

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento

CUI : 110016000721201701360
N.I. : 315981
Acusado : Edwin Jheison Romero Ñustes
Delito : Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Decisión : Sentencia absolutoria

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020)

Asunto

Anunciado el sentido del fallo, se emite la sentencia que en derecho corresponde dentro del presente proceso penal, adelantado en contra de Edwin Jheison Romero Ñustes, quien fue declarado inocente del cargo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por el que la Fiscalía General de la Nación presentó acusación, sin que se aprecie irregularidad que conlleve a invalidar lo actuado.

Hechos

El veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Martha Lucía Vargas Angarita formuló denuncia en contra de Edwin Jheison Romero Ñustes, a quien le atribuyó haber efectuado tocamientos libidinosos a su nieta S.V.R.F., hija del primero, que para esa fecha contaba con apenas cinco (5) años de edad, conducta que aseveró, ocurrió el 21 de octubre de 2017 en un bus de transporte público, cuando se desplazaban juntos.

Identificación e individualización del acusado

Se trata de Edwin Jheison Romero Ñustes, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.018.469.915 expedida en Bogotá D.C., nacido en Bogotá el veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), soltero, con unión marital de hecho vigente, con grado de instrucción bachiller y de oficio vigilante.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

Morfológicamente presenta la siguiente descripción: humano de sexo masculino, 1.71 metros de estatura, contextura delgada, piel blanca, frente media, cabello liso negro corto, cejas pobladas, ojos medianos y redondos de iris color castaño, nariz mediana, boca pequeña de labios delgados, mentón agudo, orejas medianas y como señal particular presenta un lunar en el pómulo derecho.

Antecedentes procesales

Por los hechos antes enunciados, el catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018) ante al Juzgado Veinticuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, se celebró la audiencia de formulación de imputación, en la que la Fiscalía General de la Nación le atribuyó la autoría en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, cargos que no aceptó.

El 7 de mayo de 2018, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación, cuyo conocimiento correspondió a este Despacho.

Tras algunos aplazamientos, se celebró la audiencia de formulación de acusación en la que la Fiscalía General de la Nación verificó el llamamiento a juicio por la misma ilicitud materia de imputación; posteriormente se celebraron la audiencia preparatoria y el juicio oral, que luego de varias sesiones, el veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020) culminó cuando se anunció sentido de fallo absolutorio.

Teorías del caso

Fiscalía General de la Nación

La delegada de la Fiscalía, sostuvo que se está ante el punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, el cual fue ejecutado por el padre biológico que abusó de su hija de 5 años de edad para el 21 de octubre de 2017.

Indicó que demostraría que en aquella oportunidad, luego de haber estado con su hija todo el día, Edwin Jheison Romero Ñustes la regresó a su hogar entre las 7:30 P.M. y 8:00 P.M., manifestando a Martha Lucía Vargas Angarita que estaba disgustado porque la mamá de S.V.R.F. le habían requerido para que entregara a la niña más temprano.

Que ese día, al momento de asear a la niña por parte de su abuela, esta se notó molesta diciendo que le habían hecho duro, que el papá le había tocado en los genitales,



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pcctb@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

situación que reiteró al día siguiente, cuando contó que en el momento que iba con Edwin Jheison Romero Ñustes en el bus, él le dijo que cerrara los ojos y le hizo los tocamientos de manera fuerte, que lo hizo por encima de la ropa interior y las medias, situación que constituye el punible de actos sexuales con menor de catorce años con la circunstancia de agravación del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

La defensa se abstuvo de presentar teoría del caso.

Estipulaciones probatorias

La fiscalía y la defensa convinieron dar por probado y por ende excluir de cualquier debate, lo concerniente con la plena de identidad del acusado y lo que atañe con la edad de la víctima para el momento de los hechos, esto es, que S.V.R.F. tenía cinco años para el 21 de octubre de 2017.

Alegaciones finales

Fiscalía

Indicó haber demostrado con claridad que existió la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, pues Edwin Jheison Romero Ñustes, el 21 de octubre de 2017, cuando llevó a pasear a su hija de cinco (5) años de edad, habiéndola sacado desde el medio día, luego de su regresó sobre las 7:30 PM, y la niña manifestó a su abuela tener malestar, y le dijo «*que le había hecho duro*», solo más tarde contó que el papá la había tocado mientras iban en un bus, y que quería dormir.

Sobre el testimonio de la denunciante y la menor de edad, dijo que Edwin Jheison Romero Ñustes había tocado en sus partes íntimas a S.V.R.F., en el marco de un juego que él le había propuesto, actividad que hizo por encima de las prendas de vestir de su hija.

