

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA**

**Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007**

RADICACIÓN:	152383104001201200114 02
PROCESO:	PENAL – ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda Instancia.
ACCIONANTE:	XXXXXX.
ACCIONADO:	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
APROBADA:	Acta No. 20
PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL MG Sala Segunda de Decisión

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS- Valoración Probatoria - Prueba de Referencia / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA / SUBROGADOS Y SUSTITUTOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.**

La declaración rendida por la víctima menor de edad en esta clase de procesos, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a la confrontación con los demás elementos probatorios.

PRUEBAS PSICÓLOGO Y LA MÉDICO FORENSE- NO CONSTITUYEN PRUEBA DE REFERENCIA-Las entrevistas que reciben los profesionales hacen parte inescindible de una prueba perfectamente estructurada que se practica y agota al momento en que el profesional o técnico acude al juicio y allí rinde la pericia, esta prueba de ninguna manera puede tacharse como de referencia. La perito psicóloga y la médico forense son instrumentos de interpretación científica o artística que llevan conocimientos descriptivos y explicativos al juez de carácter no jurídico que escapan por su especialidad al conocimiento profano, licencian dictámenes o conceptos respecto a temas que como en el caso se extraen de lo normativo.

SUBROGADOS Y SUSTITUTOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD-Tratándose de un delito contra la libertad e integridad sexual dirigidos contra una menor de catorce años, no proceden ni la

suspensión condicional de ejecución de la pena, ni el sustituto de la prisión domiciliaria.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA**

**Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007**

RADICACIÓN:	152383104001201200114 02
PROCESO:	PENAL – ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda Instancia.
ACCIONANTE:	XXXXX.
ACCIONADO:	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
APROBADA:	Acta No. 20
PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL MG Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, miércoles nueve (09) de septiembre dos mil quince (2015).

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Representante de Víctimas contra la sentencia de 5 de febrero de 2015 proferida dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos:

De acuerdo a lo señalado por la Fiscalía son hechos relevantes los siguientes: Víctor Raúl Cendales Castro, padre de la menor AMCA, presentó denuncia penal, al enterarse que su hija, en entrevista en compañía de la defensora y del investigador de la Fiscalía manifestó que en Duitama el 17 de enero de 2012, fue abusada sexualmente por XXXXX en la habitación en la que este residía ubicada en la carrera 26 # 19 – 12, cerca al nuevo almacén Pasadena en el barrio San José Obrero.

Por los anteriores hechos, la Fiscalía, solicitó ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías, la expedición de orden de captura en contra de XXXXX por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

2.2. Actuaciones Procesales:

El 07 de mayo de 2013 se llevó a cabo ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por el cargo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, que no fue aceptado por el indiciado, y se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión, decisión que fue apelada por la Defensa y posteriormente confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama mediante auto de 29 de mayo de 2013.

Presentado el respectivo escrito de acusación el 25 de junio de 2013, se realizó la audiencia para su formulación el 24 de julio del mismo año ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, siendo formulados los mismos cargos previamente imputados.

Ocurridos algunos aplazamientos, la audiencia preparatoria se realizó el 15 de noviembre de 2013 y, posteriormente el juicio oral se llevó a cabo en sesiones de 24 de febrero, 27 de mayo, 27, 28 y 29 de octubre y 01 y 03 de octubre de 2014, finalmente, el 5 de febrero de 2015 se profirió sentencia frente al delito de que fuera víctima la menor A.M.C.A. de carácter absolutorio.

2.3. Decisión de primera Instancia:

Dictada el 5 de febrero de 2015, absolvió a XXXXX de los cargos como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

La A quo fundamentó su decisión en los siguientes considerandos:

Que las afirmaciones contenidas en los diferentes testimonios respecto a la ocurrencia de los hechos, constituyen en todas afirmaciones de referencia, dicen lo que les contó la menor, pero no les consta si el hecho sucedió en las circunstancias descritas, por lo cual, estas declaraciones no constituyen pruebas aptas y dignas de valoración para que con base en ellas se profiera una sentencia condenatoria, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia posee un poder suasorio limitado, es así, que una sentencia condenatoria no debe estar fundada únicamente en ella, pues requiere la existencia de otros medios de convicción.

Que como enseñan las reglas de la experiencia, los delitos sexuales generalmente ocurren en la intimidad, en consecuencia solo existe un único testigo directo de los acontecimientos, pero ello no significa que las demás personas que por alguna razón poseían información al respecto no resulten importantes, pues con ellas se fortalece la versión de la víctima o del acusado. Sobre las entrevistas, declaraciones juradas e interrogatorios que las partes pueden recolectar antes del juicio, citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 2006 de radicado 25738 a partir de la que concluyó que la Fiscalía debió solicitar la aducción de la entrevista vertida por la menor A.M.C.A. mediante la fuente directa, y no como lo hizo, a través de la investigadora Angelina Morales Cardozo, fuente indirecta, pues al no solicitar la incorporación con el testigo de acreditación directo, dicho elemento material probatorio no podía constituirse en prueba.

Que resultaba evidente que solo se contaba con prueba de referencia, pues el testimonio de la también menor T.Y.C.D., su prima, de su tío, Martín Romel Cendales Castro, el contenido de la anamnesis y de la noticia criminal fueron realizados a partir de lo que a ellos les contó la menor, sin que ninguno estuviera en condiciones de respaldar o desmentir la versión de la víctima. Ahora bien, si se aceptara lo dictaminado en la valoración de la doctora Sonia Yolanda Lizarazo

Cordero, esta no generaba convencimiento como para ser base angular de la sentencia condenatoria en contra de XXXXX, máxime cuando en juicio oral la menor A.M.C.A. rechazó que los hechos hayan tenido lugar y afirmó que lo manifestado obedeció a presiones que tuvieron lugar en el desarrollo de la entrevista, tal y como lo respaldó el testimonio de T.Y.C.D. quien indicó que existieron presiones de parte de los funcionarios de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-.

Que lo mismo sucedía con lo dictaminado por la doctora Liliana Yohana Ruiz Camacho en cuanto determina la desfloración antigua, pues lo único que este medio acredita es que la menor tuvo relaciones sexuales pero no prueba que las haya sostenido con XXXXX, aún más cuando la menor reconoció que había sostenido relaciones con una persona diferente al encausado. Encontró el A quo que desde los inicios de la averiguación, la actuación sugería la hipótesis de que la menor A.M.C.A. hubiera formulado la sindicación faltando a la realidad y nublando la veracidad de su dicho con ánimo de venganza por el abandono sufrido, por cuanto XXXXX empezó a relacionarse con su prima T.Y.C.D. a la que habría preferido.

Que resulta probable que entre A.M.C.A. y XXXXX existiera algún tipo de relación, pues de ella dan cuenta el hermano de la menor V.R.C.A., su padre Víctor Raúl Cendales y el amigo del acusado Edny Geovanny Benavides, sin embargo, no se logró demostrar su naturaleza, pues en su testimonio el menor V.R.C.A. fue enfático al afirmar que el siempre acompañó a A.M.C.A. en sus encuentros con XXXXX, que tampoco se demostró que haya sostenido relaciones sexuales con la menor A.M.C.A., pues las pruebas recaudadas no demostraban nada ya que existían serias contradicciones entre los diferentes testimonios que no permitían alcanzar un grado de certeza, bien de la responsabilidad o de la inocencia de XXXXX.

Que ante situaciones como esta, obran principios rectores del derecho como el *in dubio pro reo* como resultado de apreciar las pruebas en su conjunto practicadas en la actuación penal; frente a este principio

refirió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de única instancia de 4 de septiembre de 2002, de radicación 15884, los señalamientos que hacen los deponentes conforme a la sana crítica, no permitían arribar a un grado de convicción suficiente que determine la existencia de un nexo serio que ligara a XXXXX con lo expuesto por los declarantes.

Que pese a lo pretendido por la Fiscalía al afirmar que el acusado había incurrido con anterioridad en conductas similares a la que es objeto de estudio, encontró el sentenciador que el derecho represivo solo podía castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, por lo tanto, no le es permitido al operador judicial arribar a una conclusión sin demostrar la materialidad de una conducta a partir de supuesto. Sin embargo, resaltó que no es lo mismo la absolución fundamentada en la certeza, que aquella que surge producto de la duda, en conformidad señaló lo argumentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de octubre de 2005, MP. Dr. Yesid Ramírez Bastidas y en providencia de 5 de mayo de 1984, MP. Alfonso Reyes Echandía.

Que aunque la jurisprudencia haya establecido que se debe otorgar credibilidad a la menor, no había certeza que en su dicho o actuar haya procedido con libertad y no con un ánimo revanchista para concretar una posible venganza contra XXXXX o que lo narrado correspondiera a indebidas presiones de parte de los funcionarios que atendieron las entrevistas, lo que implicaba la existencia de duda, así que la conducta desplegada no reunía, o por lo menos las pruebas no demostraban los elementos suficientes para proferir un fallo de carácter condenatorio.

2.4. Recurso de Apelación:

2.4.1. El Representante de víctimas como recurrente:

Inconforme con la decisión, el representante de víctimas interpuso recurso de apelación, sin embargo, al sustentarlo observó que no

encontró suficiente fundamento probatorio para ello, por lo cual, declinó y retiró la solicitud del recurso de apelación.

2.4.2. La Fiscalía como recurrente:

Inconforme con la decisión, la Fiscalía interpuso el recurso de apelación atendiendo que a lo largo del debate probatorio demostró, a través de los elementos materiales y la evidencia física que se introdujeron, que la menor AMCA fue víctima de XXXXX, al respecto mencionó el testimonio de esta menor, víctima directa, que cabe resaltar no es la primera víctima que se retracta, aun mas cuando desde el primer momento mediaron amenazas en contra de su familia, lo que da pie para pensar que por temor a las represalias, tomó la decisión de manifestar en el juicio aspectos que riñen contra todo el acervo probatorio al plantear que nunca fue víctima de acceso carnal, cuando el acervo probatorio lleva a demostrar el que hecho denunciado si tuvo ocurrencia, máxime cuando se halla demostrado plenamente que fue sometida a la ingesta de bebidas embriagantes lo que doblegó aún más su voluntad para permitir el acceso.

Insistió en que resulta incuestionable que XXXXX, llevó a cabo el comportamiento no solo con la menor AMCA, sino con la menor TYCD, ya que la investigación tuvo su origen en los hechos puestos en conocimiento de la Fiscalía por el padre de AMCA, cuando se enteró de la recepción de una entrevista a la mencionada sobre la situación de que ella también fue víctima y que había sido llevada al lugar en el que fue hallado en compañía de TYCD. Añadió que en sus declaraciones, la doctora Angelina Morales Cardozo, funcionaria del CTI describió a AMCA como una niña preadolescente, pequeña, vestida de uniforme de colegio, pero no en las condiciones en que fue presentada en la audiencia, a la que llegó con zapatos altos y maquillada como una mujer mayor, con el objeto de representar a una persona de características diferentes a aquella que fue víctima del delito sexual, para así evadir la responsabilidad penal y pretender hacer creer al juez que el sujeto activo se pudo equivocar en su apreciación.

Para la Defensa, la valoración psicológica realizada por la doctora Sonia Yolanda Lizarazo Cordero no puede pasar desapercibida siendo del caso otorgarle el alcance probatorio pertinente puesto que allí se establecen las verdaderas circunstancias en que acaecieron los hechos, haciendo énfasis en su situación como proveniente de una familia disfuncional, aspecto que aprovechan los depredadores sexuales. Este dictamen se estructura como pieza invaluable para demostrar la responsabilidad de XXXXX máxime cuando allí la menor enfatiza que recibió amenazas y a al comienzo no quería revelar los hechos.

Reconoció que si bien es cierto la menor en sede de juicio no colaboró relatando su versión, al igual que su progenitor y su hermano, no le resulta extraño que hayan mediado amenazas hacia la menor y su familia por parte de XXXXX, como se demostró a través del proceso, ya que desde los primeros momentos la amenazó so pretexto de atentar contra su familia aduciendo su condición de subversivo, por lo cual concluyó que aquel comprendía de manera categórica su ilícito actuar. Igualmente debe tenerse en cuenta lo sostenido por la menor TYCD quien narró que su prima AMCA le manifestó que XXXXX la había llamado de la cárcel para ofrecerle lo que ella quisiera si lo ayudaba en el proceso y por su padre Martin Romel Cendales quien afirmó haber recibido una llamada por parte de la madre a quien le aseveró que él iba a declarar lo que le constara y esta le pidió el número de teléfono de su hermano y padre de la víctima AMCA, a partir de estas declaraciones concluyó que se manipuló la actuación procesal.

Adicionalmente refirió la sentencia de 9 de noviembre de 2009 de radicación 32595; la sentencia frente a la retractación del testigo en el juicio y la sentencia de 18 de mayo de 2011de radicación 33651 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con el valor probatorio que se debe dar a los testimonios de los menores. En este sentido, la Fiscalía reitera la petición para que se profiera sentencia de carácter condenatorio y que no sean tenidos en

cuenta los testimonios aportados por la Defensa pues se observa plena manipulación.

2.4.3. El Agente del Ministerio Público como no recurrente:

Coadyuvó el recurso interpuesto por la Fiscalía, pidió que se revoque la sentencia de absolución y en su lugar se profiera la condena reclamada.

Sostuvo que la doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha señalado como en la sentencia de 14 de agosto de 2011 de radicado 41678, que ante la retractación del testimonio de los menores víctimas de abuso sexual, el funcionario judicial debe obrar con cautela y detenimiento, pues no porque el testigo se retracte automáticamente pierde toda credibilidad. Para el examen riguroso que realiza el juez, pese al retracto, debe atender otras situaciones y circunstancias que hayan ocurrido en el proceso, el juez no podía dejar de examinar que el conocimiento de estos hechos llegó a la autoridad por la denuncia que formuló el tío de la víctima, igualmente cómo el procesado acostumbraba a contactar jóvenes menores, generalmente pertenecientes a familias disfuncionales de escasa condición económica, que podían ser fáciles de manipular.

Que a pesar que el A quo reconoció que la menor afirmó que efectivamente había sido novia de XXXXX por tres meses, no le dio importancia a esta afirmación, no reflexionó sobre el sentido que podría tener una relación amorosa entre un adulto y una niña menor de catorce años, ni se atendió el dictamen sexológico practicado a la menor que obraba en el material probatorio. Aseveró que los reparos que hace el recurrente a la sentencia se refieren fundamentalmente al equivocado análisis que el sentenciador de primera instancia realizó sobre las versiones que la menor ofreció al inicio de la investigación, pues se limitó a verificar que se había retractado en el juicio oral, lo cual le bastó para fundar la absolución.

2.4.4. La Defensa como no recurrente:

Solicitó mantener la decisión de primera instancia en su integridad por no existir mérito probatorio que pudiera sustentar los cargos endilgados.

La retractación exige un trabajo analítico a fin de establecer en cual momento el declarante dijo la verdad en sus opuestas versiones, pero en este caso, resaltó que la menor AMCA, solo rindió una vez su testimonio, por ende no era posible que se configurara la retractación.

Es así, que la Fiscalía no puede afirmar de ninguna manera que la menor AMCA se retractó ya que rindió un único testimonio el 27 de mayo de 2014. Recordó que el sentenciador previamente, mediante providencia negó la incorporación de la entrevista de la menor AMCA, decisión que fue confirmada en segunda instancia, de esto se colige que esta entrevista no nació a la vida jurídica probatoria, siendo así improcedente su valoración provocando que en consecuencia el recurrente no pudiera efectuar ninguna apreciación sobre dicha entrevista, ni tampoco la segunda instancia pueda realizar sobre ella valoración probatoria alguna.

En relación con los demás argumentos expuestos por la Fiscalía, ratificó que estos no se probaron, toda vez que las supuestas amenazas no existieron, por cuanto la menor AMCA, su hermano VRCA y su padre Víctor Raúl Cendales, en sus relatos aseguraron que lo hacían de manera libre y voluntaria, por lo cual, las tanañas aseveraciones realizadas por la Fiscalía se encuentran lejos de la realidad probatoria. Existe una enorme contradicción en las afirmaciones hechas por el recurrente al analizar el testimonio de la menor, con la que denota incoherencia, de igual manera, carece de veracidad probatoria la circunstancia de la ingesta de bebidas embriagantes que hace inexplicable la postura de la Fiscalía.

Frente a los testimonios rendidos por Sonia Lizarazo Cordero, Liliana Johana Ruiz Camacho, Ulises Ramos, Martín Cendales Castro y el testimonio de la menor TYCD, aseguró que estos constituyen pruebas de referencia, los cuales distan de la verdad, por cuanto tuvieron información por comentarios de terceros, pero los hechos no les constan de manera directa, con lo cual se disminuye su credibilidad pues el acta o entrevista puede reflejar lo que no dijo el declarante, sobre la prueba de referencia citó el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de 9 de octubre de 2013, de radicación 36518.

Sobre el testimonio de Víctor Raúl Cendales, padre de la menor víctima señaló enfáticamente que supo de la relación de su hija AMCA con XXXXX, reconoció que su hija le mintió sobre su edad, pues le indicó que tenía quince años y que ella tuvo novios con anterioridad a XXXXX, de los cuales el distinguió a uno, afirmó que ella siempre estuvo acompañada de su hermano VRCA, tal y como lo confirmó el menor en sus respectivas declaraciones, y que le dijo que nunca tuvo relaciones sexuales con el procesado. Reiteró que la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos ha proferido sentencias absolutorias en delitos sexuales, al respecto citó las sentencias de 23 de febrero de 2011, de radicación 34568, de 10 de julio de 2013, de radicación 40876, de 21 de octubre de 2013, de radicación 32983, y la sentencia de 8 de agosto de 2013, de radicación 41136.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. COMPETENCIA:

La apelación tiene por objeto que el Superior estudie la situación resuelta en la providencia recurrida, y la confirme, revoque o reforme, siempre que lo argumentado haya sido objeto de debate o esté inescindiblemente ligado a la decisión, debiendo en todo caso si fuere necesario tomar las medidas para la protección de los derechos superiores.

El sujeto pasivo de la acción penal cuenta con la garantía fundamental de la presunción de inocencia, principio integrante del debido proceso, que obliga al Estado a través de su ente acusador a demostrar la existencia del hecho investigado y la responsabilidad del procesado, puesto que para expedir una sentencia condenatoria impone al juez el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 convencimiento más allá de toda duda, y en caso contrario por surgir del material probatorio allegado y valorado de manera conjunta elementos que determinen la inocencia del inculcado, deberá absolver, o si se hace evidente la duda o incertidumbre, dar aplicación al principio de in dubio pro reo, esto es, una especie de absolución por duda probatoria.

3.2. LO QUE SE DEBE RESOLVER:

Constituye temas de conocimiento en esta instancia, la valoración conjunta de las pruebas para determinar la configuración de la conducta imputada al procesado y su responsabilidad.

3.3. VALORACIÓN CONJUNTA DE LAS PRUEBAS:

Vale señalar que de acuerdo a los precedentes emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la declaración rendida por la víctima menor de edad en esta clase de procesos, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a la confrontación con los demás elementos probatorios, en ese sentido procede la Sala a analizar el acervo probatorio en su totalidad, en cuanto el recurrente recriminó la valoración efectuada por el A quo en la que determinó la absolución de XXXXX.

Inicialmente se valorará el testimonio de la menor A.M.C.A. rendido en el desarrollo del juicio oral y su frenética contraposición con la versión que presentó durante la realización del informe pericial psicológico forense la psicóloga Sonia Yolanda Lizarazo Cordero y el informe médico técnico legal sexológico rendido por el médico forense Liliana Yohana Ruíz Camacho.

En este punto es preciso señalar que contrario a lo afirmado por la defensa, resulta claro para la Sala que en el testimonio rendido por la menor AMCA en juicio oral se trató de una verdadera retractación respecto a las versiones realizadas en otras oportunidades, entre ellas la técnica pericial practicada por la Doctora Lizarazo Cordero y la anamnesis rendida ante la profesional de medicina legal. Así las cosas, es deber del juzgador determinar cuál de estas versiones se acompasa a los demás medios de prueba y muestra la verdad de los hechos, teniendo en cuenta, se reitera, que las incongruencias que se presentaron entre las declaraciones rendidas por la menor durante las entrevistas y lo afirmado en el juicio, no determinan que se deban desechar o tener por cierta la última declaración rendida ante el juez, o al menos no totalmente, sino que ello obliga al análisis de sus posibles causas y el balance concreto de cada una de las declaraciones, verificando en contexto su alcance con las demás pruebas recaudadas, y así desestimar finalmente la que de acuerdo a las reglas de la sana crítica no aparezca demostrada.

En primer lugar vale la pena referir que en el testimonio rendido en juicio oral la menor AMCA relató que mantuvo con el procesado una relación sentimental ya que fueron novios por el lapso aproximado de tres meses a finales de 2011, indicó, contrario a lo que expuso ante la psicóloga forense, que no mantuvo relaciones sexuales con aquel, sino que la circunstancia de su desfloración se debía a que antes de Fauner Martínez había tenido un novio; en el juicio indicó: “pues la verdad, pues nada de lo que yo dije pasó, porque pues lo que yo dije fue en un ataque de rabia porque pues yo estaba enamorada de él, yo creo que tampoco no es pecado amar a alguien” y posteriormente agregó “Tengo que decir algo más, pues como yo hoy vengo a decir la verdad... yo con Fauner nunca tuve relaciones sexuales, yo antes de conocerlo a él tenía un novio y pues duramos un tiempo con él y con él fue que tuve relaciones sexuales, esa vez que me llevaron a medicina legal que salió eso que ya no era virgen (...)”.

Estas afirmaciones se oponen de manera tajante a las recaudadas en escritos de pasada memoria que hacen parte de algunos de los informes técnicos forenses, tales como la versión de la anamnesis consignada en el informe médico legal sexológico elaborado por la médico forense Liliana Yohana Ruiz Camacho el 13 de marzo de 2012 y en el informe pericial psicológico forense realizado por la psicóloga Sonia Yolanda Lizarazo Cordero el 5 de agosto de 2013 en las que reiteró en su relato al cansancio y de manera muy descriptiva incluso, cómo y en dónde acaecieron las relaciones sexuales que adujo mantuvo con el procesado durante la relación de noviazgo que duró aproximadamente tres meses, refirió que el procesado en la habitación en la que residía la incitó al consumo de bebidas embriagantes, que si bien ella alcanzó cierto grado de embriaguez puede recordar lo sucedido en puntos tan concretos como que esa vez no utilizaron preservativos y el procesado eyaculó.

En este último evento, la Sala llama la atención, puesto que de ahí también se originó de alguna manera una pequeña y singular circunstancia que pudo despertar en la menor el ánimo de transmitir el suceso, primero a sus familiares y luego a las autoridades, y fue básicamente la incertidumbre respecto al posible estado de embarazo, que sin descartar los eventos de celos que también pudieron influir y se pusieron de presente para tomar esa decisión, tienen la entidad de incidir en la exposición acusatoria. En efecto, durante la anamnesis la menor AMCA le informó a la Doctora Liliana Yohana Ruíz Camacho que siempre le comentaba a su prima lo que le ocurría –refiriéndose a TYCD- y “le conté que estaba preocupada porque pensé que estaba embarazada, ella le contó a mi tío y él me compró una prueba de embarazo la cual salió negativa, entonces él me dijo que tenía que contar todo”.

Como se puede ver, circunstancias propias y derivadas de las relaciones sexuales fueron las que también incidieron a que la menor AMCA externalizara sus preocupaciones, luego no puede afirmarse que

se traten de meras conjeturas o imaginaciones con el ánimo de perjudicar al procesado como desahogo a su frustrada ambición de mantenerse a su lado o como retaliación por haber iniciado una relación con su prima, sino que son indicios del acaecimiento del hecho que señalan al procesado como autor de la conducta, detalladamente descrita ante los profesionales de la salud.

Ahora, el punto de discordia es sobre el valor probatorio de las declaraciones rendidas por la menor y que fueron utilizadas por técnicos y profesionales para elaborar sus informes base de opinión pericial, puesto que, para el juez casi que son inexistentes, máxime porque la Fiscalía no hizo correcto uso de las entrevistas originales y permitió que quedaran fuera del juicio.

Para la Sala, las declaraciones que hizo la víctima ante las profesionales de la salud no pueden ser inexistentes en la medida que sustentaron una prueba legalmente constituida, a punto que, las versiones deprecadas y sobretodo el enfoque de cargo que contienen, fueron objeto de análisis pericial; en esa medida, resulta inerte la posición de la defensa al negar que son parte del proceso y del juez al concluir que su contenido no puede influir en la decisión; lo que no permiten es, y en ello hay que ser precisos, al tenor del artículo 381 del Código de Procedimiento penal, sustentarla definitivamente. Respecto a la finalidad y razón de ser de esta clase de elementos de conocimiento la Corte Constitucional¹ aludiendo estudios al respecto enunció: “De esta manera, la entrevista, interrogatorios o conainterrogatorio que realiza los especialistas de la ciencia del comportamiento humano (psicólogos) deben evaluar al menor-víctima en el marco de ambiente relajado, informal en medio del cual se escucha, registra y analiza las manifestaciones del afectado sobre hechos que interesan al proceso, inclusive la mayoría de las veces se deben introducir actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor²... Es evidente que la diligencia de entrevista,

¹Sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

² Cfr. *Entrevista forense a niños y su preparación para el juicio. Internacional Criminal Investigative Training and Assistance Program, ICITAP, Pág. 136.*

interrogatorio y contrainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor.”.

Y es que las entrevistas que reciben los profesionales hacen parte inescindible de una prueba perfectamente estructurada que se practica y agota al momento en que el profesional o técnico acude al juicio y allí rinde la pericia, esta prueba legalmente prevista en el artículo 405 instrumental penal de ninguna manera puede tacharse como de referencia puesto que no lo es, por la potísima razón que se practica bajo el principio de inmediación y puede ser controvertida por los medios previstos en los artículos 417 a 419 ibidem.

Así las cosas, la perito psicóloga y la médico forense son instrumentos de interpretación científica o artística que llevan conocimientos descriptivos y explicativos al juez de carácter no jurídico que escapan por su especialidad al conocimiento profano, licencian dictámenes o conceptos respecto a temas que como en el caso se extraen de lo normativo, verbigracia, el índice de afectación que unos hechos pueden causar en una persona, la veracidad de la información y el estado emocional de quien se adujo víctima de un ataque, afrenta o emoción.

Frente al tema la Corte Suprema se ha pronunciado de la siguiente manera: “En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y siquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones. Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen siquiátrico o la

entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio”³.

Así las cosas, no sin llamar la atención a la permisiva actitud del juez, las partes e intervinientes al permitir preguntas sugestivas realizadas a la víctima, lo cierto es que durante el juicio, tomando la vocería previa autorización del juez, la joven, refirió que “Yo con Fauner nunca tuve relaciones sexuales, yo antes de conocerlo a él tenía un novio y pues duramos un tiempo con él, y con él fue que tuve relaciones sexuales, esa vez que me llevaron a medicina legal que Salió... que ya no era virgen... yo había estado era con mi exnovio”⁴, pero también aceptó que mantuvo con el procesado una relación de noviazgo; situaciones que como se analizará en seguida, no son las únicas versiones recaudadas en el proceso y mucho menos la que más se relaciona y armoniza con los demás elementos de prueba, constituye simplemente un elemento de convicción que debe analizarse en conjunto con las demás.

En efecto, a partir de las declaraciones de la víctima en juicio oral, corresponde apreciar las condiciones en que se dio la retratación.

El A quo concluyó que la menor AMCA denunció la conducta de acceso carnal abusivo provista de un ánimo revanchista por el abandono sentimental infringido por parte del procesado, la cual tenía el valor de nublar la veracidad de su dicho; sin embargo, encuentra la Sala que esta es una valoración escueta y precipitada, pues el otorgar total

³ CsJ, sentencia de 15 de julio de 2009, r. 30355

⁴ Minuto 20 audiencia de 27 de mayo de 2014.

credibilidad a lo declarado en el juicio oral desestimando las anteriores salidas procesales que a bien tuvieron relatar expertas en psicología y en medicina, aunque en tela de juicio pueda admitirse que la manifestación hecha por la menor en el juicio pudo motivarse en un “ataque de rabia”, como ella misma lo denominó, no quiere decir necesariamente que el contenido de sus acusaciones fueran falaces, ya que pudo ocurrir perfectamente que a partir de ese sentimiento, AMCA pusiera al descubierto el suceso luego de enterarse de los hechos que acontecieron entre el procesado y su prima, ello con el propósito que el procesado sufriera una afectación en cuanto a su situación legal, delación que seguramente pudo no suceder de no haberse enterado de la relación sentimental que TYCD tenía con su expareja, es decir, la simple congoja sufrida por AMCA al ver que quien fuera su novio tenía contacto con su prima, y el sentimiento de traición normal en estos eventos, pudo determinar que lo delatara sin que ello signifique por sí mismo que la denuncia fuera falsa; su versión inicial se desprende más bien como producto de la oportunidad para colocar en evidencia lo acontecido, máxime si se tiene en cuenta del miedo que tuvo de creer estar embarazada.

En este punto cobra especial relevancia el informe pericial psicológico forense realizado e incorporado en juicio oral por la psicóloga Sonia Yolanda Lizarazo, allí la psicóloga consignó el análisis del relato y transcribió apartes de lo que expuso la menor AMCA durante la entrevista, que lejos de tener un contenido que pueda tacharse de falaz se reviste de una labor profesional propia de la experta sin que pueda adjurarse ánimo de falsedad o razón suficiente para que hubiera inventado tal historia sino que por el contrario, para esta Sala es objetivo y simplemente descriptivo. En el experticio, en desarrollo de su labor técnica, la profesional relató que la menor durante la entrevista le informó: “...nosotros nos quedamos una noche allá con él y con mi hermano y después volvimos a la casa y después me vi yo con él y después fue cuando me llevó allá a la pieza de él y tenía aguardiente y me empezó a dar aguardiente y le dije que yo no quería y el siguió tomando y me empezó a decir que me quitara la

ropa y le dije que no y me dijo que se la quite y ahí si me dijo que le hacía daño a mi papá y él me empezó a quitar la ropa así y antes de eso empezó a fumar marihuana y hasta que paso eso... que me violó. Nosotros éramos amigos, él después me dijo que donde yo dijera algo que me pasaba algo o a mi familia...". Con base en esa declaración y en ejercicio de los protocolos y conocimientos propios de su profesión la psicóloga Sonia Lizarazo emitió el siguiente concepto o dictamen sobre la menor "(...) manifiesta síntomas de estrés postraumático tales como evitación cognitiva de recuerdos o situaciones asociadas al abuso; síntomas depresivos como estado de ánimo triste, irritabilidad, llanto ocasional de desmotivación y desinterés generalizado; sentimientos de culpa por sentirse responsable del abuso; dificultades en el área sexual (que describe como temor dado que le recuerda los hechos denunciados), síntomas que encuentran asociados a los hechos denunciados".⁵ Este diagnóstico fue complementado en el juicio oral cuando afirmó "particularmente en el caso de la examinada, pues ella lo refirió, que no quería volver a recordar, ni a relatar tampoco esta experiencia, pues porque le genera malestar emocional, es decir, no es una experiencia positiva que le permita o se le facilite estarla expresando constantemente como ella lo hacía y en las diferentes entrevistas que había tenido".

Ahora, dicho informe, tal y como lo sugiere la Fiscalía no puede pasar desapercibido, ya que este tipo de pruebas practicadas por un profesional, tienen por objeto dar a conocer el análisis técnico desplegado sobre las manifestaciones de la víctima con base en factores como su comportamiento, actitud, forma de narrar los hechos y varios criterios fijados en los protocolos científicos, para además de lograr la atestación por métodos pedagógicos, determinar en torno al análisis de sus antecedentes y síntomas postraumáticos, si un menor está diciendo la verdad de si ha sido o no abusado sexualmente. En ese sentido, el informe pericial psicológico forense además de exponer

⁵ Fls. 158 a 164, C1°

de manera conclusiva las reacciones comportamentales observadas en la menor AMCA, determinó que ella no presentaba signos de indicativos de alguna enfermedad mental, por lo cual su personalidad no fue cuestionada, pues se le encontró orientada, desprovista de alteraciones de conciencia o cognoscitivas, situación que revela que tenga por costumbre decir la verdad o que haya elaborado un relato fantasioso en contra del procesado.

Frente al informe técnico médico legal sexológico, la médico Liliana Yohana Ruiz Camacho médica forense, en el juicio oral ratificó lo plasmado en el documento incorporado respecto a los hallazgos que observó en la menor AMCA destacando parte de la anamnesis en que la menor expuso: "...en febrero de 2012, en la noche, en el día tuve problemas con mi padre entonces yo me fui, y me encontré con Fauner es un amigo, tiene 23 años, esto paso en la noche, el compró una botella de aguardiente, y empezamos a tomar, yo estaba muy tomada, él empezó a besar (sic) él me decía que hiciéramos el amor yo le dije que no, pero él me empezó a quitar la ropa, y le introdujo (sic) su pene en mi vagina, me dolió, esto ocurrió en una pieza donde él vive, yo no quise más y me dormí, al día siguiente fui para la casa de una amiga y me quedé con ella dos días y luego volví a mi casa, después de que mi papá me encontró". Luego de la práctica de la anamnesis y practicada una auscultación médica la galena concluyó: "la parte genital primordialmente, cuando yo describo que hay unos bordes irregulares, mejor dicho con un desgarró antiguo, quiero decir que hay una cicatrización de himen como tal, cuando yo digo que hay una cicatrización es porque se ha producido un desgarró del himen en cuestiones más o menos, eso se presenta luego de diez días luego de una penetración cuando hay ruptura del himen".

Así las cosas, no obstante que razón le asiste al A quo al afirmar que este medio de convicción en sus conclusiones lo único que acredita es que la menor sostuvo relaciones sexuales con anterioridad a la revisión médica, lo cierto es que guarda consonancia con la declaración rendida

ante la psicóloga forense, además, para la Sala esta prueba permitiría dar confirmación a las circunstancias que rodearon la versión inicialmente expuesta por la menor AMCA en el sentido que si mantuvo relaciones sexuales, circunstancia que ni ella misma dispuso desvirtuar.

En este punto, el análisis valorativo se extiende a otras pruebas que aunque no son directas, sí pueden fortalecer o mermar la credibilidad de la menor AMCA, en consecuencia, existen las declaraciones de Víctor Raúl Cendales y VRCA, padre y hermano, respectivamente, de la presunta víctima AMCA.

Estas declaraciones tuvieron por objeto aclarar las circunstancias que pudieron rodear el presunto acceso carnal que sufrió la menor AMCA; en su testimonio Víctor Raúl Cendales pretendió dar cuenta que entre XXXXX y la menor AMCA existió una relación sentimental para finales de 2011 que tuvo una duración aproximada de tres meses, haciendo la salvedad que durante ese período las salidas que tuvieron la menor y el procesado siempre contaron con la presencia de su hermano VRCA, según le dieron a conocer sus hijos, también hizo énfasis en que XXXXX desconocía por completo que la menor para la fecha de hechos tenía trece años que ella misma le manifestó que tenía quince y señaló que para esa época la menor tuvo un novio con anterioridad a la relación que sostuvo con el procesado, es decir, su ánimo acusatorio se vio trascendentalmente mermado.

Por su parte VRCA relató las condiciones en que él y su hermana AMCA conocieron a XXXXX, afirmó no estar enterada de la relación que el procesado y su hermana sostenían, pero aun así informó que eran constantes las invitaciones que recibían por parte de éste, en las cuales reitera que en ningún momento la dejó a solas con el procesado, adicionalmente señaló que no sabía si XXXXX conocía la edad que en ese momento tenía su hermana AMCA.

A partir de las declaraciones de Víctor Raúl Cendales y VRCA la primera instancia concluyó la existencia de relación entre XXXXX y la

menor AMCA, pero no logró precisar la naturaleza. Al respecto encuentra la Sala que el A quo no efectuó un análisis conjunto del testimonio de VRCA con la entrevista absuelta el 12 de julio de 2012 y practicada por la investigadora del CTI Angelina Morales Cardozo, incorporada en el desarrollo del juicio oral, de acuerdo a los puntos en que fue usada por la Fiscalía para impugnar la credibilidad del testigo, por lo cual procede la Sala analizarlo.

En este sentido, en la entrevista absuelta por VRCA, el menor señaló que su hermana AMCA y XXXXX se fueron conociendo a partir de lo cual surgió una relación de novios, refirió invitaciones y regalos que ella recibió por parte del procesado que le daba dinero desconociendo el motivo, afirmó que si bien en algunas oportunidades él se quedaba con ella por fuera de la casa, en otras, su hermana se marchaba sola sin que él supiera el lugar en el que pernoctaba, así refirió en la entrevista tras la pregunta de la psicóloga de si “Aura se quedó por fuera de la casa?. Sí... Ya ella se estaba quedando sola, se salía sola de la casa pero no sabíamos para donde se iba”, a la pregunta si alguna vez ella le había comentado si se había quedado donde Fauner, respondió: “Si, que donde Fauner...que Fauner le había dado trago y abuso de ella, yo no sé, eso fue lo que ella me contó”, indicó que esa misma información la recibió su prima, también agregó que su hermana decía que tenía quince años, añadió que él mismo le aclaró al procesado que su hermana AMCA tenía en realidad trece años.

En consecuencia como resulta evidente, el contenido de esta entrevista es opuesto en aspectos sustanciales a lo afirmado en el testimonio practicado en juicio oral a este testigo, en el que VRCA afirmó desconocer varios aspectos que especificó previamente en la entrevista de 12 de julio de 2012 y en la que relacionó ofreciendo detalles específicos, frente a los cuales, en juicio oral cuando la Fiscalía impugnó su credibilidad manifestó no acordarse de varias declaraciones e incluso no haberlas rendido y señaló sobre la oportunidad en que su hermana se quedó fuera de casa “yo estaba con ella, yo estuve con

ella en ese momento (...) yo en ningún momento la deje sola”. Así las cosas, para la Sala el testimonio de VRCA rendido en el juicio oral lejos de confirmar la versión que ofrecieron la menor AMCA y su padre Víctor Raúl Cendales en el juicio oral sobre su constante presencia en los encuentros que sostuvo la menor con XXXXX, ofrece una versión voluble y poco creíble, aunado a que podrían existir razones externas que pueden explicar el cambio de versiones producido, como el miedo o la recompensa que algunos testigos pudieron identificar con llamadas y visitas de familiares del procesado a los denunciados, a más que la voluntad renuente del testigo pues se mostró evasivo y contrario a la información que suministró en un primer momento.

Ahora, resulta ineludible realizar un análisis de los testimonios de TYCD y Martín Romel Cendales, prima y tío de la menor AMCA respectivamente. La primera en su declaración indicó que supo que su prima tuvo una relación sentimental con Fauner Martínez que eran novios y la llamaba al celular que le había regalado, que el papá casi no la dejaba salir, pero que ella le contó que un día se escapó de la casa y se encontró con Fauner quien la llevó a la pieza en la que vivía y compró aguardiente y que allí tuvieron relaciones sexuales; narró que Fauner sabía cuántos años tenía su prima, pero que esa circunstancia lejos de importarle le llevó a afirmar que el amor no tenía edad. De igual forma, la testigo informó a la audiencia que su prima le había contado “que Fauner la llamo desde la cárcel, pues que ella no sabe cómo se consiguió el teléfono de ella y ella me dijo que él le dijo que lo ayudara a salir que él le daba lo que ella quisiera”.

Por su parte Martín Romel Cendales relató cómo se enteró de los hechos, debido al temor de su sobrina AMCA de encontrarse en embarazo, a partir de los cuales instó a su sobrina a formular la denuncia.

Para el juzgador de primera instancia, las anteriores constituyen unas afirmaciones de referencia que no son pruebas aptas y dignas de valoración, contrario sensu, la Sala considera óptimos esos elementos

para elevar el respectivo juicio de responsabilidad puesto que el hecho de ser testigos de referencia no configura por si solo un motivo para descartarlo, sino simplemente una interpretación más estricta y cuidadosa. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como a bien tuvo referirse el Ministerio Público, en su jurisprudencia fijó los requisitos que surgen a partir de los criterios de la sana crítica para elaborar un correcta apreciación del testigo de oídas o de referencia “En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia de primer grado (...), en segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento (...), En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia (...), en cuarto término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión (...)”⁶.

