



PRUEBAS – SANA CRÍTICA – La jurisprudencia, como criterio auxiliar de la administración de Justicia, coincide pacíficamente que aunque no se mencione expresamente la sana crítica en la Ley 906 de 2004, la misma es aplicable por sus bondades y se ajusta a la Carta Fundamental, además, porque se impone la apreciación lógica y razonable y motivada de la decisión judicial para facilitar así la controversia a través de los recursos legales - TESTIMONIO DEL MENOR - A partir de investigaciones científicas, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Delito	Concursos de accesos carnales abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales abusivos (a su vez en concurso)
Acusado	Alvaro Antonio Osorio Ramírez
Radicado	No. 050016000207200900214
Procedencia	Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	Nelson Saray Botero
Decisión	Confirma en su integridad la sentencia de condena

SALA PENAL

Medellín, Antioquia, Julio trece (13) de dos mil once (2011)

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS

Como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, y en especial de delitos sexuales, se suprime de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, por cualquier medio, el nombre de la víctima¹.

¹ En sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 28.742 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Alfredo Gómez Quintero, se expresó: “La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia)

Para efectos de la redacción de esta providencia se utilizará el nombre ficticio de “**EVA**”² para identificar a la niña víctima.

3.- IDENTIFICACION DEL ACUSADO

Es el ciudadano ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71'113.363; hijo de LUIS JAVIER y BELARMINA, nacido en Carmen de Viboral, Antioquia, el 25 octubre de 1969; ocupación comerciante, residente en la carrera 58-D N° 83-E-160, Tel. 211-13-18, Medellín.

4.- HECHOS

La señora CLAUDIA MARCELA ARISTIZABAL, en su calidad de tía de la niña **EVA** denuncia penalmente al ciudadano ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ, por la comisión de accesos y actos sexuales abusivos cometidos en la época en que ella vivió con él y su esposa. La denuncia fue presentada el 26 mayo de 2009. Los últimos hechos denunciados se cometieron en el mes de agosto de 2008.

La ofendida nació el 22 octubre de 2009, así que contaba con ocho (8) años para la época de inicio de los hechos denunciados.

5.- ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACION

El trámite fue el ordinario. El fallo de condena fue proferido el 19 de mayo de 2011 (f. 232-341, co-1).

El señor abogado defensor, doctor MARTIN ALONSO NARANJO GIRALDO, presentó y sustentó el recurso de apelación (f. 346-354, co-1).

La señora Fiscal Seccional, doctora NUBIA MUJICA MOLINA, se opone a las pretensiones del togado de la defensa y solicita que se confirme en su integridad la sentencia objeto de censura (f. 355-357 co-1).

que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)”. Así mismo, en auto de 24 marzo de 2010, Rad. 33.433, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, dijo la alta Corporación: “Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la *Declaración de los Derechos del Niño* y en acatamiento a los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder* (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)”; reiterado en sentencia de 16 marzo de 2011, Rad. 32.685 y auto de 7 abril de 2011, Rad. 35.179, ambas con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero

² La Corte Constitucional mediante sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se adoptó esta medida como medida de protección este mecanismo

6.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos presentados tanto por el abogado defensor impugnante como por parte de la opositora, la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

6.1 Prueba para la condena

Dice el censor que no hay prueba para condenar pues las declaraciones son de referencia, y las versiones de las sicólogas y del médico legista no son coincidentes, y que la menor ha dicho que ALVARO nada le hizo (f. 354 co-1); que no es de recibo que la Jueza le brinde entero crédito a lo dicho por la menor (f. 354 co-1).

➤ La Sala responde:

6.1.1.-La versión coherente de la niña EVA

Indudablemente que la prueba de cargo es la versión de la niña EVA quien dice que el señor ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ la sometió por varios meses a vejámenes sexuales.

En efecto, EVA dijo en juicio oral que tiene 11 años edad y que actualmente vive con su tía CLAUDIA MARCELA ARISTIZABAL y tres primos; que su tía PAULA la echó de la casa porque ALVARO dijo que ella se había hurtado un dinero. Que por un tiempo vivió con una tía y luego con la otra y que ALVARO la siguió violando; que para esa época tenía 8 años de edad; que ALVARO ANTONIO la violó en muchas ocasiones.

Agrega que ALVARO le decía que jugaran y que si no lo hacía mataba a las tías y entonces ella se dejaba hacer lo que ALVARO quería; que lo que le pasó con ALVARO no le ha sucedido con otras personas; que a ALVARO lo quería como a un padre.

Con respecto a los momentos del abuso sexual explica que a veces la tía PAULA iba y abría el negocio y ella se quedaba en la casa con ALVARO. Que contó todo porque del colegio la devolvieron pues le vino la menstruación y este aspecto, agrega la Sala, fue el detonante para que se conocieran y se denunciaran los hechos.

En modo alguno se puede calificar tan despectivamente a la niña cuando dice menstruación, aunque además no se estableció en el juicio realmente qué fue lo que le sucedió a EVA, lo cierto del caso es que tenía alguna anormalidad en sus genitales lo que, se repite, alertó a las directivas del colegio y en especial a su tía CLAUDIA MARCELA ARISTIZABAL y por ello fue que denunció el posible delito luego de la revisión por medicina legal donde constataron el desgarramiento del himen.

Dice la niña que el dinero que le daba ALVARO lo gastaba con ANDY y BRYAN, dos amiguitos del colegio. Explica que ALVARO enviaba a PAOLA a abrir el negocio, el supermercado, y ALVARO la despertaba y le decía que se tocaran

(05:21). Que vivía con PAOLA porque se amañaba y jugaba con ESTEFANIA, la niña hija de ellos de cinco años de edad.

Que le dolía cuando le metía el pipí. Que se amañaba más con PAOLA que con CLAUDIA MARCELA porque recibía muy buen trato. Que a ALVARO le salía algo blanco que caía al suelo. Que se lo tenía que chupar (19:20 y 20:03). Que ALVARO le ordenó no contar nada del dinero y por eso dijo que el dinero se lo había encontrado (03:04) y que si contaba sobre los juegos de ellos dos mataba a las tías.

Como se ve, pues, la niña siempre ha señalado al aquí implicado como su abusador sexual. No hay contradicción en su versión. Ha sido, además, uniforme y coherente.

Hay prueba directa sobre los hechos. No es prueba de referencia, como lo advierte el abogado defensor.

6.1.2 Corroboración de la versión de la niña ofendida. Declaración de las profesionales

Pero la versión de EVA no es en modo alguno insular. Se encuentra corroborada por otras pruebas.

En efecto,

La investigadora CAROLINA PINEDA explica la entrevista con la niña, aclara que la niña dice que la violó, esto es, que ALVARO ANTONIO le hizo el amor o que se le subió encima; que actualmente la niña está descolarizada; que el señor ALVARO OSORIO enviaba a PAOLO a abrir el supermercado y él la invitaba a ella a jugar y que jugar era hacer el amor y que le ofrecía dinero (18:00), que hacer el amor implicaba las partes genitales; que dice que ALVARO le metía el pene en la vagina y que le chupaba también el pene y que cuando lo hacía le salía una cosa blanca de su genital.

La doctora MARIA CONSUELO ZAPATA, funcionaria del ICBF, dice que atendió a la niña en junio de 2009 en el CAIVAS de San Diego, que la niña expuso que la madre la abandonó y el padre murió, que ha vivido con las tías, que la niña es muy parca, que su lenguaje es simple y sus operaciones mentales también son simples; es una niña de caminar lento y triste; que parecía una niña lesitímica, es decir, plana emocionalmente pues ni se ríe; que contó que ALVARO el esposo de la tía PAOLA se le pasaba a la cama y la manoseaba y la penetraba; que del pene le salía una cosa blanca que se la metía unas veces en la vagina y otras en la boca; que la única fuente de protección eran ellos dos y por esos se perpetuaba el secreto; que la niña no tiene capacidad para operaciones mentales complejas; que se constató el síndrome de acomodamiento al abuso sexual, por eso no contaba para no perder lo poco que tenía; que ella se sentía bien cuando el varón le decía “mami” pues era carente de afecto y eso era representativo de afecto.

La literatura especializada acompaña en el diagnóstico a las profesionales declarantes, así:

“Un niño, niña o adolescente que ha sufrido violencia sexual está afectado por una experiencia traumática. Ha sentido impotencia,

temor y angustia. Debido a que su sexualidad está pasando por etapas de especial vulnerabilidad pues son personas en etapa de formación y consolidación de su personalidad, y han sido violentados por medio de una agresión pueden presentar mutismo, temor, angustia, rabia, hostilidad, vergüenza y pueden llegar a sentirse “*responsables*” del abuso y/o de las consecuencias que su revelación tiene para el adulto abusador y para la familia.

“En algunos casos, al ser el agresor cercano o incluso miembro de la familia, el sentimiento de inseguridad es mayor. La mayoría de los niños abusados no están seguros de ser creídos por sus familiares, temen ser acusados de desleales y en muchos casos, deberán asumir las consecuencias de una denuncia, incluyendo la detención del agresor. Por tal razón no es raro que se retracten después de haber revelado el abuso, por lo cual es necesario tener presente esta posibilidad y buscar activamente signos o indicadores que confirmen o refuercen la sospecha.

“Los niños y niñas abusados sexualmente suelen creer que comparten un “*secreto*” y expresar, incluso, sentimientos positivos hacia el agresor”³.

Este cuadro diagnóstico es compatible con el que presentó la niña EVA.

6.1.3 Corroboración de la versión de la ofendida por otras declarantes

La señora CLAUDIA MARCELA ARISTIZABAL, denunciante y tía de la niña, dice que el señor ALVARO tenía un supermercado; que en Moravia vivía con ellos la niña “EVA”, dice que del colegio la regresaron porque le vino la menstruación y ella llorando le contó todo y que le daba miedo que ALVARO la matara; que por esa época ya vivía en su casa pues ALVARO la había echado de la casa; que salió de la casa por la pérdida de un dinero pero le contó que ALVARO le dijo dónde estaba para que ella fuera sacando; y agrega que le consta porque una vez ALVARO mandó a un trabajador por dinero y “EVA” sabía dónde estaba la plata; que la madre de la niña parece que está en la calle como loca y no sabe más de ella; que la niña tiene problemas de aprendizaje; que la niña al contar se llenó de nervios porque ALVARO la iba a matar y también mataría a las tías; que PAOLA trabaja en una mueblería; que por la denuncia se han presentado amenazas y ofrecimiento de dinero por parte de ALVARO.

La misma PAOLA, esposa del denunciado, corrobora que la niña EVA sabía dónde guardaban el dinero (f. 05:27).

Esta prueba adicional simplemente refuerza la credibilidad de la niña EVA.

Pero se tienen más pruebas.

El médico legista doctor DIEGO PATIÑO MARTINEZ, dice que le practicó examen sexológico a la niña “EVA”; con respecto a la anamnesis dice que la niña le dijo que el esposo o compañero permanente de una tía le quitaba la ropa y la obligaba a que le chupara el pene y luego se lo metía por la vagina, que eso ocurrió durante

³ Jesús Antonio Muñoz, “*Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual*”, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, marzo 2006, p. 121

el año 2008; que se encontró desgarró antiguo del himen bien cicatrizado; que ese desgarró antiguo es compatible con penetración; que el acceso carnal reiterado es compatible sin lesiones en los labios mayores y menores de la vulva; que el examen se realizó el 28 mayo de 2009 y para esa fecha no tenía actividad sexual y no había sangrado y en ese momento no tenía menstruación; aclara que la actividad sexual no es cuando se obliga; que en caso de violación sexual puede presentarse o no presentarse lesión a nivel vulvar.

Finalmente, PAOLA ARISTIZABAL dice que ella atendía el supermercado de 8 de la mañana a 10 de la mañana mientras que ALVARO se levantaba y se organizaba, que eso ocurrió unas cinco o seis veces; que la niña ha vivido en varias partes; dice que la niña *“ha sido de poco hablar”*; que la niña salió por la pérdida de un dinero; que los faltantes eran de veinte o cincuenta mil pesos; agrega que ella sacaba el dinero cuando él se lo pedía pero no contaba cuánto quedaba, que del lugar también sabía la mamá; dice que no vio a la niña tomar dinero pero luego dice que sí; que el padrastro también permanecía en la casa y lo echaron porque sospecharon de él que se llevaba la plata, y que ella confía plenamente en la mamá; que ALVARO echó a la niña y la dejó al cuidado de la abuela sordo muda y de la bisabuela que ya está muy anciana; y allá todos son muy viciosos; que la niña estuvo en su casa hasta agosto de 2008.

La misma PAOLA dice que hay un cuarto lleno de muebles de una mueblería que tuvieron, y la niña EVA dice que allí jugaba a las escondidas con el acusado. Es decir, nuevamente se corrobora la versión de la niña.

- **En conclusión:** Se tiene prueba suficiente que soporta la decisión adversa en contra del acusado. La versión de la niña ofendida es directa y no de referencia.

6.2 Deducciones personales del abogado defensor

Se dice por el abogado defensor que es un imposible que se diga que la niña de ocho añitos fue *“pluri accedida por un hombre de más de 40 años y el honorable médico legista diga que no encontró cicatrices, ni en el himen ni en los labios mayores ni menores, ni encontró lesiones que ameritaran incapacidad”* (f. 347 co-1). Que una niña abusada sexualmente en las mañanas y en las noches, todos los días, debe tener necesariamente lesiones en sus genitales (f. 348, 349 co-1); que las demás personas tenían que haber percibido las lesiones vaginales de la niña *“máxime cuando los supuestos accesos fueron múltiples”* (f. 349 *in fine*, co-1); que técnico científicamente el varón *“le hubiese destrozado hasta la matriz, por la supuesta multipresencia de accesos”* (f. 351, co-1).

➤ La Sala responde:

El examen del médico legista, lo reconoce el mismo togado fue a los nueve meses de realizado el último acto o acceso sexual (f. 348 co-1).

La Sala comparte en su integridad el argumento de la *iudex a quo*, así:

“Ahora bien, que el médico legista no haya encontrado lesiones en los órganos genitales de la menor no por ello se demerita tal

conclusión pues que recuérdese que la vulneración a la pequeña cesó desde el mes de agosto de 2008 cuando la señora PAOLA arrojó de su casa a la niñita dizque porque era la autora del hurto del dinero del aquí enjuiciado, según ella dedujo, y el galeno la examinó el 28 de mayo de 2009, como a los 9 meses de la última afectación a la integridad sexual de la pequeña, lo que hay que considerar, como también que aquí no se trató de un acceso carnal violento; por lo que tal hecho de que el legista no le haya encontrado lesiones a la afectada en dicha región, en nada influye para desvalorar dicho dictamen médico y su conclusión” (f. 261 *in fine*, co-1).

En cuanto al destrozamiento de la matriz por múltiples relaciones sexual es una deducción del abogado que no probó en el juicio oral y público.

En el sistema acusatorio penal se debe probar en el juicio.

No es válido el conocimiento privado de la defensa ni de ningún sujeto procesal.

- **En conclusión:** no le asiste razón al abogado defensor y menos cuando no probó en juicio las conclusiones que expone ante el *ad quem*, las cuales no dejan de ser especulativas.

6.3 Pruebas de la defensa y análisis por el *a quo*

Expresa el defensor que todo sucedía en la pieza de la primita y que ambas dormían en la misma cama, y que la otra niña no se enteró de los hechos (f. 347 co-1). Que no es razonable creer que la niña supuestamente violentada fuese todos los días a llevarle desayuno o almuerzo en su sitio de trabajo al denunciado (f. 347 co-1). Que la menor dice que no gritó porque ALVARO no le estaba haciendo nada (f. 351 *in fine*, co-1) y que no se tuvieron en cuenta las pruebas de la defensa tal como unas fotografías del lugar donde ocurrieron los hechos. Que con las fotos del investigador se demostró “*la posibilidad absoluta de que si algo extraño estuviese ocurriendo, era de conocimiento incluso de los habitantes del primer y tercer piso y hasta de la vecina del frente y mucho más de la señora PAOLA quien habitaba la casa*” (f. 348 co-1); que se demostró el área milimetrada del inmueble.

- **La Sala responde.**

La juzgadora de instancia sí tuvo en cuenta las pruebas de la defensa, como se puede apreciar en el siguiente apartado que además es suficiente para responder la réplica del togado impugnante:

“Se ha destacado también por el asistente judicial del implicado, el hecho de que un investigador de la defensa tomó unas fotografías a la casa de Moravia donde la menor víctima convivió con su violador y su tía y prima, pero las mismas no conducen a demostrar ni responsabilidad ni ausencia de culpabilidad en el enjuiciado ya que esta serie de fotos de un inmueble y su estructura interna y externa a nada conducen y acerca de que todo lo que allí acontecía era escuchado desde afuera, aparte de

que esa situación no quedó establecida con prueba fehaciente, tampoco la chica gritaba (...) además, que quien viola a una menor, no va a esperar testigos que lo presencien” (f. 262 co-1).

Además, en el contrainterrogatorio se preguntó por el abogado: “*cuando ALVARO te hacía lo que tu dices, tu hablabas con él, cierto?*”.

Es decir, que la niña viene comentando de unos accesos carnales abusivos pues sobre ello versó el interrogatorio de la Fiscalía.

Así que no es legítimo que luego se pretenda confundir a la niña diciendo que nada pasaba. Una cosa es que no gritara, y otra muy diferente es que no fuese accedida carnalmente. La niña, se repite, nunca ha dicho nada diferente a afirmar los atentados contra su dignidad sexual.

Ya la niña había dicho que le dolía la vagina y los senos (11:28), precisamente por los accesos carnales; y que le dolía porque “*él me obligaba a que lo dejara metérmelo*” y aclara que “*a meterme el pene*” (12:04); y más adelante repite que le dolía “*cuando me metía el pene*” (f. 11:30) y que botaba una cosa blanca que ALVARO ANTONIO le obligaba a que se la tomara (12:40).

Más claridad es imposible.

Con respecto a que le llevaba el desayuno y el almuerzo al acusado; es simplemente una función que cumplía la niña en la casa de su tía que para nada desvirtúa los hechos aquí investigados.

En esta clase de delito, en efecto, se procura la ausencia absoluta de testigos.

Precisamente, a estos punibles se les llama de “*puerta cerrada*”, “*de privacidad*”, “*delito sin testigo*”, “*delito oculto*”, “*delito secreto*” o “*delito íntimo*”, pues no hay personas alrededor ya que solo están presentes agresor y agredido, razón por la cual adquiere especial importancia la declaración de la víctima y el análisis de indicios.

La Corte Constitucional sobre el tema ha explicado:

“En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima”⁴.

No obstante el cambio de sistema procesal, el indicio sigue siendo:

“[...] un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-554 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-458 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis

manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido”⁵.

- **En conclusión:** no es suficiente el argumento del defensor para infirmar la sentencia de condena.

6.4 Que se miente porque se habla de familiares en plural

Que la niña miente, asegura el defensor, pues la niña se refiere a la familia y la única familiar es la señora CLAUDIA MARCELA ARISTIZABAL, en singular y no en plural, así que no se le puede creer a la niña (f. 347 co-1).

➤ La Sala responde

Desconoce el abogado las varias clases de familia que existen en la sociedad actual.

Se limita el togado a la familia de padre, madre e hijo. Si es así, por supuesto que la niña no tiene familia.

Con respecto a la niña EVA se debe decir que la madre la abandonó, el padre murió, ha estado en diferentes casas, vive como recogida o arrimada en las casas de las tías, sin estudios y sufre de asma, tiene gripa permanente, flema y le suena todo (f. 41:18, según CLAUDIA MARCELA ARISTIZABAL).

Es decir, en estado de total abandono. Casi que sin familia.

En fin, existen varias formas de organización familiar y de parentesco, entre ellas se han distinguido cuatro tipos de familias:

a) La familia nuclear o elemental: es la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

b) La familia extensa o consanguínea: se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.

c) La familia monoparental: es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de única Instancia de 26 octubre 2000. Rad. 15.610, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll; reiterada en Auto de 16 septiembre de 2009, Rad. 30.935, M.P. José Leonidas Bustos Martínez

orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada, la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges.

d) La familia de madre soltera: Familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos/as. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos. En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta.

e) La familia de padres separados: Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad⁶.

Pero es que EVA vivía con su tía y con el esposo de ésta a quien quería como a un padre.

Es decir, esa era su familia pues se sentía bien allí y con afecto.

- **En conclusión:** la niña, entonces, no miente como lo colige el señor abogado defensor.

6.5 Sobre otras mentiras de la niña ofendida

Dice el censor que la menor se la pasó mintiendo de manera atrevida y directa por lo siguiente: (i) que la plata era de la tía y después dijo que no; (ii) que dijo que el dinero se lo había encontrado y después dijo que no se lo había encontrado; (iii) que la niña dio una versión diferente en juicio y otra en la entrevista; (iv) que según ella, le vino la menstruación pero él médico legista dice que todavía no le ha llegado, es decir, sin “*menstruación y sin actividad sexual*” (f. 349 co-1); (v) que la tía también dice que la niña es muy mentirosa; que miente cuando dice que las tías y ALVARO le daban dinero (f. 352, *in fine*, co-1).

- **La Sala responde:**

El tema del dinero sale a relucir cuando en el colegio se extrañan por las cantidades inusuales que gastaba EVA, lo que llevó a implicado a inculparla y sacarla así de la vivienda para evitar precisamente su descubrimiento de abusador sexual.

⁶ En: <http://www.monografias.com/trabajos26/tipos-familia/tipos-familia.shtml>

Además, el señor ALVARO ANTONIO OSORIO le entregaba el dinero a la niña como compensación por las caricias libidinosas y como contraprestación por el desfogue sexual sobre su pequeña humanidad.

Ella misma lo dice así, y aclara que ALVARO ANTONIO le obligó a decir que el dinero se lo encontraba como en efecto lo aseveró en el colegio.

La niña entonces no ha mentido, al contrario, se ha constatado la veracidad de sus versiones.

Con respecto a los dictámenes de medicina legal, ya la Sala se refirió a este aspecto en apartados anteriores.

6.6 Intereses económicos en la denuncia penal

Expresa el abogado defensor que la denuncia es por intereses económicos pues CLAUDIA tiene tres hijos de tres padres diferentes y se encuentra desempleada (f. 350 co-1). Que según su representado todo es por venganza de CLAUDIA; que no hay testigos presenciales *“sino todos de referencia ilegítima e influenciada por una sociedad subjetivista y parcializada”* (f. 351 co-1).

➤ La Sala responde:

Frente a la carga de incriminación que se ha relatado, corresponde a la defensa probar que en efecto todo se trató de un malicioso y malintencionado ardid, y no quedarse simplemente con la enunciación de su teoría del caso.

La Teoría del caso de la defensa también debe probarse. La sola enunciación no es suficiente.

De las pruebas que se practicaron en juicio la Sala no observa protervas intenciones de la denunciante ni mucho menos de la niña víctima.

El abogado defensor sencillamente no demostró su teoría del caso.

6.7 Las fechas de los hechos

Censura el defensor que la menor no supo aclarar las fechas de lo ocurrido.

➤ La Sala responde:

El relato de la niña ha sido coherente al decir que todo sucedió cuando tenía ocho años, que todo inició cuando vivieron en Campo Valdez y que las penetraciones sucedieron en Moravia.

Es decir, ha relato las fechas de los hechos.

Claro que en estos asuntos no se precisa de ninguna indicación cronológica exhaustiva, lo que es poco menos que imposible.

En esta clase de ilícitos no se puede llegar a la exasperación de límites insostenibles como la especificación del número exacto y matemático de delitos,

fechas y horas de comisión, pues por ejemplo, en delitos sexuales contra niños o niñas eso es poco menos que imposible.

Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia,

“Con tal operación —desde luego— no puede pretenderse que se establezca la fecha y el número preciso de actos delictivos ejecutados bajo una y otra legislación. Exigir ello sería un absurdo dadas no sólo la naturaleza del repetido delito sino también las condiciones y circunstancias en que éste se llevó a cabo. Lo que sí es exigible y debe aceptarse es el partir de la base que en vigencia de una y otra normatividad se consumaron plurales ilicitudes, lo que justamente dio vida al concurso sucesivo pactado en el preacuerdo”⁷.

6.8 Aplicación de la sana crítica y sistema acusatorio penal

Dice el abogado que la sentencia se fundamentó, entre otros aspectos, en la sana crítica no contemplada en la Ley 906 de 2004, que el nuevo proceso consagra el sistema técnico científico, que la sana crítica se puede usar por “*tradición judicial*” pues el nuevo estatuto la eliminó (f. 354 co-1).

➤ La Sala responde

La sana crítica históricamente también ha sido denominada como “*sana filosofía*” y “*crítica racional*”.

El sistema de la sana crítica no está ausente en la Ley 906 de 2004⁸. Doctrina y jurisprudencia⁹ consideran que es un método válido y aceptado en la Ley 906 de 2004 para el análisis individual y en conjunto de las pruebas.

La jurisprudencia, como criterio auxiliar de la administración de Justicia, coincide pacíficamente que aunque no se mencione expresamente la sana crítica en la Ley 906 de 2004, la misma es aplicable por sus bondades y se ajusta a la Carta Fundamental, además, porque se impone la apreciación lógica y razonable y motivada de la decisión judicial para facilitar así la controversia a través de los recursos legales.

La sana crítica, según el autor BORIS BARRIOS GONZALEZ, es “*un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines*”¹⁰.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de tutela de 16 enero de 2009, Rad. 39.938, M.P. Alfredo Gómez Quintero

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencias: Rad. 24.233 de 24-11-05, Rad. 24.468 de 30-03-06, Rad. 30.964 de 19-02-09, Rad. 30.727 de 17-03-09

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencias Rad. 24.611 de 14-02-06, Rad. 31.013 de 26-03-09, Rad. 29.270 de 10-06-08, Rad. 31.307 de 01-04-09 y Rad. 31.975 de 16-09-09

¹⁰ “*Teoría de la sana crítica*” del jurista panameño Boris Barrios González, Catedrático de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional Panamá, Año 2006, 56 páginas en formato PDF, pág. 3; Documento que se puede obtener en esta dirección: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00941-teoria-de-la-sana-critica-boris-barrios-gonzalez.html>

No hay un catálogo legal que diga cuáles son en concreto esas reglas¹¹; y ese es un cuestionamiento en contra de la *Sana Crítica*, ya que en efecto “*no hay un enunciado de cuáles son las reglas de la sana crítica, por lo que ha sido tarea de la doctrina y la jurisprudencia la elaboración y contenido de esas reglas*”¹².

La sana crítica como sistema de valoración de las pruebas, se repite, impera en la Ley 906 de 2004. En efecto, se ha explicado¹³:

“La sana crítica o persuasión racional es el sistema de valoración probatoria adoptado por el legislador colombiano de 2004¹⁴, método que no ha sido extraño a las codificaciones precedentes porque, por ejemplo, los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 y 2000 lo recogieron en sus artículos 254 y 238, respectivamente, y el estatuto procesal civil que desde 1971 lo consagró en su artículo 187”.

La vigencia de la sana crítica en la Ley 906 de 2004 se puede colegir, por ejemplo, de los siguientes apartes normativos: **(i)** Art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías “*pueda inferir razonablemente*” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; **(ii)** Art 380, que expresa que “*los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto*”; es decir, análisis individual y en conjunto de las pruebas; **(iii)** Arts. 7° y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “*convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda*”, pero un convencimiento no personal ni subjetivo, sino convencimiento con razones y fundamentos confutables; **(iv)** “*porque debe basarse en elementos materiales, informes y pruebas como factores externos al juez, fundado en la cientificidad y racionalidad de las inferencias que haga el mismo. Así entonces, siempre habrá un ingrediente cognitivo en las decisiones que afecten los derechos fundamentales, tales como la orden de allanamiento y registro, la formulación de imputación, la medida de aseguramiento, la acusación y, por fin, la convicción más allá de duda razonable para dictar sentencia condenatoria*”¹⁵.

El legislador fija criterios de valoración, lo que se desprende de los cánones: **(i)** Art. 380, criterios de valoración; **(ii)** Art. 382, sobre la denominación de los medios de conocimiento, que es meramente enunciativo al expresar que “*o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico*”; **(iii)** Art. 404, sobre apreciación del testimonio, donde precisamente se habla de “*principios*”

¹¹ AGUILERA DE PAZ, Enrique y RIVAS MARTÍ, Francisco. Derecho Judicial Español. Madrid, España: Editorial, Reús, 1920, pp. 846 y 847

¹² “*Teoría de la sana crítica*” del jurista panameño Boris Barrios González, Catedrático de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional Panamá, Año 2006, 56 páginas en formato PDF; pág. 4; Documento que se puede obtener en esta dirección: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00941-teoria-de-la-sana-critica-boris-barrios-gonzalez.html>

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 7 julio 2008, Rad. 29.374, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. También sobre sana crítica, cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 25 de mayo de 2005, Rad.21.068

¹⁴ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 30 de marzo de 2006, radicación 24468.

¹⁵ Presentación en power point, Apreciación de la prueba en el sistema acusatorio, José de Jesús Díaz Moncada, Universidad de Medellín y Universidad Católica del Norte, Especialización en Derecho Probatorio Penal

técnico científicos”; **(iv)** Art. 420, sobre apreciación de la prueba pericial; **(v)** Art. 425, sobre documentos auténtico; **(vi)** Art. 432, apreciación de la prueba documental; **(vii)** Art. 435, reglas para la inspección y Art. 436, criterios para decretar la inspección; **(viii)** Art. 438, admisión excepcional de la prueba de referencia.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tratado la sana crítica en el sistema acusatorio penal de la Ley 906 de 2004, entre otras, en las siguientes providencias: Rad. 24.233 de 24-11-05, Rad. 24.468 de 30-03-06, Rad. 30.964 de 19-02-09, Rad. 30.727 de 17-03-09, y sobre valoración individual y en conjunto de las pruebas con sana crítica, en las providencias con Rad. 26.128 de 11-04-07 y Rad. 29.053 de 05-11-08.

De dichos textos podemos extractar lo siguiente:

PROVIDENCIA	VIGENCIA DE LA SANA CRITICA EN LA LEY 906 DE 2004, ART. 380
Auto Rad. 24.323 de 24-11-05	“El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías <i>“pueda inferir razonablemente”</i> que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art 380, <i>“los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”</i> ; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir <i>“convencimiento de la responsabilidad penal, mas allá de toda duda”</i> .”
Sentencia Rad. 24.468 de 30-03-06	La sana crítica no fue desplazada por un supuesto método <i>“técnico jurídico”</i> . No se puede descalificar <i>ex ante</i> el testimonio de un menor por supuesta inmadurez, en especial, en delitos sexuales. Los indicios no desaparecieron en el SAP. El Juez percibe lo indicado por las pruebas. Trata el tema de la admisión excepcional de la prueba de referencia
Auto Rad. 30.964 de 19-02-09	“La sana crítica fundamento de la debida racionalidad en una acertada dialéctica probatoria se identifica en sus contenidos materiales con los ejercicios de verificabilidad por los que transita el conocimiento en su camino hacia la aprehensión de la verdad no absoluta sino concreta y singular, sendero en el que los juzgadores deberán ser

	respetuosos de las máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia que al ser correctamente aplicadas permiten efectuar inferencias asertivas, llegar a conclusiones lógicas desde luego correctas y otorgar credibilidad a los indistintos medios de convicción habida razón de la verosimilitud de los mismos”.
Auto Rad. 30.727 de 17-03-09	“La sana crítica o persuasión racional es el sistema de valoración probatoria adoptado por el legislador colombiano de 2004 ¹⁶ , método que no ha sido extraño a las codificaciones precedentes porque, por ejemplo, los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 y 2000 lo recogieron en sus artículos 254 y 238, respectivamente, y el estatuto procesal civil que desde 1971 lo consagró en su artículo 187”. También se dijo: “Las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un <i>“convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, mas allá de toda duda”</i> (Ley 906 de 2004, artículo 7°), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencias de condena en contra de los acusados”.

Es decir, que el método de la sana crítica no es el método único de valoración probatoria, no desaparece, pero se utilizará en la apreciación de algunos de los medios de prueba, para otros medios de prueba se utilizarán diferentes métodos de valoración, y cuando se expida la Ley sobre jurados de conciencia, ahora permitido por la Carta Fundamental, entonces estos decidirán basados en la íntima convicción¹⁷.

Hizo bien la juzgadora de instancia al aplicar la sana crítica.

6.9 **Protocolo en las entrevistas médicas o psicológicas**

Explica el impugnante que el protocolo utilizado en la entrevista fue indebido y que es método en desuso y se echó al traste según el investigador de la defensa (f.

¹⁶ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 30 de marzo de 2006, radicación 24468.
¹⁷ Presentación en power point, Apreciación de la prueba en el sistema acusatorio, José de Jesús Díaz Moncada, Universidad de Medellín y Universidad Católica del Norte, Especialización en Derecho Probatorio Penal

352 co-1); que la doctora CONSUELO ZAPATA utiliza los términos “PARCA Y SECA” (f. 352 co-1) que no son términos de psicología.

➤ **La Sala responde:**

El señor abogado defensor no ha demostrado, como era su obligación hacerlo, que el término “parco” esté prohibido expresamente en la ciencia de la psicología o que los profesionales no lo puedan utilizar. El impugnante simplemente se queda en la mera especulación personal sobre este aspecto sin lograr determinar el rumbo de la censura.

En fin, pero en gracia de discusión se puede aceptar la crítica del abogado defensor en cuanto a que los protocolos utilizados son desuetos.

Pero es que en este asunto no se está profiriendo sentencia con fundamento en entrevistas.

Aquí se profiere condena con fundamento en la prueba debatida en juicio oral, público, concentrado, con inmediación y contradictorio.

Ni la juzgadora de instancia ni el despacho *ad quem* han tenido en cuenta esas entrevistas con protocolos en desuso, según el abogado defensor, para proferir esta sentencia.

Aunque valga acotar que el protocolo no es exigencia legal, y en general no hay formalidades legales para la toma de entrevistas como las que critica el abogado, así lo ha entendido la Corte Constitucional, por ejemplo en sentencia T-1015 de 2010.

Además, se ha agregado que esas son técnicas no exigibles en la legislación colombiana, no hay documento que las haga obligatorias bajo ciertas modalidades (Art. 193 CIA). No es requisito *sine qua non* esas exigencias. No importa el método empleado, lo importante es que tenga como finalidad minimizar el posible daño al NNA con el interrogatorio y acompañarlo en su relato. No se puede hacer del interrogatorio al NNA un laberinto de Dédalo (Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2010).

La utilización de la entrevista es meramente eventual o contingente¹⁸ ya que solamente se puede hacer uso de ella para efectos de refrescar memoria (Art. 392-d y 399 SAP), impugnar credibilidad (Arts. 347 y 403-4 SAP) y también se puede utilizar en el contrainterrogatorio (Art. 393-b SAP).

Si el testigo comparece a juicio y declara conforme lo ha dicho antes, la entrevista no se valora en la sentencia¹⁹.

Si esas entrevistas anteriores no se utilizaron, entonces no se pueden valorar a modo de testimonio adjunto o prueba integral²⁰.

Tampoco el abogado defensor tiene razón en este apartado.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia Rad. 31.001 de 21-10-09, M.P. Javier Zapata Ortiz

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Rad. 33.078 de 09-12-09

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Sentencias Rad. 25.738 de 09-10-06; Rad. 26.727 de 07-02-07; Rad. 26.411 de 08-11-07; Rad. 31.127 de 20-05-09 y Auto Rad. 32.730 de 24-03-10

6.10 Circunstancia específica de agravación (Art. 211-2 CP, modificado)

Que no hay correlación entre la falta de hogar y la agravante endilgada del At. 211-2 del Código Penal (f. 353 co-1).

➤ La Sala responde

Es que EVA dice claramente que a ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ lo quería como a un padre.

Entonces por esa particular autoridad que brinda un adulto que a la vez es el esposo de la tía a quien la niña quiere como a un padre, es que se colige la agravación punitiva.

Ninguna objeción encuentra la Sala para la deducción de la agravante específica.

6.11 Otras cuestiones adicionales

Entre la menor ofendida EVA y el señor ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ existía una relación fuerte tanto que la niña lo consideraba como su protector y como su padre, hay una relación de cercanía entre víctima y victimario, común en delitos de abuso sexual infantil²¹.

Se constata entonces que la menor EVA, como lo afirma ella misma y lo corroboran las profesionales, fue sometida a una situación de abuso sexual infantil (ASI), definida así por La Academia Americana de Pediatría (AAP) de los Estados Unidos de América (EE.UU.):

"Ocurre un abuso sexual cuando un niño es comprometido en actividades sexuales que éste no puede entender y para el cual no está preparado, ni puede dar consentimiento consciente y que viola las leyes y/o las prohibiciones sociales. Las actividades sexuales incluyen todas las formas de contacto genital-bucal o anal con o hacia el niño, así como los abusos sin contacto, tales como exhibicionismo, voyeurismo, o el utilizar al niño en la producción de material pornográfico"²².

²¹ "Como es bien sabido, quien frecuentemente lleva a cabo el ASI son familiares muy cercanos a la víctima, tales como padre, padrastro, primo, entre otros, o son personas que tienen acceso relativamente fácil a ésta, como por ejemplo un amigo de la familia"; En *El Psicólogo Jurídico en el ámbito del Abuso Sexual Infantil: Prevención e Intervención*. Por Psic. Gilberto Aldana Sierralta (Venezuela), Psicólogo Clínico, Universidad Central de Venezuela, Vicepresidente de la "Asociación Venezolana de Psicología Judicial", <http://www.psicologiajuridica.org/?1da5d450> / "En muchos de los casos el victimario o agresor constituye una persona significativa en el entorno del menor; por estas razones es que se hace necesario plantar modelos de evaluación para facilitar el proceso" En: <http://www.psicologiajuridica.org/?1da5d450>; Ensayo crítico sobre la valoración psico – jurídica de la credibilidad del testimonio en la evaluación del abuso sexual infantil, Gladys Cecilia Martínez Silva, Psicóloga, diplomado en psicología jurídica y forense, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, docente universitaria

²² Tomado de <http://www.psicologiajuridica.org> / "El psicólogo jurídico en el ámbito del abuso sexual infantil: prevención e intervención" Por Psic. Gilberto Aldana Sierralta (Venezuela), Psicólogo

O bien puede definirse como:

“El abuso sexual de un niño, niña o adolescente se define como su participación en actividades sexuales, en un espacio no libre de dominación, sino por el contrario permeado por el poder que puede ejercer un adulto sobre él para obligarlo o llevarlo a realizar un acto sobre su sexualidad. En general el abuso sexual es la contradicción al derecho de desarrollar una sexualidad en espacios libres de dominación”²³.

La niña EVA fue atacada en su intimidad reiteradamente por el ciudadano ALVARO ANTONIO OSORIO RAMIREZ.

Afortunadamente ya está en retirada la retrógrada tesis de la minusvalía del testimonio del niño o niña víctima de abuso sexual, pues históricamente se ha alegado la tendencia a la fantasía, a su vulnerabilidad, a la sugestión, a su dificultad para distinguir entre lo real y lo ficticio y, por tanto, con tendencia intencionada o ingenua a la falsedad; esto es, que existe una *mitomanía infantil* justificada por el hecho de llamar la atención de los adultos, quizás porque su inteligencia y memoria se encuentran en proceso de maduración; incluso, se agrega por esta instancia, la influencia de algunas teorías psicodinámicas de Freud (1906), que han presentado al niño como *seductor* por el mito de Edipo, han contribuido para que el sistema judicial tradicional no aprecie debidamente el testimonio infantil²⁴.

Para controvertir tan genéricas y especulativas afirmaciones se ha explicado en los últimos años:

“Sin embargo, no se dispone de datos científicos que indiquen que los niños difieren de los adultos en su capacidad para distinguir entre sucesos reales y sucesos imaginados (Diges y Alonso, 1994); y ha quedado demostrado por la psicología experimental que los niños no son más sugestionables que los adultos (Cohen y Harnik, 1.980, Marín y col, 1979, citados por Diges y Alonso-Quecuty, 1994), incluso un reciente estudio de Bussey y Grimbeek (2000) señala que desde los 4 años, los niños tienen una comprensión suficiente de la mentira y la verdad y tienen suficiente

Clínico, Universidad Central de Venezuela, Vicepresidente de la "Asociación Venezolana de Psicología Judicial"

²³ Jesús Antonio Muñoz, “Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual”, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, marzo 2006, p. 122

²⁴ Cfr. <http://www.psicologiajuridica.org/?1da5d450>; Validación de la técnica "Análisis de contenido basado en criterios" para evaluar la credibilidad del testimonio en menores presuntas víctimas de delitos sexuales, que asisten a la unidad local de atención al menor (Ulam) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en Bogotá; Angela Tapias, Olga Lucía Aguirre, Andrea Moncada, Alejandra Torres A. / “Tradicionalmente se ha considerado la imagen del niño como testigo o víctima poco creíble debido a su tendencia a la fantasía, a su vulnerabilidad a la sugestión, a su dificultad para distinguir entre lo real y lo ficticio y, por tanto, con tendencia intencionada o ingenua a la falsedad en su declaración (Ceci y Toglia, 1987 citados por Diges y Alonso-Quecuty, 1994). Otros han insinuado la posibilidad de una *mitomanía infantil* justificada por el hecho de llamar la atención de los adultos (Caro, 1974; Battistelli, 1984); también se ha sustraído credibilidad al infante porque su inteligencia y memoria se encuentran en proceso de maduración y por ello cognoscitivamente incompetentes para declarar (Ceci y Toglia, 1987 citados por Diges y Alonso-Quecuty, 1994). Incluso la influencia de algunas teorías psicodinámicas de Freud (1906), que han presentado al niño como *seductor* por el mito de Edipo, han contribuido para que el sistema judicial minusvalore el testimonio infantil”

capacidad para participar efectivamente en el sistema legal. Todos estos acontecimientos están aumentando la credibilidad en el testimonio infantil a lo largo de los años (Diges y Alonso, 1994)²⁵.

De otra parte, también ahora está superada la tesis de que no se le puede creer a la víctima del delito.

Por supuesto que cuando se trata de testigo único, y en especial cuando se trata de testigo niño o niña, merece especial cuidado y análisis.

En efecto,

“El testimonio de la víctima es fundamental, ya que en no pocos delitos se trata de la persona que más cerca ha estado del criminal, **siendo en ocasiones además el único testigo**. Lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creída, salvo que resulte incongruente con el resto de las pruebas, presente anomalías psíquicas, carácter fabulador o se constate un previo ánimo de venganza o una enemistad manifiesta”²⁶.

De todas formas, como apenas pertinente en un modelo procesal ajustado a un Estado Constitucional de Derecho la apreciación del “*testimonio de los menores se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal*”²⁷, aunque la técnica

²⁵ Artículo consultado en Internet en: <http://www.psicologiajuridica.org/?1da5d450> de Angela Tapias, Olga Lucia Aguirre, Andrea Moncada, Alejandra Torres A.

²⁶ Francisco Pastor Alcoy. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Valencia, Tirant Lo Blanch. 2003, p. 89

²⁷ “A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales.

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara²⁷.

del recaudo de la prueba requiera del apoyo de Autoridades especializadas (como se hizo en este caso)”²⁸.

El testimonio del niño o niña abusado sexualmente tiene especial confiabilidad²⁹; dicho testimonio no puede demeritarse “por la mera edad prematura”³⁰; así que “es equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad”³¹, y en todo caso,

“[...] corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen, para estimar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”³².

La jurisprudencia ha tratado con suficiencia el tema del testigo único conocido con el aforismo *testis unus testis nullus*³³; aunque en el *sub lite*, como ya quedó visto, también se cuenta con otras declaraciones y la versión de expertos.

La Fiscalía llevó a juicio un testimonio sincero y coherente y si la defensa consideraba que el mismo era aleccionado o entrenado, o mentiroso o que todo fue por venganzas pasionales o con intereses económicos, entonces debió

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física Art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, ora a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó en la FASE DE INDAGACION E INVESTIGACION y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (Art. 392), será un referente válido –prueba- en el JUICIO, óptimo para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (Arts. 7 y 381 del C. de P.P.)”. Cfr. CORTE SUPREMA, rad. núm. 26411 del 08/11/2007.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto de 13 febrero de 2008, Rad. 28.742, M.P. Alfredo Gómez Quintero y en similar sentido Auto de 23 junio de 2008, Rad. 29.516, M.P. Alfredo Gómez Quintero

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto de 28 noviembre de 2007, Rad. 28.511, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca y Auto de 13 febrero de 2008, Rad. 28.742, M.P. Alfredo Gómez Quintero

³⁰ Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706, sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. Núm. 24468; ib. Auto del 28511 del 28 de nov. de 2007; auto del 26/9/07, rad. Núm. 27946; auto del 26/09/2007, rad. Núm. 28274; citadas en sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 2 julio de 2008, Rad. 29.117, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Auto de 19 marzo de 1992, Rad. 7.199; M.P. Jorge Carreño Luengas, reiterado Auto 6 septiembre 2007, Rad. 27.946, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

³² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto de 26 septiembre de 2007, Rad. 28.724, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencias de 12 julio de 1994, M.P. Gustavo Gómez Velásquez; de 15 diciembre de 2000, Rad. 13.119, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; de 17 septiembre de 2003, Rad. 14.905, M.P. Mauro Solarte Portilla; de 28 abril de 2004, Rad. 22.122, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón; Sentencia de casación, 10 de noviembre de 2004, Rad. 19.055, MM.PP. Alfredo Gómez Quintero, Edgar Lombana Trujillo y Alvaro Orlando Pérez Pinzón, entre otras

demostrar ese supuesto de hecho y no quedarse en la insular afirmación. Es que en el sistema acusatorio el defensor tiene amplias facultades investigativas³⁴.

La niña EVA no fue aleccionada ni mucho menos entrenada para mentir en los estrados judiciales; al contrario, su versión es coherente, sincera y creíble.

Finalmente, valga recordar lo que se ha dicho con respecto al testimonio de niños y niñas por parte de la alta corporación judicial³⁵:

“De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia ha señalado en sus estudios lo siguiente:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes [sic] para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

”Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño

³⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-1194 de 2005 y C-186 de 2008

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia Rad. 28.742 de 13 febrero de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero

de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

"Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que, a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que "un perro volaba" sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

"El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva ["Violencia familiar y abuso sexual", capítulo "Abuso sexual infantil", Compilación de Viar y Lamberte, Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998].

"A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales [...]"³⁶.

6.12 Conclusión final

La Sala comparte los criterios de la señora jueza de instancia así como las alegaciones de la señora Fiscal Seccional, pues de conformidad con las pruebas se deduce responsabilidad más allá de toda duda o lo que es lo mismo certeza racional para la condena³⁷.

7.- COPIAS PARA PROTECCION DE LA VICTIMA Y AL DEFENSOR DE FAMILIA

Se hace necesario insistir para que la Fiscalía, si no lo ha hecho, le brinde protección necesaria a la niña víctima EVA y a su tía, la denunciante (Arts. 114-8 y 133 SAP), por las amenazas que se han proferido en su contra

³⁶ Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706, sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. Núm. 24.468; ib. Auto del 28.511 del 28 de nov. de 2007; auto del 26/9/07, rad. Núm. 27.946; auto del 26/09/2007, rad. Núm. 28.274.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996, MM.PP. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz

Igualmente, se enviarán copias de las sentencia de primera y segunda instancia al ICBF para efectos de restablecimiento de los derechos de la niña ofendida, y en especial al Defensor de Familia para que adelante el incidente de reparación integral dentro de los 30 días siguientes en caso de cobrar ejecutoria esta condena.

8.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena objeto de confutación; **(ii)** se expedirán las copias en los términos del numeral 7 de esta sentencia; y **(iii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

SANTIAGO APRAEZ VILLOTA
Magistrado