Comoquiera que en el juicio oral S.V.R.F. manifestó que no quería declarar, atribuyó tal conducta a que no quería recordar esos hechos que le causaron sufrimiento, pues sentía escalofrío, pero al menos dio cuenta de la ubicación anatómica de sus órganos genitales, lo que aunado al testimonio de Martha Lucía Vargas Angarita, genera el contexto probatorio para acreditar la existencia del comportamiento y la responsabilidad en cabeza del procesado. Lo anterior, en la medida que la referida testigo, aclaró que Edwin Jheison Romero Ñustes es el papá de la niña, que se había separado de la mamá



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

porque había sido agresivo con ellas y que para la fecha de los hechos no convivía con ella y la visitaba con cierta regularidad, que el 21 de octubre de 2017, luego de un paseo con aquél, la niña llegó triste, lo que revela que sucedió algo que la afectó, y que el procesado estaba alterado porque al parecer, la mamá de S.V.R.F. fue insistente en que regresara a su hija desde temprano a la vivienda, lo que lo indispuso.

Resaltó del testimonio de Martha Lucía Vargas Angarita, que contó que esa noche, luego de que Edwin Jheison Romero Ñustes se fue, estaba aseando a la niña, quien le dijo que su papá le había hecho duro, y que al día siguiente, cuando fue a orinar, precisó que el papá le había tocado las partes íntimas en forma dura, razón por la que acudieron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, donde contaron lo sucedido.

Sobre la narración de S.V.R.F. a su abuela respecto de lo que motivó lo sucedido, dijo que el papá le sugirió en el bus que se tocaran, y que por eso lo hicieron, contexto en el cual, le hizo los tocamientos que generaron tal afectación.

Expuso que comoquiera que Martha Lucía Vargas Angarita dijo que el procesado había subido al cuarto de la niña, ello da cuenta que había confianza y buena relación con Edwin Jheison Romero Ñustes, por lo que no hay una razón para que hiciera una revelación tan grave como la que es materia de sentencia, distinta a que en efecto ello sucedió así, y S.V.R.F. realizó esta revelación sobre la conducta ilícita de su padre.

En punto a las consecuencias del comportamiento, destacó que fue la misma denunciante quien contó que luego de estos hechos, S.V.R.F. hablaba dormida y no volvió a ser la misma niña alegre, entonces, no hay lugar a comprender que se tratara de un tocamiento superficial e insignificante, porque la víctima estaba triste y lloraba mucho.

Del testimonio de la médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, reiteró que ante ella la niña dijo que el papá le había tocado la vagina por encima de la ropa, en el bus, y que a criterio de la perito, este fue un escenario de abuso sexual, comoquiera que pedirle a una niña que se toque y para terminar tocándola duro, constituye conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales.

Desestimó cualquier alegación relacionada con un tocamiento circunstancial, como sucede al momento en que la llevó al baño o la cambió de ropa, porque fue en un bus, cuando estaban los dos solos, porque la pareja de él iba ahí mismo pero no veía nada.

Respecto a lo declarado por la psicóloga Claudia Cadena, quien informó que la niña le contó que el padre le había tocado la vagina en un bus cuando nadie más pudo advertir



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

lo que sucedía, y que lo hizo con fuerza, que su padre se disculpó, con lo que concluyó que se corrobora una vez más la versión de la niña, que fue tan impactante que para el juicio le causó escalofrío y no lo quiso recordar. Que ante ella, la menor de edad manifestó que confiaba en su padre, que la abuela no le había dicho que temiera, pero que sí tuviera prevención, sin que ello signifique que hubiese enemistad.

Así, deprecó el amparo a los derechos de esta menor de edad, quien resultó afectada en su sexualidad por su padre, en contra de quien solicitó la emisión de fallo condenatorio por el punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Ministerio Público

Solicitó fallo absolutorio por duda. A partir de la teoría del caso propuesta por la Fiscalía General de la Nación, quien se comprometió a demostrar que Edwin Jheison Romero Ñustes habría efectuado un tocamiento impúdico en contra de su hija el día que la llevó a pasear, destacó que del testimonio de ella se demostró que S.V.R.F. convive con su abuela materna, su abuelo y unos tíos, e informó que había vuelto a vivir con su madre, dando cuenta de la identidad de su ella, su abuela y su padrastro, mas no el de su padre.

Recalcó cómo la niña dijo que venía a contar lo que la abuela le dijo que tenía que decir, pero que no quer a contar porque le daba escalofrío, negándose a contestar las preguntas de la audiencia.

En el testimonio de Martha Lucía Vargas Angarita, quien tiene la custodia de la niña, llamó la atención en que refirió que para el día del padre de 2017, Edwin Jheison Romero Ñustes fue por la niña a la casa, de lo que ella estaba en desacuerdo porque era una orden del ICBF, y que para el 21 de octubre de ese año, cuando la niña llegó a la casa luego de estar con su papá, ella estaba un poco triste, más adelante dijo que estaba cansada, y que como tenía la costumbre de bañarla y aplicarle cremas por una infección urinaria, fue eso lo que le causo dolor, pero que al día siguiente cuando la niña fue al baño, dijo que tenía dolor, momento en que le preguntó si el papá la había hecho daño, a lo que respondió afirmativamente, que estaba jugando con el papá y la había tocado.

Resaltó en su deposición que la denunciante contó que esa noche, Edwin Jheison Romero Ñustes había llegado alterado, manifestando disgusto por los constantes requerimientos de la mamá de S.V.R.F. para que llevara pronto a la niña a la casa, que



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

al día siguiente fue valorada, y le mandaron un examen de orina y frotis vaginal, sin que se hayan allegado los resultados.

De la valoración de la psicóloga, quien refirió haber atendió a la menor de edad el 23 de octubre de 2017, fue la abuela quien informó que Edwin Jheison Romero Ñustes había efectuado el tocamiento a la niña, quien además, no tenía una percepción positiva de su grupo familiar. Que la menor narró lo que ocurrió en el bus, el juego, pero la psicóloga, por el relato de la niña no evidenció riesgo de abuso, no evidenció la situación circunstancial del mismo, siendo esta la única oportunidad en la que se había hablado de algo al respecto.

Sobre el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, advirtió que lo que se ve es que la abuela llevó a S.V.R.F., porque la presencia de su madre ha sido casi nula, y es allí donde se establece que no hay ningún examen físico, porque llevaba mucho tiempo de la fecha de los hechos, haciendo recomendaciones de apoyo psicoterapéutico, pero esa valoración tampoco fue traída por la Fiscalía General de la Nación para demostrar que los hechos sucedieron.

Refirió la declaración de la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación Ligia Patricia Amado Abril, destacando de su actividad, que recolectó información de S.V.R.F., quien contó que su abuela no quiere que esté con la otra abuelita porque no quiere a su mamá, dando cuenta que los papás y la abuela le hacen caricias que le gustan, pero el papá le hizo una que no le gustó, refiriendo a este respecto que iba en el transporte sentada en las piernas de aquél porque su amiga se sentó ahí, pero luego dijo que aquella estaba más adelante, contexto que no brinda el soporte para asumir la existencia del comportamiento por el que se presentó acusación.

Afirmó que tocar a un niño en sus partes íntimas lo puede afectar, pero hay que examinar el contorno de circunstancias en que ello ocurrió, para lo cual, citó que la menor de edad dijo que la relación entre su padre y abuela es mala, que le fue otorgada la custodia a la abuela, y fue ella quien dijo que la habían regañado porque no se le permitía a Edwin Jheison Romero Ñustes que viera a su hija; que también dijo que tenía quemaduras porque se orinaba.

En ese entendido, indicó que la Fiscalía General de la Nación no cumplió con la carga para demostrar que Edwin Jheison Romero Ñustes sea autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años en contra de su hija, pues no hay claridad sobre cómo se presentó ese único tocamiento.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

Defensa

Sostuvo que no se pudo demostrar por la Fiscalía General de la Nación que existiera la conducta punible por la que se presentó acusación en contra de Edwin Jheison Romero Ñustes, no se logró probar lo que prometió la Fiscalía.

Adujo que aquí se presentó una situación, en la que la Fiscalía General de la Nación dijo que la relación que tenía Edwin con la abuela de la menor era buena, y que tal como lo dijo la representante del Ministerio Público, se demostró lo contrario, toda vez que ella lo había denunciado por violencia intrafamiliar.

Destacó que en el proceso se recogieron varias versiones de la menor, ante la psicóloga y la médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y si bien en algunos casos manifestó que el padre la había tocado, en juicio oral no lo hizo efectivamente.

Rememoró que la niña manifestó haber estado jugando con su padre en un bus de servicio público, que era un juego de tocarse alguna parte del cuerpo y que correspondía al otro, indicar cuál parte debía tocarse, resaltando ella que iba en las piernas de Edwin Jheison Romero Ñustes, situación que desdice del ánimo libidinoso que quiere mostrar la Fiscalía.

Recalcó que el acusado siempre ha estado presente, concurriendo a estas audiencias, poniendo la cara a la justicia para dar fe de lo que realmente ocurrió, que S.V.R.F. manifestó que no quería hablar, que tenía escalofrío, pero sostuvo que todo lo sabía la abuela, siendo ella quien le dijo lo que debía decir.

Adujo inconsistencias en las salidas procesales de la menor, en contra del testimonio de la nueva compañera de Edwin Jheison Romero Ñustes, quien compareció a juicio y dijo que nunca vio un acto en el que el acusado hiciera algo así como lo que se dice que pasó el 21 de octubre de 2017, así como Norma Constanza Ñustes, quien manifestó bajo juramento que nunca vio a su hijo en condiciones de abuso sexual o de tocamiento alguno hacia la menor.

Expuso que Martha Lucía Vargas Angarita tenía animadversión en contra de Edwin Jheison Romero Ñustes.

Por la ausencia de prueba directa sobre los hechos y las dudas del juicio, solicitó la emisión de fallo absolutorio.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

Consideraciones

Es menester dejar por sentado, que este Juzgado es competente para proferir la presente providencia, atendiendo lo normado en los artículos 36 numeral 2 y 43 del Código de Procedimiento Penal vigente, ya que por una parte, los hechos ocurrieron dentro de nuestra jurisdicción y por otra, el delito por el que se presentó acusación, es uno de aquellos legalmente contemplados para el conocimiento de un Despacho Penal de la categoría Circuito.

Igualmente, que en la actuación surtida se han respetado las garantías procesales de las partes, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado.

Así mismo, que para efectos de proferir fallo de condena, se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la comisión del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, tal como lo prescribe el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal y el inciso 4º del artículo 7º de la misma codificación.

Del principio de in dubio pro reo

Sabido es que por mandato del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, como ya se dijera, para emitir condena se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad penal, lo que significa, que las pruebas legalmente aducidas al juicio deben demostrar por encima del umbral de la duda razonable la ocurrencia del ilícito y el compromiso penal del acusado en su comisión.

Desde esa perspectiva, ambos elementos deben estar plenamente demostrados, pues no de otra manera puede considerarse derruida la presunción de inocencia que en todo momento acompaña al procesado, es decir, que las pruebas deben conducir a la conclusión final, como verdad procesal que no puede ser otra que la acreditación del delito y la responsabilidad penal del inculcado.

Empero, si surgiere a partir de las pruebas legalmente debatidas dudas acerca de la responsabilidad penal, éstas deben resolverse a favor del procesado, pero esa fluctuación debe ser significativa y tener su génesis en un proceso de confrontación entre los distintos medios de prueba donde unas sugieren una verdad y las otras en sentido contrario la cuestionan o la ponen en entredicho.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

A lo anterior agréguese, que la materialización del *in dubio pro reo* no se da a partir de detalles marginales que surgieren con ocasión del proceso de confrontación entre los distintos medios de prueba, pues ellos no tienen la potencialidad de derruir ni el hecho punible, ni la responsabilidad penal. La duda, en pocas palabras tiene que ser trascendental, pues en absoluto puede tener la virtualidad de afectar la acción acusatoria de la fiscalía, así lo ha tratado nuestra Corte Suprema de Justicia:

«En efecto, la demostración de éste instituto no puede quedarse como una simple frase sin desarrollo. Al respecto debe recordarse que este apotegma es un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen.

*En igual sentido se integran aspectos objetivos y subjetivos desde los cuales se puede inferir que el *in dubio pro reo* no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción.*

Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, que en el caso objeto de control constitucional y legal no se dan, sino que por el contrario se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa...»¹

De acuerdo con lo anterior, el conocimiento conforme a este mandato se traduce en el fundamento y exigencia para predicar no solo la realización material de la conducta punible, sino la correlativa responsabilidad penal, luego cuando no se asegura vía juicio oral la presencia de tales presupuestos, no es posible hacerse un reproche penal, sino que la duda debe resolverse a favor del acusado, no porque se haya demostrado plenamente su inocencia, sino ante la imposibilidad probatoria para dictar sentencia de carácter condenatorio.

Así las cosas, se impone traer a consideración, que toda sentencia de carácter condenatorio, debe soportarse en un conocimiento más allá de toda duda razonable, respecto de la existencia del delito y la responsabilidad en el mismo del acusado, ello de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 381 del estatuto procesal penal.

¹ Casación 32270 del 29 de septiembre de 2010. M.P Yesid Ramírez Bastidas.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

Además, se impone recordar que una conducta es punible siempre y cuando sea típica, antijurídica y culpable, tal y como lo establece el artículo 9 del Código de las Penas, por lo que se procederá a verificar tales condicionamientos, valorando el acervo probatorio allegado.

Por parte de la Fiscalía, atestiguaron S.V.R.F., Martha Lucía Vargas Angarita, la perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Ana María Bolaños Feria, la psicóloga Claudia Cadena Moschner y la investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación Ligia Patricia Amado Abril.

De la defensa, se oyó el testimonio de Zulay Katherine Martínez Vargas y Norma Constanza Ñustes Zabala.

S.V.R.F. contó que vive con su abuelo, su mamá y su tío, que tiene un padrastro y dio cuenta del nombre de ellos, más indicó que no recuerda a su papá biológico.

Comoquiera que la acusación versa en contra de Edwin Jheison Romero Ñustes, quien es precisamente el papá de S.V.R.F., la Fiscalía General de la Nación le indagó sobre aquél, informando que «solo me acuerdo de una cosita pero a veces se me olvida», expresando que no le gusta contarla porque cuando lo hace siente escalofrío por la espalda, aduciendo haberla dado a conocer a su mamá y a su abuela.

Precisó que por esos hechos fue presentada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, porque la abuela notó que pasaba algo raro, pero que en esa entidad estaban ayudándole a su papá.

Como se rehusó a contar aquello que supuestamente había ocurrido con su papá, se prosiguió con su interrogatorio, dando cuenta de la ubicación anatómica de las partes del cuerpo, indicando que nadie la ha tocado de manera que no le guste.

Martha Lucía Vargas Angarita, abuela de S.V.R.F. indicó que su relación con Edwin Jheison Romero Ñustes había sido buena hasta que aquél agredió a la niña, sobre lo cual refirió que para octubre de 2017, ella tenía la custodia de la menor de edad, que existía una orden del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la que se regulaba la posibilidad que el papá podía llevarla cada semana o cada quince días, y por lo mismo él iba a la casa y pedía permiso para irse con aquella.

Que el 21 de octubre de ese año, luego de estar con el papá, la niña llegó muy triste, subieron con el acusado al cuarto de S.V.R.F., quien estaba muy inquieta, y Edwin le dijo a Martha Lucía Vargas Angarita que su hija lo había estado molestando todo el día



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

como si su hija estuviera con un extraño, por lo que él le envió una foto mostrándole que estaba bien, yéndose altamente disgustado del inmueble.

Contó la testigo que ella tenía la costumbre de limpiar y aplicarle crema a S.V.R.F. y que esa noche en tal actividad, la menor de edad le dijo «*abuela me duele*», pero como estaba cansada, le dijo que se iba a dormir. No obstante ello, al día siguiente, la niña se fue al baño, y luego de bajar al primer piso, volvió asustada diciéndole que le dolía mucho su vagina, a lo que ella replicó preguntándole si el papá le había hecho algo, lo que respondió afirmativamente, contándole que estaban jugando, tocando partes del cuerpo y le había tocado muy duro, por lo que sintió mucho disgusto y temor, llevando a la infante al hospital de Chapinero, donde le informaron que estaba bien, pero que le ordenaron exámenes de orina y frotis vaginal. Que el 23 de octubre la llevó al servicio de psicología y luego a Bienestar Familiar, donde contó lo sucedido, para finalmente formular la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

De cara al relato concreto del supuesto acto de abuso, expresó que su nieta le contó que estaban jugando con Edwin Jheison Romero Ñustes en el bus a tocarse partes del cuerpo, pero que en un momento no le gustó ese juego y su papá le tocó por encima del cuerpo y de la ropa en la vagina.

Contó que a partir de estos hechos, la relación con Edwin Jheison Romero Ñustes se deterioró, sin que lo hubiera vuelto a ver.

Afirmó que S.V.R.F. habla dormida, es muy nerviosa, llora mucho y ha reducido su autoestima, que a pesar que intentó mantener un servicio en psicología, debió interrumpirlo por la dificultad para llevar a su nieta a las citas.

Manifestó que la relación entre su hija y el acusado duró aproximadamente tres años, que la convivencia era muy mala, al punto que Martha Lucía Vargas Angarita lo denunció por haber maltratado a su hija, instándolo a que buscara una nueva pareja, conociendo que en la actualidad, su hija Katerine Tatiana responde por la niña, quien vive con sus abuelos, con la mamá y con el esposo de aquella y los tíos. Que le entregó a la menor de común acuerdo.

En el Redirecto agregó que S.V.R.F. se orinaba en su ropa, por lo que aproximadamente día de por medio la limpiaba y le aplicaba crema para las quemaduras que ello le producía.

A través del testimonio de la médico adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Ana María Bolaños Fera, quien practicó el reconocimiento



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

sexológico a S.V.R.F., se incorporó el informe que se produjo con ocasión a tal actividad, en el que se lee: «**RELATO DE LOS HECHOS:** ... Mi papá se llama Edwin Romero, me tocó la vagina en el bus y nunca se disculpó conmigo, íbamos a su trabajo y me tocó la vagina por encima de la ropa pero me dolió, sólo lo hizo esa vez, no me ha besado, no me ha desnudado ni se ha desnudado él. La abuela refiere que los hechos ocurren un sábado hace unas semanas»

De su labor, descartó la existencia de huellas, sin que por ello se pueda negar la ocurrencia de los hechos, dando cuenta que sobre ese relato se puede indicar que existió un abuso sexual porque hubo un comportamiento intencional, que le causó daño a S.V.R.F., en el marco de una relación asimétrica, determinada por la edad, anatomía y la figura que representa el agresor sobre la víctima, con una satisfacción correlativa, relacionada precisamente con dicha asimetría.

La psicóloga Claudia Cadena Moschner, valoró a S.V.R.F. en octubre de 2017 dentro de una actividad hospitalaria de interconsulta, tendiente a establecer el riesgo de código blanco, que es el término con el que se rotula en el ambiente médico el abuso sexual.

Sostuvo que fue la abuela de la menor de edad quien la llevó al hospital porque aducía que el padre había abusado de ella, que había tocado sus genitales, que le manifestó siempre revisar a su nieta cuando iba donde el papá, porque temía algo, y ese día la encontró con los genitales enrojecidos.

En la historia clínica incorporada con su testimonio, se observa que S.V.R.F. le contó a dicha profesional que siempre había tenido una buena relación con el papá, y en el marco de un juego con aquél: «... el padre tenía que tocar los ojos de ella pero toco su vagina con fuerza por lo que se molestó y le dijo al padre que no seguía jugando», de lo anterior, la psicóloga estableció que no había riesgo ni relato de abuso, sino que se estaba ante una situación completamente circunstancial.

La técnico del Cuerpo Técnico de Investigación Ligia Patricia Amado Abril, psicóloga que tomó la entrevista de S.V.R.F., luego de acreditar su idoneidad para realizar tal actividad, así como del procedimiento que siguió, refirió que la niña le contó que su abuela no la deja ir a la casa del papá, que no quiere que esté con su otra abuelita porque no quiere a su mamá.

Precisó que S.V.R.F. se reconoció en la figura femenina, dando cuenta de la ubicación anatómica de sus partes íntimas, refiriendo que el papá, la mamá y la abuela le hacen caricias que le gustan, pero el papá le hizo caricias que no le gustaron, señalando que las mismas fueron en su vagina, contando que había sido a bordo de un bus, cuando se dirigían al trabajo de aquél, que estaba sentada en sus piernas y la tocó por encima de su ropa, ante lo cual, éste le ofreció disculpas y ella lo perdonó.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

La compañera permanente de Edwin Jheison Romero Ñustes, Zulay Katherine Martínez Vargas, contó que conoce a S.V.R.F., de quien refirió que quiere mucho a su papá, que cuando ha compartido con ella, siempre se porta bien y que para el 21 de octubre de 2017, su actual compañero trabajaba en un supermercado, sin definir concretamente cuál era su horario, pues existían diversos turnos. Que para la fecha de los hechos, la niña se portó muy cariñosa con el acusado, y que en esa temporada las visitas se desarrollaban en la casa de la mamá, sitio donde aquél vivía.

Contó que Edwin Jheison Romero Ñustes trata de llevar una relación amistosa con la madre de S.V.R.F., pero que a veces tienen choques.

Finalmente, Norma Constanza Ñustes Zabala, progenitora del acusado y por ende, abuela paterna de S.V.R.F., contó que aquella vive con la mamá, un tío y el abuelo, que su hijo realizaba visitas a la niña y se veía a menudo con ella, tanto en la casa de la abuela materna, como en ocasiones que la llevaba a su lugar de domicilio, donde permanecía desde las horas de la mañana hasta la tarde, cuando la retornaba a la casa de domicilio de la otra abuela.

Afirmó que en un comienzo la relación entre Martha Lucía Vargas Angarita y Edwin Jheison Romero Ñustes era buena, pero que luego de una cirugía que tuvo su hijo el 7 de octubre de 2017, tras llevar a su hija a cumplir compromisos relacionados con las incapacidades médicas, le restringieron el acceso a ella, que en principio no contaron el porqué, y luego supieron que había sido denunciado por abuso sexual.

Contó que para la fecha en que Edwin Jheison Romero Ñustes compartió con S.V.R.F., calenda en la que se aduce ocurrieron los hechos, él estuvo con la niña y con ella, que ante el ICBF se adelantó un proceso por estos hechos pero que no hubo ningún hallazgo.

Evaluadas las probanzas practicadas en el juicio, se establece que la Fiscalía no logró su cometido de llevar a este juzgador a un estado de conocimiento superior a la duda razonable en relación con la tipicidad del comportamiento.

Se debe indicar que en el actual sistema de enjuiciamiento penal, son catalogadas como pruebas, aquellas practicadas en la audiencia de juicio oral bajo las previsiones de la inmediación, publicidad, contradicción y confrontación.

El artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, impone un conocimiento personal de los hechos por parte del testigo que concurre a juicio oral, valga sintetizarlo, la



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

persona sólo puede testificar respecto de aquellos hechos y circunstancias que le consten.

A la anterior premisa escapa la prueba de referencia, que en concreto, corresponde a aquella declaración que hace una persona respecto de hechos que le fueron contados por otra que sí los presencié. La admisión de este tipo de prueba es excepcional², dada la falta de confiabilidad que inspira; de ahí que la sentencia condenatoria no pueda fundarse exclusivamente en la misma (Inc. 1º, artículo 381 del Código de Procedimiento Penal).

Esta cláusula constituye una especie de tarifa negativa, en tanto la fuerza demostrativa de la prueba de referencia es mínima y por ende no resulta confiable para acreditar los hechos materia de discusión.

«La prueba de referencia se refiere entonces, ha sido dicho (Cfr. CSJ SP 21 sep. 2011, rad. 36023), a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero, cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.»³

Ahora, cuando el declarante es menor de dieciocho años y ha sido víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros, la Ley 906 de 2004, admite de manera excepcional la prueba de referencia, con la finalidad de proteger sus derechos y evitar su revictimización.

Concatenado a ello, la Ley 1652 de 2013 de manera expresa decidió atribuirle a las entrevistas forenses tomadas a los menores de edad víctimas de abuso sexual, el carácter de elemento material probatorio, pudiendo luego, introducirse la misma a través de los peritos o profesionales especializados que la practicaron sin que ello constituya una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa y la contradicción del procesado, empero, no pierden el carácter de pruebas de referencia.

«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

² Artículo 438 CPP

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia emitida dentro del radicado 46.814 el 27 de junio de 2018.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo; y (vi) los 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 2º 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.»⁴

En ese contexto, la entrevista rendida por la infante ante el psicólogo o médico forense constituye un medio de prueba y en esa medida puede ser discutido en el juicio oral por la contraparte, pero debe ser corroborado por otras evidencias que superen el umbral probatorio fijado en el artículo 381 adjetivo.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia, viene sosteniendo que las declaraciones que con base en el examen o la entrevista tomada a los menores de edad hacen los peritos, no constituye prueba de referencia, sino que pertenecen a la prueba pericial.

«En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante dichas profesionales de la psicología y la medicina, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de las experticias por ella rendidas, hacen parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior:

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

(...)

Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal”»⁵.

Tal interpretación no puede entenderse como la fórmula para fijar de manera arbitraria los hechos relatados por la probable víctima de un comportamiento de naturaleza semejante a la que aquí se juzgó, ante un perito o servidor de policía judicial,

⁴ C-177-2014

⁵ Sentencia de 10 de junio de 2015, radicado 40.478



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel.4285803

descontando las pruebas que afiancen tal dicho, sino que debe servir de soporte para que a través de la pericia se puedan constatar las afirmaciones que allí se revelaron.

Entonces, lo que el perito depone y no constituye referencia, es el resultado del ejercicio que desarrolla con fundamento en el supuesto fáctico que recibe de quien al parecer fue víctima de un comportamiento delictivo y servirá de cimiento para una sentencia condenatoria cuando a través de los procedimientos científicos llegue a la conclusión de coincidencia entre el relato y la evidencia por él valorada.

En conclusión, la versión que la probable víctima ofrece ante un servidor de policía judicial o forense en delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, cuando es presentada en Juicio Oral por quien la recibió, sigue siendo prueba de referencia y lo que es prueba directa es el resultado que en forma personal obtiene tras su valoración pericial, que es lo que en el presente asunto, brilló por su ausencia.

Es que S.V.R.F. no informó en el marco del juicio oral los hechos que postuló en la acusación la Fiscalía General de la Nación, y contrario a ello, como lo indicara la psicóloga que la atendió, el marco fáctico en el que al parecer tuvieron ocurrencia, fue meramente circunstancial, sin poder concluir que se reunieran los presupuestos normativos para concluir la existencia de la conducta de actos sexuales con menor de catorce años.

Pretende la Fiscalía General de la Nación contextualizar el escenario de abuso en las atestaciones de la médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien explicó que de cara al relato que recibió en anamnesis, se estaría frente a un comportamiento de tal naturaleza, aspecto frente al cual, debe indicarse en primera medida, que las valoraciones y conclusiones sobre la existencia o no de una conducta punible son un ejercicio dialéctico que de cara al ordenamiento jurídico plantean las partes en sus alegatos y define la judicatura en la sentencia, por lo que no es dable asentir como cierta una inferencia de la profesional en la medicina llamada a la valoración sexológica, quien además, partió de una información que para los efectos de esta sentencia, sigue siendo de referencia.

Es que es necesario contar con una fuente directa de conocimiento que brinde a la judicatura elementos ciertos de los que pueda comprender la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, situación que en este asunto no se cristalizó.

A lo anterior se agrega que Martha Lucía Vargas Angarita replicó lo dicho por su nieta, pero en la documental incorporada por la Fiscalía General de la Nación, predomina como fuente de información, lo dicho por la abuela de S.V.R.F., quien además fue



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

consistente en informar que siempre indagó a su nieta sobre estos hechos en términos como *¿tu papá te hizo algo?*, del que si bien, no se puede indicar que llevó dolosamente a que la niña afirmara algo, por su corta edad y madurez psicológica, pudo sentir una inducción a presentar estas atestaciones.

Además, si por gracia de discusión se entendiera que en efecto, Edwin Jheison Romero Ñustes efectuó un tocamiento en la vagina a su hija S.V.R.F., situación que no se estableció en el ejercicio contradictorio de la práctica probatoria del juicio oral, no puede concluirse que tuviera la connotación que le asignó la Fiscalía General de la Nación en la acusación, porque si bien es cierto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que la antijuridicidad en estos delitos se circunscribe a la ejecución de actos libidinosos en contra de una persona que se encuentra en el rango de edad fijado normativamente, es precisamente tal condición sexual la que en los hechos postulados queda en un ambiente claramente especulativo.

En efecto, ante la psicóloga, la médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la técnico del Cuerpo Técnico de Investigación, S.V.R.F. contó que su papá la había tocado en la vagina, propuso distintas situaciones que relevan el marco del delito sexual atribuido, a saber:

- Indicó que fue algo que le causó dolor, siendo precisamente eso lo que la molestó. Ante ello, son dos las situaciones que indefectiblemente surgen: la primera, que como lo contó Martha Lucía Vargas Angarita, S.V.R.F. tenía problemas de quemaduras por miccionar en su ropa y eso le causaba incomodidad, la que se pudo ver incrementada por cualquier tipo de tocamiento, sin que el mismo se sitúe en el contexto planteado por la Fiscalía, y en segundo lugar, que se estaría más ante un impacto que una caricia o manipulación de contenido erótico.
- Manifestó que en ese mismo acto, y por la molestia que le generó, inmediatamente su padre se disculpó con ella, a lo que ésta accedió. No se quiere significar que el hecho de haber recibido tal perdón exonere de responsabilidad, sino que deja en evidencia que contrario a lo planteado por el Ente Instructor, aquí se evidencia una situación accidental que produjo el impacto que lesiono a S.V.R.F., y por el que Edwin Jheison Romero Ñustes le ofreció excusas a su hija.

Entonces, no concluye el Despacho que como lo dijo la médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Ana María Bolaños Fera, se verifique el tercer requisito del relato de abuso, consistente en que medie un estímulo o satisfacción para



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pcctb@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

el agresor, porque en abierta oposición, lo que señaló S.V.R.F. ante los servidores que la escucharon, fue que se trató de un evento fortuito, relacionado con el marco de lo que fue un juego entre padre e hija, y que lo único que produjo en Edwin Jheison Romero Ñustes fue aflicción por haberla lesionado.

Se advierte por la Fiscalía General de la Nación que la relación de Martha Lucía Vargas Angarita con Edwin Jheison Romero Ñustes era buena, y que por ello no existiría razón para no creer lo que depuso en el juicio. En contraposición a ello, la defensa indicó que se demostró animadversión en su contra, aduciendo que a tal conclusión también llegó la representante del Ministerio Público, aspectos frente a los cuales, es menester indicar que si bien, la denunciante y la progenitora del acusado señalaron que mediaban condiciones pacíficas entre ellos, lo cierto es que habían antecedentes de violencia doméstica por los que se produjo la ruptura de la relación en el hogar, que entre el procesado y Katerine Tatiana Fernández Vargas existieron serias diferencias, pero ello no puede consolidar una afirmación como la de la defensa, y que no fue planteado por la representante de la Procuraduría, para expresar que el señalamiento fue falaz, tendiente a afectar a su representado, sino que demanda la revisión objetiva de las pruebas, de cara a las cuales, comprendiendo que lo respondido en el juicio oral se presentó sinceramente, ello no brinda los insumos probatorios para concluir la existencia del comportamiento punible de actos sexuales con menor de catorce años.

Lo que sí demanda esta situación es a un llamado de parte de la administración de justicia hacia el núcleo familiar de S.V.R.F., a la denunciante y a Edwin Jheison Romero Ñustes, para que en procura de los intereses superiores de esta niña, provean por su protección, cuidado y amor, despejando sus diferencias para llevar armoniosamente sus relaciones en procura de entregar en el futuro a la sociedad, una mujer de alto valor.

Recapitulando, son muchas las dudas que rodean la tipicidad del hecho denunciado, y en aplicación del principio denominado *in dubio pro reo*, esas dudas se resuelven en favor del procesado y como consecuencia de ello, se dispondrá su absolución.

Otras determinaciones

Ejecutoriada esta decisión, por el Centro de Servicios Judiciales se librarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia.

En firme, procédase con el archivo de las diligencias.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67 Piso 5 Bloque C. Email j08pcctb@cendoj.ramajudicial.gov.co: Tel. 4285803

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

Resuelve:

Primero: Absolver a Edwin Jheison Romero Ñustes, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.018.469.915 expedida en Bogotá, de la acusación que en su contra formuló la Fiscalía General de la Nación por la autoría en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Segundo: Dese cumplimiento al acápite de otras determinaciones.

Esta sentencia se notifica en estrados a las partes a quienes se les informa que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad.

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

C.E.V.R.

Por razones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.