En las mentadas condiciones, habrá de aceptarse que apartes de las declaraciones de TYCD y Martín Romel Cendales son de referencia, porque refieren hechos que alguien les contó, sin tener un conocimiento personal de los mismos, pero son de primer grado porque escucharon directamente a la persona que sí tuvo ocasión de observarlos y percibirlos; pero además también, son testigos de hechos anteriores o posteriores al investigado, y eso sí, de manera directa, son testigos en sentido estricto conforme al artículo 402 del Código Procesal Penal, dado que lo narrado sobre esos fue percibido por los sentidos.

Seguidamente, analizado el contenido de las declaraciones de los testigos de referencia, ningún reparo de incoherencia merece su versión comparada con las vertidas por AMCA ante el médico legista y la psicóloga forense, convergen entre sí, por eso, sin que se extracte razón o interés alguno en cualquiera de los dos interlocutores para haber mentido en sus primeras salidas, considera la Sala que sus declaraciones contienen alto grado de credibilidad puesto que no se

⁶ C.S.J. Cas. Penal sentencia de 13 de agosto de 2014, r. 37924.

extracta ánimo de mentira con el fin de afectar al procesado, al punto que incluso la menor TYCD negó haber sido víctima de la lóbulo del procesado aunque si indicó haber recibido sus ofertas de contenido sexual cuando fue a verlo a la habitación en la que residía y en la que fuera sorprendida por su progenitor.

En conclusión, estos testimonios de referencia se erigen como medio de persuasión idóneo, serio y creíble que deben ser cotejados con los demás elementos para que la valoración de pruebas sea conjunta como establece la ley procesal penal.

También debe resaltar la Sala que por lo menos TYCD también hizo atestaciones directas, esto es, de hechos que percibió por sus propios sentidos; en efecto, la testigo además de referir lo que le contaba en confidencialidad su prima, pudo advertir la relación que ellos llevaban, de cómo salían, e incluso, referir que ella también conoció al procesado y visitó su vivienda describiéndola como lo había hecho VCRA hermanito de AMCD durante el juicio, en cuanto que aquel dormía en un colchón inflable, circunstancia que en general se corroboran entre otros, con lo descrito por Jorge Eduardo Barrezuela Medina a la audiencia los objetos que sacaron de la habitación del procesado, refiriéndose al colchón inflable y a ropa.

Así las cosas, para la Sala, la retractación efectuada por la menor AMCA no resulta creíble ni justificada, pues de acuerdo con la sana crítica y en ello se insiste, ésta retractación podría estar motivada por causas distintas al arrepentimiento por haber denunciado como producto de un ánimo revanchista, a modo de ejemplo de las mismas acepciones que indicó su prima TYCD refirió en el juicio oral que la menor AMCA recibió ofrecimientos por parte de XXXXX a cambio de su ayuda, o de la situación esbozada por el menor VRCA que expresó que el procesado tenía vínculos con la guerrilla; en conclusión, las primeras versiones resultan perfectamente coherentes y concordantes con otros elementos de conocimiento.

Así las cosas, resulta fácil concluir, que en la retractación en juicio no se aprecia espontaneidad, por el contrario se percibe ánimo evasivo puesto que la menor se limitó abstraerse de responder detalladamente, se evidencia que su narración es preparada buscando a toda costa ubicar a su hermano VRCA en cada uno de los encuentros que tuvo con XXXXX durante su noviazgo, situación desvirtuada por el mismo VRCA al afirmar que la menor a veces se marchaba sola; situación similar sucede con la declaraciones de su padre Víctor Raúl Cendales y su hermano VRCA, quien cambió sustancialmente lo declarado en su primera entrevista.

En consecuencia, considera esta Sala que aparecen establecidos los presupuestos de certeza para proferir sentencia condenatoria, pues, las versiones rendidas por la menor ante profesionales y mediando los requisitos de forma para su recibo, como el consentimiento de sus representantes legales por tratarse de menores de edad, la presencia de la defensora de familia y con el ejercicio de los métodos y conocimientos técnicos correspondientes debidamente acreditados durante el juicio oral; resultan coherentes y descriptivas de una versión acusatoria de los hechos, que bajo una apreciación probatoria integral, está corroborada con los demás elementos de convicción, como los testimonio de TYCD, Martín Romel Cendales y el análisis vocacional propio del eje funcional que faculta a la psicóloga Sonia Yolanda Lizarazo Cordero con su informe pericial psicológico forense, y la médico Liliana Yohana Ruiz para concluir dictámenes de percepción sobre el estado de la menor, además, de algunos indicios, como la existencia de la relación amorosa entre la menor y el procesado, y la constante presencia de aquella en el lugar de los hechos, que permiten claramente establecer la mentada conclusión.

Por eso aunque complejo resulte el valor probatorio de las entrevistas y su incorporación al proceso, lo cierto es que, la incipiente impericia del fiscal para confrontar de manera adecuada la practicada a la víctima con la declaración en juicio impidiendo que hicieran parte del proceso, no exime, para el presente evento, que la prueba pericial sea tomada

en cuenta en su valor probatorio autónomo y constituyan prueba directa, pertinente y útil para definir el caso y que las entrevistas de algunos familiares de la víctima, debidamente descubiertas e incorporadas al expediente también fueran analizadas en conjunto.

En conclusión, bajo la coherencia estricta de su versión y la conexión con los demás elementos, la certeza de la existencia de la agresión sexual y la responsabilidad del procesado, estando así determinado el conocimiento más allá de toda duda sobre la culpabilidad del acusado, sin que pueda tenerse en cuenta el principio de *in dubio pro reo* aplicado por la primera instancia.

Finalmente la réplica de la defensa en torno a la existencia de una relación de noviazgo de la menor previo a conocer al procesado y la declaración de ella indicando que fue con aquel con quien tuvo las relaciones sexuales que determinaron desfloración antigua, la misma queda desvirtuada con las declaraciones que dió ante la profesional de psicología en la que especificó de manera coherente y reiterativa que la primera vez que tuvo una relación sexual fue con Fauner en los hechos aquí investigados.

Por demás resulta fácil observar que si bien el progenitor refirió también el hecho que la menor tuviera un novio antes que Fauner, además que ello está en tela de juicio, no refirió que con aquel hubiera mantenido relaciones sexuales ni dio especificación alguna al respecto, más bien parece una declaración traída como cooperación posterior con el procesado, incluso, revisada su entrevista en el proceso y la declaración rendida en el análisis psicológico ante la doctora Sonia Lizarazo, dejó claro que previo a los hechos la actitud de su hija era diferente porque no acostumbraba a irse de la casa y la describió como una estudiante dedicada, sin que en ningún momento hiciera referencia a relación sentimental anterior de su hija, por lo que, ningún índice de credibilidad merece la última atestación.

Tampoco el hermano VRCA ni la prima confidente TYCD refirieron la presunta relación anterior de la víctima situaciones que impiden dar credibilidad al respecto y por ello se desechará esa versión por incoherente y amañada.

3.4. ERROR DE TIPO:

El error de tipo radica en que el conocimiento de la conducta o del objeto en el que recae, puede verse viciado por error, es decir que el agente actúe convencido que el hecho no constituye una descripción típica pues no cubre las exigencias para configurar el tipo en cuanto a sus elementos descriptivos y normativos que lo conforman, al contrario actúa bajo el fiel pensar que su conducta se enmarca en ejercicio pleno de su libertad lícita y sobre un objeto del que puede disponer.

A su vez, el error será invencible si resulta dentro de un contexto racional y razonable bajo el conocimiento de un tercero buen padre de familia, un hombre medio o con conocimiento profano, no hubiera podido actualizar en las mismas condiciones del procesado, el conocimiento respecto a la configuración de los presupuestos objetivos y normativos del tipo penal, de lo contrario, si resulta probado que tenía plena posibilidad de actualizarlo y verificar que se trataba de una conducta penalmente desaprobada, se aplica un error vencible.

De acuerdo a las pruebas practicadas en el juicio oral, la versión de la menor AMCA señaló que ella misma le indicó a XXXXX que tenía quince años, afirmación que respaldó, a su turno su padre Víctor Raúl Cendales, y que de acuerdo con el testimonio de Edny Geovanny Benavides, amigo del procesado, correspondía con la edad la menor aparentaba, la cual estimó en dieciséis años, en ese sentido, no se puede desconocer que de acuerdo a estas afirmaciones la misma víctima fue la que lo impulsó e indujo en el error.

Sin embargo, en el acervo probatorio obran otros elementos materiales que impedirían a la Sala concluir que el procesado actuó dentro de la

esfera de lo razonable y se convenció que su novia podía disponer de su libertad sexual, al respecto es de observar que el informe técnico médico legal sexológico practicado a la menor A.M.C.A. por la médico forense Liliana Yohanna Ruiz Camacho, en uno de sus apartes determina la edad clínica, allí consignó que su peso era de cuarenta y dos y medio (42,5) kilogramos y su talla de ciento cincuenta y cinco centímetros (155 cms), es decir, de acuerdo a este y otros criterios, la médico concluyó que la edad clínica de la menor era de trece a catorce años.

Así las cosas, este informe se encuentra respaldado por los testimonios de Angelina Morales Cardozo, investigadora del CTI, José Ulises Ramos, policía quien recibió la noticia criminal y Liliana Yohanna Ruiz Camacho, médico forense, y Sonia Yolanda Lizarazo Cardozo, psicóloga forense quienes fueron claros al afirmar que cada uno en el contacto que tuvo con la menor AMCA pudo observar una adolescente cuya apariencia corresponde con su edad, incluso la psicóloga quien practicó su informe cuando la menor ya contaba con catorce años, afirmó al respecto en el juicio oral “se presenta una menor de 14 años, es una adolescente, como decía en el examen mental, su vestimenta era juvenil, el maquillaje si está un poco marcado pero pues también un maquillaje juvenil, pues acorde a la edad y al contexto sociocultural de la examinada”. Es así, que estos testimonios aunados a la primera entrevista de VRCA en la cual afirmó que él le había aclarado a XXXXX que su hermana tenía trece años, y al testimonio de TYCD en el cual señaló “él sabía cuántos años tenía pero le decía que no importaba, que para el amor no existía edad”, no permiten concluir la existencia de un error de tipo invencible.

Para la Sala resulta claro que si bien en un primer momento XXXXX pudo creer que la menor AMCA tenía quince años, es innegable que la mentira de la menor no se sostuvo por mucho tiempo, pues sin contar que su hermano VRCA le aclaró, como lo afirmó en un primer momento, la verdadera edad de la menor, el aspecto de AMCA para la época de los hechos no le permitía al procesado fácilmente incurrir en un error a simple

vista teniendo en cuenta que fue solo al final de relación sentimental que se practicó el acceso carnal, por lo que el conocimiento del procesado no solo tenía que haberse actualizado, sino que en efecto se hizo con las aclaraciones que le dio el menor hermano de la víctima y la prima.

Por lo anterior, no está dado a prosperar el mentado error, debiéndose revocar la sentencia recurrida en integridad.

3.5. DOSIFICACIÓN PUNITIVA:

La revocatoria de la sentencia y consecuente condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, hace necesario la dosificación de la pena, por lo que se procede a ello.

El artículo 59 del Código Penal ordena al juez motivar de manera explícita el proceso de individualización de la pena, para lo que se hace necesario posterior a individualizados los cuartos de movilidad e identificado en el que ha de ubicarse, atender los factores dispuestos en el inciso tercero del artículo 61 sustantivo, esto es, observando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella debe cumplir en el caso concreto.

La pena básica dispuesta para la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años es en virtud del artículo 208 del Código Penal modificado por la Ley 1236 de 2008, es de doce (12) a veinte (20) años, por lo que el cuarto mínimo va entre ciento cuarenta y cuatro (144) meses y ciento sesenta y ocho (168) meses, los cuartos medios entre ciento sesenta y ocho (168) meses y un (1) día y doscientos dieciséis (216) meses y el cuarto máximo entre doscientos dieciséis (216) meses y un (1) día y doscientos cuarenta (240) meses de prisión.

En el sub examine, no se endilgaron circunstancias de mayor punibilidad, pero sí, la de menor punibilidad dada la carencia de antecedentes penales, por lo que será el cuarto mínimo en el que se fijará la pena. Respecto a la intensidad del dolo se advierte en intensidad común para los delitos de esa especie, no se lastimó físicamente a la víctima y la menor estaba al borde de la edad mínima para que ejerciera su derecho a la sexualidad; finalmente, respecto a la necesidad de la pena y la función que debe cumplir, considera la Sala que bajo el criterio de necesidad y razonabilidad deben tenerse en cuenta las funciones de prevención general y especial, esto es, asegurar la confianza en la protección de la ley a todos los asociados y restablecer la tranquilidad y confianza en el derecho, además, de evitar que el procesado cometa nuevos actos en contra de los miembros de la comunidad; basta imponer el mínimo.

Por lo anteriormente expuesto considera la Sala que la pena a imponer por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años de acuerdo a la legalidad será de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

3.6. SUBROGADOS Y SUSTITUTOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD :

Conforme a lo señalado en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, tratándose de un delito contra la libertad e integridad sexual dirigidos contra una menor de catorce años, no proceden ni la suspensión condicional de ejecución de la pena, ni el sustituto de la prisión domiciliaria.

4. En mérito de la expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley,

RESUELVE :

4.1. Revocar en integridad la sentencia de primera instancia.

4.2. Condenar a XXXXX a la pena principal de ciento cuarenta y cinco (144) meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena de prisión como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años de que trata el artículo 208 del Código Penal.

4.3. Negar el subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

4.4 Ejecutoriada esta decisión, ordénese la captura

4.5. Contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Las partes quedan notificadas en estrados.

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INES LINARES VILLALBA
Magistrada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado.