



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Doctor
JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

Referencia: Radicado 55.677
Procesado: Jhonis Alberto Carvajal Montoya
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, expongo mi criterio en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Lo anterior, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa, contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia del 28 de febrero de 2019, mediante la cual se revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento del municipio de Ciudad Bolívar Antioquia de fecha 28 de junio de 2016.

1. SOBRE LOS HECHOS

Los hechos fueron resumidos por el juez de segundo grado, del siguiente tenor literal: "... los hechos que dieron lugar a impulsar la acción penal en contra del señor Jhonis Alberto Carvajal Montoya, se desprenden de la noticia criminal formulada el día 20 de mayo de 2013 por la señora Ana María Murillo madre de la menor víctima E.M.T., en donde pone en conocimiento que el día 20 de mayo de 2013, siendo las 10:30 de la mañana, envió a su hija al taller de pacho para que le regalara unos tornillo para la cama de ella, después de mucho rato ella volvió a la casa llorando, diciéndole que no la volviera a mandar allá, porque un muchacho que estaba allá la había tocado, al preguntarle que donde la había tocado, la menor indica sobre la ropa la había tocado en la vagina y en los senos, que le había dado mucho susto y que salió corriendo de una para la casa. La señora Ana María le dice a la menor fueran al sitio y le dijera quien había sido, le pregunta que, si había sido pacho y la menor responde que no, señalando a Jhonis quien es el hijo de Francisco, al cual confronto diciéndole que por que le había tocado a la hija, que saliera e intentara tocarla a ella, a lo que él le manifestó que la menor estaba inventando, pero su actitud era nerviosa, se puso pálido y empezó a gaguear; mientras ella lo trataba mal porque estaba ofuscada, salió la madre de este a tratarla mal ..."¹

¹ Folios 1 y 2 de la sentencia de primera instancia.



2. DEMANDA

El recurrente presentó los siguientes cargos, contra el fallo de segunda instancia, para que el mismo se case totalmente. El recurrente en casación, acusó el fallo de segundo grado, toda vez que en su sentir, incurrió en errores de hecho por falso raciocinio: *“En el presente caso se fundamentara el cargo de violación indirecta en un ERROR DE HECHO, fundado en el FALSO JUICIO DE RACIOCINIO que consiste en haber apreciado la prueba de espaldas a la sana crítica, es decir, sin observancia de los principios lógicos, de los postulados de la ciencia, o de las reglas de la experiencia, lo que implica desconocer el método de valoración señalado por el legislador (operación racional).”*²

Agregó, que el Tribunal le confirió plena credibilidad al testimonio de la menor y les restó importancia a las inconsistencias existentes en su relato: *“El Tribunal, sin mayores argumentos, hizo a un lado la totalidad de las pruebas y se dedicó a conferir plena credibilidad al dicho de la menor, restando importancia a las inconsistencias existentes en su relato. Reforzó su tesis con citas de providencias de la Corte, al parecer en el entendido equivocado de que para esta siempre debe creerse a los niños cuando denuncian hechos de agresión sexual.”*³ Insistió, en que a pesar de las serias inconsistencias en el testimonio de la menor, el *ad quem* condenó al procesado: *“Luego entonces LA PRUEBA DE LA MENOR, que presenta serias inconsistencias, no era suficiente para que el Tribunal Superior de Antioquia, en su sala penal resolviera CONDENAR al ciudadano JHONIS ALBERTO CARVAJAL MONTOYA.”*⁴

Recalcó, que el fallo del Tribunal, incurrió en el falso raciocinio alegado, al no aplicar la regla de exclusión sobre el testimonio de la menor: *“Se demuestra entonces que el Tribunal Superior de Antioquia, cometió un error de hecho por falso raciocinio al no aplicar la regla de exclusión sobre la prueba testimonial de la menor, lo que si realizo acertadamente el JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, que género EN LA ABSOLUCION por el cargo sexual en contra de CARVAJAL MONTOYA y del análisis conjunto de la prueba practicada en el juicio oral.”*⁵ El accionante deprecó que la apreciación racional de la prueba es la que impone al funcionario, el deber de hacer explícitos, de forma coherente y razonada, adujo que el fallador de segundo grado no valoró en debida forma la prueba incorporada, desestimando lo valorado por el fallador de primera instancia, la cual a su parecer aplicó los principios de un sistema adversarial tal como la contradicción, intermediación y publicidad, ello entonces conduce a demostrar que el Tribunal Superior de Antioquia, incurrió en un error de hecho por falso juicio de raciocinio al no aplicar la regla de la exclusión probatoria sobre la prueba testimonial de la menor⁶.

Concluyó la censura que: *“No se atendieron las citadas normas cuando se omitió por parte del Tribunal Superior de Antioquia en su sala de decisión penal, de dar un verdadero control al proceso y no permitir que se avalara el testimonio de referencia de la madre de la menor y la médica tratante sin el cumplimiento de los requisitos legales para su aducción, tal y como se expuso en la presente demanda y con ello no se respetaron las garantías del nuevo sistema penal oral acusatorio vulnerándose garantías fundamentales al señor JHONIS ALBERTO CARVAJAL MONTOYA.”*⁷

² Fl. 10 de la demanda.

³ Fl. 12 demanda de casación.

⁴ Fl. 14 de la demanda.

⁵ Fl. ídem.

⁶ Folio 14 de la demanda de casación.

⁷ Fl. 16 de la demanda.



3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No Casar la sentencia del Tribunal de Antioquia, del 28 de febrero de 2019

3.1. AL PRIMER CARGO: Violación indirecta de la ley sustancial

La censura aduce, que el Tribunal le confirió plena credibilidad al testimonio de la menor y les restó importancia a las inconsistencias existentes en su relato: *“El Tribunal, sin mayores argumentos, hizo a un lado la totalidad de las pruebas y se dedicó a conferir plena credibilidad al dicho de la menor, restando importancia a las inconsistencias existentes en su relato. Reforzó su tesis con citas de providencias de la Corte, al parecer en el entendido equivocado de que para esta siempre debe creerse a los niños cuando denuncian hechos de agresión sexual.”*⁸

De los argumentos esgrimidos en el libelo de casación tenemos que el problema jurídico planteado por el recurrente es, si para el presente asunto el Tribunal Superior de Antioquia, incurrió en errores al momento de realizar la valoración de los elementos materiales probatorios.⁹

1. En relación con el cargo esgrimido, hay que indicar que no le asiste razón a la censura, ello por cuanto la declaración de la menor víctima, E.M.T., de 9 años de edad, fue debidamente decretada y recepcionada en el juicio oral, quien de manera detallada, precisa y concisa, relató los pormenores de los tocamientos y abuso de que fue objeto por parte del procesado JHONIS ALBERTO CARVAJAL MONTOYA, cuando fue manoseada en su cuerpo (senos y vagina) en el taller donde laboraba el procesado y como bien lo destacó el Tribunal, se corroboró debidamente que en el lugar, fecha y hora señalados por la niña, hacía presencia el enjuiciado:¹⁰ *“Una adecuada solución del presente asunto, debe partir por decantar lo que no es objeto de controversia. En primer lugar, que E.M.T., para el momento de los hechos, no alcanzaba los 14 años de edad, apenas tenía 9, y que la mañana del 20 de mayo de 2013, arribó al taller de propiedad del señor Francisco Antonio Carvajal Mejía, conocido como “Pacho”, ubicado en el barrio “Las palmas” del municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, en busca de unos tornillos para armar una cama. Tampoco, ofrece discusión que en el lugar, fecha y hora hacía presencia JHONIS ALBERTO CARVAJAL MONTOYA; como tampoco que E.M.T. y su familia residieron en un apartamento contiguo al taller, propiedad de la familia del acusado.”*

2. Como testigo de cargo y víctima, en la audiencia del juicio oral, la niña describió que cuando fue al taller del padre del procesado por orden de su progenitora, en busca de unos tornillos que necesitaba, JHONIS ALBERTO se le acercó y la manoseó en dos oportunidades, la primera en sus senos y luego en su vagina:¹¹ *“Aunque de entrada E.M.T. señaló no acordarse en qué fecha ocurrieron los hechos (audio 1, sesión del 29 de marzo de 2016, 9 minutos, 51 segundos); expresó con total seguridad que siendo como las “diez o nueve” de la mañana (audio 2, 3 minutos), su mamá la mandó donde “Pacho”, con el fin de que le regalara unos tornillos para armar su cama, y este le ordenó a su hijo JHONIS ALBERTO CARVAJAL MONTOYA, que los buscara, y entregara, y que él “salió y volvió y entró”, le entregó lo solicitado, y le tocó los senos; después, “volvió y salió y entró”, y le tocó la vagina.”*

⁸ Fl. 12 demanda de casación.

⁹ Fls. 4 y 5 de la demanda.

¹⁰ Fl. 10 fallo del Tribunal.

¹¹ Fl. 11 fallo del *ad quem*.



3. A su vez, en la declaración rendida por la menor víctima, señaló que inmediatamente salió de taller, le contó a su propia madre lo sucedido al interior de ese establecimiento: *“Al salir del local fue donde su mamá y le dijo que “un señor, que no conocía, le había tocado los senos y la vagina (audio 1, después del minuto 6 y 59 segundos).”*¹²

4. Adicionalmente, la corporación de segundo grado refirió que la niña relató en dos oportunidades lo acaecido dentro del taller y que, si bien no recordó algunas particularidades de los hechos, ello no demeritaba su relato, -el cual estimó espontáneo y persistente-, en cuanto a los tocamientos de que fue objeto por parte de su agresor:¹³ *“Es cierto, como se plasmó en la sentencia de primer grado, que en dos oportunidades E.M.T. reprodujo en similar dirección lo ocurrido, y cuando se le preguntó por hechos en concreto, expresó recordar algunos, y otros no; sin embargo, esa particular coincidencia y las dificultades de evocación en algunos interrogantes, no demerita el relato espontáneo y persistente de la menor edad, en cuanto a los tocamientos que padeció por parte de JHONIS ALBERTO, y contrario a lo apreciado por el Juez a quo, no afloró aleccionamiento alguno por parte de la deponente, como tampoco intención de mentir.”*

5. Por su parte, la censura aduce que el Tribunal apreció el testimonio de la menor, de espaldas a las reglas de la sana crítica.¹⁴ No le puede asistir razón alguna, pues su postura es solo una apreciación personal y subjetiva que no encuentra respaldo probatorio alguno. Por el contrario, en la valoración efectuada por el juez de segundo grado, destacó que le confería total mérito al testimonio de la niña E.M.T., en el cual inculpaba al procesado CARVAJAL MONTOYA, pues el mismo se efectuó de manera espontánea, coherente y en un lenguaje sencillo, acorde con su corta edad, y además, desprovisto de un ánimo malintencionado de atribuirle falsos cargos al encartado:¹⁵ *“Entonces, el testimonio de E.M.T. se aprehende suficiente, por cuanto la incriminación que vertió en contra de JHONIS ALBERTO se expresó en el marco de una intervención espontánea, coherente, con un lenguaje sencillo, acorde a su edad, sincera, circunstanciada, clara, firme, objetiva, con plena explicación de la razón de su conocimiento personal, y desprovista de un ánimo malintencionado para atribuir falsos cargos al procesado, lo cual permite entregarle total mérito”.*

6. La Corte Suprema de Justicia, en el proceso con Radicación No. 52.897, ha señalado sobre la configuración del error por falso raciocinio, los aspectos importantes que no se corroborarán en la demanda en análisis.¹⁶

¹² Fl. ídem.

¹³ Ver Fl. 11 fallo de segunda instancia.

¹⁴ Fl. 10 de la demanda.

¹⁵ Fl. 16 fallo del ad quem.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de julio de 2020. Radicación No. 52.897. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. *“En efecto, esa modalidad de error de hecho se materializa cuando el operador valora los elementos de juicio con violación de las reglas de la sana crítica o cuando realiza deducciones inferenciales contrarias a aquéllas, lo cual ocurre, dejando de lado lo atinente a la lógica y la ciencia, si soslaya las máximas de la experiencia aplicables, o si otorga tal calidad a proposiciones que en realidad no lo son.*

En esa comprensión, la invocación de prejuicios o estereotipos sexistas (que por definición no constituyen reglas empíricas sino que se les oponen) y su aplicación a la valoración probatoria o la deducción inferencial bajo la falsa justificación de constituir máximas experienciales encierra, por consecuencia obvia, un yerro demandable por la vía del falso raciocinio. Desde luego, no está de más enfatizar que la adopción del enfoque de género en la valoración probatoria no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual. Aquélla únicamente implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto.”



7. El censor alegó un falso raciocinio en que incurrió el Tribunal,¹⁷ sin embargo, se denota que no logró identificar cuáles fueron las leyes de la experiencia que estimó trasgredidas por el fallador de segundo grado, pues solo se limitó a cuestionar la credibilidad que otorgó a la declaración de la menor víctima, referidas a unas supuestas contradicciones en su relato –las que sólo existen en su alegación- sobre la manera en que fue abusada y manoseada la niña E.M.T. de apenas 9 años de edad.¹⁸

8. El demandante debió tener en cuenta que su alegación sobre un pretendido falso raciocinio, no se exteriorizaba con sólo formularlo, pues debió demostrar que los medios probatorios allegados al proceso legalmente, al ser valorados y apreciados por el Juez de segunda instancia, no lo efectuó en su verdadera y exacta dimensión fáctica y que le asignó un mérito persuasivo, que transgredió los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia, pero no lo hizo.¹⁹

9. En este contexto, debió acreditar el reclamante con fidelidad y precisión, exactamente qué decía de manera objetiva el medio, qué infirió de él el Tribunal, cuál fue el valor persuasivo otorgado al mismo, debió también indicar la regla de entendimiento omitida o apropiada al caso y, por último, indicar la máxima de la experiencia que debió valorarse, con el objetivo de probar que el fallo motivo de impugnación tuvo que ser sustancialmente opuesto, pero omitió tales aspectos cardinales y tampoco lo sustentó en manera alguna.²⁰

10. Además, era obligación del accionante, exteriorizar cuál era el aporte científico correcto y, por ende, la trascendencia del error, para lo cual tenía que presentar un nuevo panorama fáctico-jurídico, contrario al ponderado en el fallo de la corporación, pero nada de lo señalado realizó el censor, ya que solo expuso su particular y subjetiva postura y se enderezó a rechazar la valoración del ad quem, mediante una interpretación ambigua y personal, y por ello, el cargo deberá ser desestimado.

11. Adicionalmente, pareciera desconocer el censor que la corporación judicial recalcó, que dos personas más percibieron directamente lo dicho por la víctima y la angustia expresada por la menor, con ocasión de lo que le había sucedido, entre ellas, su progenitora y la médica que le efectuó la valoración sexológica:²¹ *“Además, hubo dos personas que percibieron directamente la angustia de la niña poco después de lo sucedido. Efectivamente, la madre la notó llorando y asustada, cuestión que conllevó a interrogarla sobre lo que le había sucedido, y que condujo al posterior señalamiento de JHONIS ALBERTO; igualmente la médica Diana Guirales Gómez, quien atendió el examen sexológico, aludió haberla visto con temor.”*

12. Por otra parte, alega también la demanda, que tanto el testimonio de la madre y de la médica tratante son pruebas de referencia.²² Tal afirmación no es cierta, toda vez que según lo ha decantado de manera suficiente la jurisprudencia de la Corte, tanto la declaración de la madre de la menor víctima, como la manifestación de la psicóloga forense en el juicio oral, no se estiman prueba de referencia, pues por sus propios

¹⁷ Fl. 14 de la demanda.

¹⁸ Fls 2 y 3 fallo del Tribunal.

¹⁹ Fls. 14 a 16 de la demanda.

²⁰ Fls. 15 a 17 demanda de casación.

²¹ Fl. 17 fallo del Tribunal.

²² Fl. 16 de la demanda.



sentidos, refieren e informan lo expresado ante ellas por la joven afectada y en esos estos términos lo expresó la Sala.²³

Debemos al respecto precisar, que si bien es cierto la madre de la menor no presencié los hechos en el momento de su consumación como lo relato la menor, si fue la primera en tener noticia de los mismos, justamente por el dicho de la misma víctima, además y como madre al percibir la angustia de la niña de inmediato se dirigió al lugar, con el fin de averiguar y confrontar a que persona se refería la menor, como el hombre que la había tocado y fue allí donde le señaló al procesado. Además, los señalamientos de la madre hacia el señor *JHONIS ALBERTO*, se dieron porque conocía a esta persona, luego no todo lo dicho por la madre de la menor debe verse como prueba de referencia. Igual debe predicarse del testimonio de la médica tratante, ya que de ella lo que se tiene como medio de confrontación no es que viera los hechos, sino los hallazgos encontrados en la menor y el diagnóstico que observó luego de auscultar a la misma.

13. Por ello, la decisión de segundo grado, destacó que los testimonios de expertos, son prueba directa sobre sus observaciones y opiniones frente a los aspectos que son materia de su examen profesional: *“En este punto, valga recordar que se ha decantado que los testimonios de expertos, son prueba directa sobre sus observaciones y opiniones frente a lo que es materia de examen (sentencias del 3 de febrero de 2010, radicado 30.612 y del 21 de septiembre de 2011, radicado 36023, entre otras), por lo que refuerzan las aseveraciones de la víctima.”*²⁴

14. De lo anteriormente explicitado, se denota de un lado, que según lo relatado por la menor, aunado a lo declarado por su progenitora y de lo señalado también por la médica que valoró a la menor víctima, se colige, como bien lo dedujo el fallo del Tribunal, que el procesado *CARVAJAL MONTOYA*, ciertamente incurrió en el delito de actos sexuales con menor de 14 años del artículo 209 del C.P.,²⁵ pues no es cierto que el fallo del ad quem: *“hizo a un lado la totalidad de las pruebas y se dedicó a conferir plena credibilidad al dicho de la menor, restando importancia a las inconsistencias existentes en su relato”*, como sin razón lo alega la demanda.²⁶

15. Esta aseveración constituye una erróneo entendimiento de la censura, pues en éste caso, el *ad quem* logró comprobar el delito, no solo con fundamento en la declaración de la joven víctima, sino de lo dicho por su propia madre y lo declarado por la profesional de la medicina que atendió su caso e hizo la valoración sexológica, con lo cual se corroboró que se trató de la ejecución de actos sexuales, sobre el cuerpo de una menor de apenas 9 años de edad (en sus senos y vagina), y la acusación

²³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de diciembre de 2009. Radicación No. 32.972. M.P. Javier Zapata Ruiz. *“En el caso objeto de estudio, ni la declaración de la psicóloga forense en el juicio oral ni la de la madre del menor en el mismo escenario, constituyen pruebas de referencia, pues ciertamente no se practicaron fuera del debate oral y mucho menos fueron las únicas que sirvieron como fundamento de la sentencia condenatoria, pues los juzgadores también se apoyaron en el testimonio de G.P.R.S. y en las hojas del diario encontradas por su progenitora.*

También es bueno precisar que los testimonios de Jineth Saavedra Sánchez –madre de la menor- y Nidia L. Cabezas Blanco –perito psicóloga- tampoco constituyen pruebas de oídas, como pareciera entenderlo el demandante pues así como lo consideraron los juzgadores la percepción de ciertos hechos por ellas fue directa y personal, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004 cuando exige que el testigo únicamente pueda declarar acerca de aspectos que directa y personalmente hubiese tenido la ocasión de observar o percibir .

Ciertamente, la primera de las testigos, declaró en torno al hallazgo casual del diario de su hija en el que confesaba su “gran secreto”: las relaciones de carácter sexual con su padrastro, la confrontación con la menor para que le contara lo sucedido, su reacción ante la misma y el comportamiento anterior y posterior al descubrimiento de los acontecimientos por parte de la infante y, la segunda declarante, sobre los hallazgos clínicos y los efectos psicológicos causados en la menor con ocasión del trastorno de estrés posttraumático, testimonios que evidentemente informaron a los sentenciadores sobre una serie de circunstancias percibidas directamente por sus sentidos y que de manera acertada fueron valorados en esa misma dimensión.”

²⁴ Fl. 18 fallo del ad quem.

²⁵ ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

²⁶ Fl 12 de la demanda.



referida a que a esa edad la menor no tenía desarrollados sus senos, no solo es una afectación de la formación sexual de la niña, sino un contrasentido, pues lo cierto es que el procesado no podía tocarle ninguna parte de su cuerpo y aun así, realizó actos de contenido sexual en dos oportunidades en partes íntimas de su cuerpo, con una evidente intención libidinosa y lujuriosa y, por todo ello, el cargo propuesto no debe prosperar.²⁷ *“Insístase, E.M.T. se percibe espontánea en sus dichos, quien expresamente aludió que fue tocada en los senos y vagina por JHONIS ALBERTO CARVAJAL MONTOYA, sin denotarse exageración o vacilación frente al asedios de los interrogadores, ni variación en lo esencial de lo sucedido, a pesar de haber declarado tres años después en el debate público, oral y contradictorio.”*

16. Adicionalmente, como se vislumbra de lo declarado por la víctima, ésta fue clara, precisa y concisa (a pesar de su corta edad y del recuerdo traumático que le produjo recordar los agravios sufridos), en referir todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que acaecieron los hechos, expresado en la anamnesis ante la médica forense y de lo relatado por su progenitora, de que efectivamente el procesado JHONIS ALBERTO CARVAJAL, ejecutó sobre su cuerpo (senos y vagina) actos sexuales, al efectuar tocamientos y palpamientos de un evidente contenido lascivo, con lo cual, se materializó el delito contemplado en el artículo 209 del C.P.²⁸ *“En el contexto probatorio demarcado, al hacer un análisis en conjunto, permite asignar todo valor persuasivo a las manifestaciones persistentes de E.M.T.; y contrario a lo expuesto por el juzgador en la sentencia de primer grado, se satisfacen los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia en decisión de 16 de marzo de 2016, radicado 43.866, para valorar otras situaciones que hacen más probable el hecho atribuido, conocidas como corroboraciones periféricas.”*

17. Por ello, es irrelevante y se ofrece sin ninguna comprobación la acusación del censor, referida a un supuesto falso raciocinio en que incurrió el Tribunal, pues ni siquiera atinó a identificar cuáles fueron las reglas de la experiencia, o los principios de la lógica o leyes de la ciencia desconocidas y trasgredidas por el fallador de segundo grado y cuál era la que resultaba correctamente aplicable al asunto sub examine.²⁹

18. Pareciera desconocer la censura, que el *ad quem* verificó y constató, con fundamento en el análisis en conjunto de las pruebas y fundado en las reglas de la sana crítica, como lo ordenan los artículos 380 y 381 del C.P.P. que la menor afectada contó de manera clara y pormenorizada, que el procesado CARVAJAL MONTOYA, efectuó sobre partes íntimas de su cuerpo actos de un evidente contenido sexual y lujurioso, pues le manoseó en dos oportunidades sus senos y su vagina, y además, el Tribunal le dio plena validez a lo declarado por la menor en el juicio oral, así como la valoración efectuada por la médica, pues: *“la niña desde el comienzo se ha mantenido en lo sustancial, sobre la acción lujuriosa de la que se le hizo partícipe por parte del acusado”* y por todo ello, el cargo no prospera.³⁰

“Como se ha insistido, la niña desde el comienzo se ha mantenido en lo sustancial, sobre la acción lujuriosa de la que se le hizo partícipe por parte del acusado. Dicha expresión ha sido persistente y congruente. Poco después, la madre A.M.M., y la médica, la vieron asustada y con temor al relatar lo acontecido. Finalmente, no existía

²⁷ Fl. 18 fallo del ad quem.

²⁸ Fls. 19 y 20 fallo del Tribunal.

²⁹ Fl. 12 demanda de casación.

³⁰ Fl. 21 fallo de segunda instancia.



animadversión o rencor de la víctima o su progenitora, o al menos, no se acreditó, para incriminar falsamente al procesado.”

19. La Corte Suprema de Justicia, ha señalado que en tratándose de delitos sexuales contra menores de edad, lo dicho por éstos resulta no sólo valiosa, sino muchas veces suficiente para determinar importantes aspectos probatorios, pues en estos casos, el testigo de excepción es la propia víctima. Esto se precisó con detalle en la sentencia con Radicación No. 35.080.³¹

“No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal. Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia. Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.”

20. Con fundamento en todo lo anterior, lo demostrado en el proceso y lo valorado por parte del fallo del Tribunal, quien con fundamento en el caudal probatorio y con apoyo en la reglas de la sana crítica, evidenció para la declaración de condena contra el procesado JHONIS ALBERTO CARVAJAL, no solo el testimonio de la menor E.M.T., de apenas 9 años de edad, sino de su progenitora A.M.M. y de la médica DIANA GUIRALES GÓMEZ, quien atendió el examen sexológico de la infante, quedó acreditaba la materialidad de la conducta, constitutiva del delito de actos sexuales con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 del C.P., al efectuar tocamientos en la vagina y senos de la niña, con un evidente y comprobado contenido lascivo y sexual, por todo lo anterior, el cargo debe ser despachado desfavorablemente y mantenerse la decisión del juez colegiado.³²

“Bajo esa óptica, la decisión original fue equivocada, pues no hay duda que el acusado realizó tocamiento en senos y vagina sobre E.M.T., por lo que se debe revisar lo atinente a la responsabilidad jurídico - penal, a través de los diversos presupuestos que permiten pregonar, categóricamente el delito.”

Es claro que las versiones de la víctima se opongan a las del presunto victimario y el padre de éste, justamente porque no reconocen el hecho y pensar que ellos coincidieran con el dicho de la menor es justamente aceptar los hechos y desde luego lo delictuoso de hacer tocamientos abusivos a una menor. El asunto va más allá y es hacer ver que en efecto, el dicho de la menor no sea lo suficientemente consistente

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de mayo de 2011. Radicación No. 35.080.

³² Ver fls. 21 y 22 fallo de segundo grado.



para darle credibilidad y es ahí donde debe sopesarse con el entorno en que pudieron suceder los hechos, el relato de la madre y las conclusiones de los peritos.

Ahora bien, lo primero que queda claro es que los hechos fueron denunciados por la madre de la menor inmediatamente fueron conocidos por ésta, es decir cuando la niña regreso a casa y contó los actos libidinosos que dijo había sufrido, tales como tocamientos por parte de un muchacho distinto a Pacho, luego la atribución de responsabilidad no fue abierta y descontextualizada. La menor supo quien le hizo los tocamientos y por ello cuando la madre la requirió para que en el lugar le indicara quien fue, ésta no fue dubitativa, sino que señaló a Jhonis, justamente en el mismo lugar a donde había sido enviada a pedir unos tornillos para la cama. Y, es más, allí igualmente, donde la madre de la menor confrontó al presunto agresor sobre los hechos relatados por la niña y aunque los negó como era de esperarse ante lo grave de la acusación, indicó la testigo que este se puso nervioso y tartamudeo.

Este aspecto de inmediatez en el tiempo a la hora de formular la denuncia es importante para restar la posibilidad de que se tratara de una mentira o un hecho inventado con ánimo retaliativo o de vindicta frente al procesado, pues existe coherencia no solo en la atribución de responsabilidad y en relato de los hechos, sino también, en que la acusación iba contra una persona a quien la menor de momento no supo decir su nombre, pero sí reconoció, cuando lo vio momentos después cuando volvió al lugar de los hechos con su madre. Lo anterior dadas las circunstancias, debe entenderse que ante un hecho tan sorpresivo y desconocido para la menor ésta podía estar afectada y perturbada por lo que acababa de vivir y es comprensible que mostrara confusión, que titubeara en algunos detalles justamente por el impacto de lo sucedido donde resultó víctima. Además, por el entorno sabía que esto se podía repetir, si la volvían a mandar a ese lugar o a encontrarse en otra oportunidad con la persona que le generó los tocamientos abusivos.

Sin embargo, para acreditar una falsa acusación, como lo enfocó la defensa, no se argumentan antecedentes o motivos de aleccionamiento que conduzcan a presumir o probar que hay móviles en la denunciante para acusar falsamente al procesado y menos aún utilizando a la menor, imponiéndole un libreto criminal y mentiroso a su corta edad. Ciertamente ante las diferentes salidas procesales la menor puede aparentemente expresar contradicciones en sus dichos, pero lo trascendente radica en los señalamientos explícitos que hace de los tocamientos en partes íntimas y particulares de su cuerpo como senos y vagina en donde dice fue tocada por el agresor, luego, más allá de entrar en conjeturas como lo hace el juzgado de conocimiento que a su corta edad no tenía senos desarrollados. Ese detalle es cierto, pero, es por ello justamente que los niños son objeto de especial protección entre otros en su sexualidad porque aún no se han desarrollado y por ello la pena es más severa frente a las agresiones sexuales con menores de 14 años.

En conclusión, acertó el Tribunal en precisar que los menores como cualquier testigo pueden mentir en un testimonio, justamente por ello se deben analizar sus dichos conforme a la sana crítica, a las reglas de la experiencia y en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso, para entre otros aspectos establecer si sus manifestaciones en pro o en contra de una persona se basan en el conocimiento que tienen de los hechos, en las vivencias o están motivadas por otros aspectos como la fantasía, el odio, la venganza, o sesgo hacia una de las partes que las induzca o motive a mentir, callar o no decir la verdad. En el presente caso tales mociones no se avizoraron y por ello el Tribunal le dio credibilidad al dicho de la menor.



Caer en impresiones en un testimonio, luego de haber pasado algunos años, no debe restar mayor credibilidad al testimonio y es por ello que considera esta delegada que criterios como la ropa que tenía la menor al momento de la ocurrencia del acto delictivo, o la manera como fue confrontado el procesado, son aspectos intrascendentes que no pueden conllevar como lo refiere el fallador de primer grado en la falta de credibilidad de E.M.T.

21. En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público, estima procedente NO CASAR EL FALLO y deberá, entonces, mantenerse la incolumidad de la sentencia del 28 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Superior de Antioquia.³³ Solamente, se deberá hacer prevalecer LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL, toda vez que esta constituye primera condena en contra del enjuiciado, a fin de que se garantice el principio de doble conformidad, como se ha definido por la Corte de casación, entre otras, en las sentencias con Radicación No. 48.142, 48.880 y 54.215.³⁴

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

³³ Véanse Fls. 1 al 31 fallo del Ad quem.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de abril de 2019. Radicado No. 54.215. M.P. Eyder Patiño Cabrera.