de convicción.

En efecto, para arribar a esa conclusión no es indispensable contar con un fallo ejecutoriado –situación diversa sería si lo que se requiere constatar son antecedentes penales para, por ejemplo, ubicar los cuartos y dosificar pena, o examinar la procedencia de un subrogado penal-, puesto que nuestro sistema procesal penal no establece tarifas probatorias. Por manera que tal inferencia puede extraerse a partir de cualquier medio de convicción.

Bajo ese sendero, vale la pena traer a colación que N.V.G.⁶⁹ manifestó que: **URREGO GIRALDO** manejaba una *moto-ratón*, aunque también tenía un carro⁷⁰; viajó con él “(...)”; en una ocasión lo tocó en su miembro viril, y tiene conocimiento que a J., un amigo, y a J.E.P., su primo, les pasó lo mismo⁷¹:

«una vez, yo estaba pues donde mi abuela (...) de Venecia (...) yo salí al corredor y yo vi que él subía, entonces, yo salí y me

⁶⁹ Para la fecha de la audiencia del juicio -13 de agosto de 2014- había cumplido 17 años de edad.

⁷⁰ El niño víctima refirió en una de sus versiones que el acusado tenía un automóvil.

⁷¹ Disco compacto contentivo de la sesión del juicio de 13 de agosto de 2014, registro cuatro, minuto 17:47 *Id.*

llamó y me dijo que si lo acompañaba a hacer un viaje al R (...) me dijo que si quería aprender a manejar la moto-taxi, yo le dije que sí, entonces él, yo, como estaba atrás, en el asiento de atrás, me dijo que “pase palante” y maneja, yo le dije que bueno, entoes (sic) cuando yo, normal, él me explicó cómo. Cuando yo ya, pues, después de explcame (sic) cómo eran todas las cosas, yo cogí, normal, la prendí y todo, y él después me mandó la mano al pene y me sobó y, al pasar un tiempito, yo me asusté, entonce (sic) yo frené y me hice pa (sic) atrás»⁷².

Sobre esas inclinaciones, el *ad quem* obvió, además, lo depuesto por ARF, quien no solo reveló lo que le confesó su sobrino M.F.⁷³, sino que se enteró que el acusado violó a la niña L.J.P.T.⁷⁴

Si bien no son testigos directos, sus aseveraciones constituyen prueba indiciaria.

18. Todo lo anterior permite evidenciar que el Tribunal no valoró los dichos del niño víctima conforme a los criterios de apreciación del testimonio y olvidó confrontarlos con los resultados de la evaluación sexológica. Así mismo, que al realizar el examen probatorio correspondiente, ignoró que, conforme a lo dispuesto en el artículo 380 de Código de Procedimiento Penal de 2004, las pruebas se apreciarán en conjunto.

⁷² Minuto 12:32 y siguientes *Id.*

⁷³ Adujo que éste le exteriorizó que el acusado lo llevó a su casa a jugar *play*, le bajó el pantalón y le besó el falo (Registro seis del disco compacto contentivo de la sesión del juicio del 19 de mayo de 2014, minuto 07:05)

⁷⁴ En el juicio, la niña no hizo comentario al respecto.

Los varios errores de hecho y de derecho advertidos a lo largo de esta providencia son trascendentes, al punto que, de no haber recaído en ellos, el juzgador habría determinado que existe una base demostrativa suficiente que derrumba la presunción de inocencia que cobija a **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO**, toda vez que (i) I.A.V. fue coherente en sus narraciones y ellas se tornan creíbles y veraces; (ii) el procesado transportaba al aludido menor en su *moto-taxi* hasta la escuela y sus llegadas tarde no obedecieron a que se quedara jugando sino a los paseos que el encartado le hacía al sector “(...)”; (iii) el “señor” al que hizo mención el niño en su versión ante la galena es el acusado; (iv) los hallazgos consignados en el dictamen sexológico corresponden a lesiones anales producidas por acceso carnal por vía anal; (v) la psicóloga ESTHER VIVIANA VELÁSQUEZ ÁNGEL, que atendió a I.A.V., lo trató por violencia intrafamiliar, no lo indagó por posible abuso sexual; (vi) no existió síndrome de alienación parental (SAP), y (vii) **URREGO GIRALDO** tiene un perfil propenso a ejecutar ese tipo de actos sobre menores de edad.

En ese orden, la Sala casará la sentencia impugnada para, en su lugar, confirmar la dictada en primera instancia, que condenó al nombrado por el concurso delictual homogéneo y heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

Teniendo en cuenta que por razón de la absolución el juez plural dispuso la libertad del procesado, se ordenará

expedir la correspondiente orden de captura y, una vez materializada, el aprehendido se pondrá a disposición del juez de primera instancia.

Acotación final

19. Si bien la Corte está de acuerdo con los argumentos expuestos por el Juez *a quo*, en lo que toca con la responsabilidad del acusado, el monto de la pena impuesta y las demás determinaciones, debe llamar la atención porque dicho funcionario no cumplió a cabalidad con una juiciosa tarea de dosificación punitiva, aunque, se precisa, su yerro no implica modificación en el *quantum* de la sanción.

Es que cuando se está ante un concurso de conductas punibles, es indispensable, primero, establecer los cuartos correspondientes a cada delito endilgado, luego individualizar la pena de cada uno de ellos, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 61 de Código Penal y, después, elegir aquél que esté sancionado con mayor represión. Una vez fijada la pena respectiva para ese injusto, que será la *base*, hay que calcular el aumento que corresponda por los reatos concurrentes, atendiendo los parámetros del precepto 31 del mismo estatuto.

Ese trabajo detallado, propio de una adecuada motivación de las sentencias, permite conocer el porcentaje de los incrementos y facilita la labor del superior, en el

evento en que haya lugar a readecuar la sanción, y al mismo juez de ejecución de penas.

El *a quo* únicamente elaboró cuartos para el reato de acceso carnal, pero olvidó hacer lo propio con el de actos sexuales. Seguidamente, después de indicar que por el primero impondría 144 meses, adujo, sin más, que por el concurso homogéneo y heterogéneo aumentaría 80 meses. Pese a esa falencia, es claro que no hay lugar a modificar la pena porque, en todo caso, no se superan los topes dispuestos por el aludido precepto 31.

Decisión

20. La Sala, por razón de la prosperidad de las censuras de la demanda, casará la sentencia impugnada y, en su lugar, confirmará la de primera instancia, que condenó a **URREGO GIRALDO** por el concurso homogéneo y heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años. Se dispondrá expedir la correspondiente orden de captura en su contra.

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 la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia y, en su lugar, confirmar la dictada

en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, que condenó a **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO** como autor del concurso punible de accesos carnales abusivos con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

Segundo. Expedir la correspondiente orden de captura en contra de **EDISON ESNEIDER URREGO GIRALDO**.

Tercero. Contra esta decisión no cabe recurso alguno

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
(Impedido)

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria