

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP290-2023

Radicación 63906

Acta 139

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor de William Mosquera García, contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2023 por el Tribunal Superior de Buga, mediante la cual lo condenó por primera vez como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

HECHOS:

El 11 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 21:30, en la vivienda ubicada en la carrera 10 con calle 25 de Tuluá, William Mosquera García le tocó los senos, beso en el cuello y la boca e intentó desabotonarle el pantalón a GLG, su vecina de 11 años, quien fue por ayuda para realizar una tarea de colegio.

Ante la agresión, en el mismo instante, la menor se zafó y pidió auxilio a su madre, quien llamó a la policía. Un agente que se encontraba cerca al lugar capturó al agresor.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Luego de ser aprehendido en flagrancia, la Fiscalía le imputó a William Mosquera García el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, cargo que no aceptó.

Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. La actuación le fue asignada al Juez Cuarto Penal del Circuito de Tuluá. El 20 de noviembre de 2018, se realizó la audiencia de formulación de acusación.

En la diligencia, la fiscalía señaló que, según el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, el delito se agravaba por haberse cometido “por persona que tenga cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”, por cuanto el encartado es el esposo de señora Karyme quien es vecina de la menor GLG, y con ello la impulsa a depositar en él su confianza.”

3. El 4 de marzo de 2019 se realizó la audiencia preparatoria y el juicio oral entre el 24 de abril siguiente y el 18 de agosto de 2020.

Consideró que la declaración de la menor era imprecisa en los detalles y que según Luz González, madre de la niña, su hija fue abusada sexualmente a eso de las 8.30 de la noche, es decir, con media hora de diferencia a la anotada en la acusación, lo cual causa incertidumbre sobre el momento en que habría ocurrido la agresión.

Estimó, además, que ni la madre de la menor, ni el patrullero Ronald Urrea Rodríguez, presenciaron la supuesta comisión de la conducta, y consideró que la Comisaria de Familia María Duque es abogada y no psicóloga, no podía entrevistar a la ofendida, razón por la cual se trata de una prueba ilícita.

Señaló, asimismo, que la entrevista realizada a la menor por la psicóloga judicial, se realizó con posterioridad a la presentación de la acusación, y no podía, por tanto, hacerse valer

como prueba.

Por último, consideró que GLG no precisó los hechos en tiempo, modo, ni identificó las características del lugar, y aunque mencionó que William Mosquera García la agredió, no fue corroborada, toda vez que no se incorporó prueba alguna sobre el posible daño psicológico ni sobre cambios en su comportamiento.

Con base en esas reflexiones que en su criterio generan dudas insalvables, absolvió al acusado.

5. El 3 de marzo de 2023, el Tribunal Superior de Buga, al resolver del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y el apoderado de víctimas, revocó la sentencia y, en su lugar, condenó por primera vez a William Mosquera García, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, sin la agravante imputada.

Le impuso 9 años de prisión y, por el mismo tiempo, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

Después de teorizar sobre la composición dogmática del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, destacó el testimonio de Luz Adriana González, mamá de GLG, quien señaló que conoce, por ser vecino, a William Mosquera García y a su esposa, con quienes no tuvo problemas de ningún tipo, y además narró los pormenores de cómo su hija logró escapar el día que fue agredida sexualmente, cuando fue a casa de su vecino a solicitar un juego didáctico.

Agregó que Karine, esposa del procesado, la buscó para aclarar el tema y, ante ella, GLG les contó lo que pasó el día en que fue abusada. Asimismo, comentó que a raíz de esos sucesos, GLG se orina en la cama, se encuentra nerviosa y en tratamiento psicológico.

Explicó que también declaró GLG. Según la menor, “el señor que me iba a tratar de hacer eso, me comenzó a tocar los senos y me iba a desabrochar el pantalón y me dio un beso en la boca y me agarró fuerte de los brazos.” Manifestó que conoce al agresor porque es vecino y aun cuando no precisó la fecha, dijo que fue a las 9:00 e indicó los motivos por los cuales fue a su residencia.

Mencionó que el agente Ronald Urrea, quien intervino en el procedimiento de captura, señaló que la aprehensión se produjo a eso de las 9:30 ante las voces de auxilio, y que al llegar al lugar le explicaron que la niña que lloraba fue objeto de una agresión sexual.

Posteriormente analizó la declaración de la abogada María Eugenia Duque Grajales, quien se desempeña como Comisaria de Familia. Según la profesional, su intervención se redujo a recibirle el 12 de septiembre de 2018, en presencia de la madre de la menor, una entrevista a la niña sobre lo acontecido.

Sintetizó igualmente el concepto de la psicóloga del CTI, Liliana Cardona, quien destacó, respecto de la menor, “manejo notable del lenguaje y expresión de sus pensamientos, espontánea revelación de los hechos, tranquila con un tono de voz adecuada, contacto visual.”

Después de sintetizar la prueba, el Tribunal explicó que la libertad probatoria permitía obtener una aproximación a la verdad distinta a la declarada en el fallo del juzgado. Estimó que aun cuando es lo ideal, no en todo caso de abuso de menores es menester una pericia para reflexionar sobre la credibilidad de la versión de la afectada y que el dictamen que la primera instancia echó de menos sobre la materia, sea el único método de corroboración. El dictamen, concluyó, no reemplaza el raciocinio del juez.

Consideró, de otra parte, que el juzgado se equivocó al estimar que la declaración de la abogada de la comisaría de familia María Grajales Duque es ilícita. Además de que no se incorporó la entrevista que le recibió a la menor, en la que supuestamente se habrían

afectado sus derechos, con su declaración se demostró que GLG y su madre, como lo percibió directamente, pidieron ayuda el mismo día en que presentaron la denuncia.

Concluyó, entonces, que la declaración de la menor, acotada con la de su madre y del policía que atendió el caso, permiten afirmar que el hecho ocurrió y que el responsable es William Mosquera García.

Señaló, entonces, que ninguna prueba permite dudar de los testimonios que comprometen al acusado, de manera que la duda que planteó el juez está más en su imaginación que en la realidad.

Por último, planteó que aun cuando los testigos de la defensa señalaron que el acusado se encontraba en su casa con su pequeño hijo, algo que la víctima no ocultó, no podían percatarse de lo acontecido, pues se encontraban cerca a la casa de William Mosquera García, no en el interior de ella, e incluso Gustavo Adolfo Mosquera, quien aseguró que estuvo con su tío ese día, fue desmentido por Esterlisa Murillo.

Concluyó que se debía condenar al acusado, pero sin deducirle la agravante que la fiscalía pretendía, pues ser vecino no concede al autor ningún estatus de autoridad sobre la víctima.

Le impuso, por lo tanto, las penas indicadas en los antecedentes de esta decisión, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

EL RECURSO:

Cuestiona, en general, la crítica que el tribunal hizo a la sentencia de primera instancia y considera un desacierto que se afirme que la declaración de GLG permite condenar al acusado, sin necesidad de otras pruebas periféricas que confirmen su versión.

Censura que la fiscalía no haya hecho el menor esfuerzo para aportar conceptos médicos, psicológicos o de trabajo social de la supuesta víctima y que no haya solicitado la valoración clínica de la menor.

Reprocha igualmente que la fiscalía hubiera pretendido valerse de la declaración de la abogada de la Comisaría de Familia, quien actuó contra los derechos fundamentales de la menor. Reconoce que no se aportó esa declaración ni otras. Pero señala que al no introducirlas al juicio, se privó al acusado de contar con esos medios, afectando su derecho de defensa.

De manera que la única prueba en que se sustenta la imputación es la declaración de GLG, sin que otras pruebas la corroboren. Ni su madre, ni el agente de Policía fueron testigos directos, por lo cual no podía el tribunal atenerse a la sola declaración de la víctima. Esta prueba, en su opinión, es insuficiente para condenar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primero. La Corte es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto contra la primera sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Buga en segunda instancia (numeral 7 del artículo 235 de la [Constitución Política](#)).

Segundo. El tema que se debe decidir, conforme a la impugnación, es si la declaración de GLG permite condenar al acusado y mantener la sentencia que en su contra dictó el tribunal.

Con desacierto, la defensa plantea que la sentencia debe revocarse. Lo hace con argumentos tan simples como equivocados: que no existen pruebas técnicas - periféricas—que reafirmen que la menor dijo la verdad y que no existen porque la fiscalía no solicitó que se incorporaran al juicio declaraciones anteriores de la menor y, además, no solicitó su valoración médico legal, sin decir cuál sería su utilidad y trascendencia.

Lo primero que se debe señalar es que el alegato de la defensa contradice toda la filosofía del sistema acusatorio: la autonomía de las partes, el sistema de producción de la prueba y la validez de las declaraciones por fuera del juicio oral.

En este diseño, cómo plantea su teoría del caso y cómo la prueba, es tema que le incumbe a la fiscalía (artículos 249, numeral 4 de la Constitución y 336 y 371 de la Ley 906 de 2004). No está en el ideario del juez entrometerse en ello. Por eso no está dentro de sus competencias decretar pruebas de oficio ni intervenir en su práctica -lo hace, pero para dirigir el debate, artículo 397 de la Ley 906 de 2004— y controlar materialmente la acusación, como no sea para salvaguardar derechos y garantías fundamentales (entre otras, en la SP del 5 de oct., de 2016, radicado 45594).

De otra parte, la prueba en el sistema oral se practica en el juicio. Las declaraciones que se reciben por fuera de la audiencia son actos de investigación o de preparación del juicio; no son pruebas. Excepcionalmente se pueden tener como prueba de referencia admisible si se cumplen las condiciones del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y el debido proceso probatorio (descubrimiento, solicitud, sustentación, decreto y práctica de la misma). Así lo ha señalado la Sala, entre otras providencias, en la SP del 1 de marzo de 2023, rad., 62235, en la cual, siguiendo la línea jurisprudencial sobre la materia, se indicó lo siguiente:

“Según la dogmática del proceso acusatorio, solo es prueba la que se practica en el juicio con inmediación y confrontación. No lo es la que no cumple esas condiciones. Como excepción, ciertas declaraciones fuera del juicio oral que pueden ser utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de agravación o atenuación punitiva, etc., cuando no sea posible practicarlas en el juicio, pueden solicitarse como prueba de referencia admisible, siempre que se respete el debido proceso probatorio (descubrimiento, solicitud fundada y práctica en el juicio) y se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, como lo ha señalado la Sala (entre varias, SP del 6 de abril de 2022, rad. 51750).”

Es más, tratándose de menores de edad que no comparecen al juicio, e incluso si comparecen, conforme al principio de protección reforzada, sus declaraciones anteriores se pueden hacer valer como prueba de referencia admisible, según lo ha precisado la Sala, entre otras, en las SP, 28 oct 2015, Rad. 44056, y 20 de mayo de 2020, rad. 52045.

Contra estas nociones, ya decantadas suficientemente, el defensor razona al revés: considera que el trámite se afectó al no llevar al juicio declaraciones anteriores de la menor. En tal sentido, por lo general se suele cuestionar la validez de declaraciones rendidas con anterioridad al debate oral ante los peritos, como ocurre con las entrevistas psicológicas o la anamnesis del examen médico forense, porque como lo ha precisado la Sala, entre otras, en la SP recién citada, del 1 de marzo de 2023, rad., 62235:

“El perito explica lo que le consta acorde con la razón de su ciencia o arte, no acredita lo que le dijo el examinado, porque ese tema no es objeto de su percepción directa. Si lo que se pretende es llevar al juicio la declaración de la menor ofrecida a los médicos o ante la psicóloga como prueba de referencia admisible, se debe solicitar su incorporación en ese sentido, siguiendo las líneas del debido proceso.”

Mas, contra toda lógica, el defensor se queja de lo contrario, de que no se hayan incorporado, por la pasividad de la fiscalía, declaraciones anteriores de la menor -lo que de paso podría ocasionar el riesgo de no probar su teoría del caso—, sin indicar siquiera cuál sería su utilidad de hacerlo, o si se menoscabó el derecho de defensa porque no le fueron descubiertas -lo que si se hizo, como se constata de la sola lectura del escrito de acusación¹—, o si se le impidió impugnar la credibilidad de la testigo.

En fin, bajo el principio de igualdad de armas, si tal era la importancia de las declaraciones anteriores al juicio, la defensa las podía utilizar como prueba de referencia, si se cumplían las condiciones procesales para hacerlo, o para impugnar credibilidad y no quedarse en el reproche de que la fiscalía no hizo uso de ellas.

Adicionalmente, contra el principio de autonomía de las partes, estima que la fiscalía ha debido solicitar un sin número de exámenes psicológicos y médicos para probar su teoría del caso. Esa tesis está fuera de toda consideración. Además de las razones expuestas, no se ve cuál sería la utilidad de que a la menor la examinara un médico legista, si la niña no dijo que fue accedida, sino manoseada, rastros que, por regla general, si no se ejerce violencia, no se detectan con el examen clínico forense.

Tercero. Dilucidados esos aspectos, se debe señalar que la declaración de GLG es creíble. Permite construir una visión aproximada y racional de la verdad. Explicó por qué fue a la casa de William Mosquera García -a solicitar un juego didáctico, ya que la esposa de éste contaba con ese tipo de objetos— y cómo fue agredida.

Al ser preguntada si alguien le tocó sus partes íntimas, inicialmente manifestó: “el señor que me iba a tratar de hacer eso, él me comenzó a tocar los senos y me iba a desabrochar el pantalón y me dio un beso en la boca y me agarró fuerte de los brazos.”² Luego, al ser interrogada cuantas veces, dijo: “Me tocó por encima de la ropa, una vez, me dio un beso en la boca y me agarró duro.”³

Después comentó que todo eso ocurrió a eso de las 9 de la noche, sin recordar la fecha. En detalle, explicó por qué fue a la casa de Víctor Mosquera y como se produjo el desenlace:

“Porque es que yo necesitaba unos juegos didácticos para llevar al colegio, entonces yo primero fui donde una vecina y me dijo que no que ella no tenía, pero si tenía la esposa de William, entonces yo fui porque como ellos tienen una guardería, entonces yo le pregunté y le dije está su esposa, y él dijo si vaya que ella está organizando el salón, entonces yo entré y cuando vi todo solo me asusté, entonces yo fui a buscar cuando él se metió y me comenzó a decir que como estaba de largo el cabello, de bonito, me comenzó a dar besos en la boca, a abrazarme, a tocarme los senos, y me iba desabrochar el pantalón, y me comenzó a agarrar duro de los brazos.”⁴

Detalló que huyó del sitio en el momento exacto en que logró zafarse del agresor, pidiendo inmediatamente ayuda a su madre. Expresó:

“Yo me puse nerviosa y en un momento que alzó el brazo, y pus yo le pude meter un golpe en la espalda y ahí fue donde yo pude salir corriendo.”

Por el clamor de la menor, hecho que percibió directamente, su madre corroboró el pedido de ayuda, la hora y el día en que eso ocurrió, así no le conste cómo fue agredida su hija.

De otra parte, el agente de policía Ronald Urrea, quien estaba cerca y acudió al lugar, e incluso capturó a William Mosquera García, también se enteró de la queja de la menor y del abuso del que dijo que fue objeto. Si bien el agente, pese a que realizó la captura, tampoco presenció el ataque, constató la hora y el día en que intervino, el estado emocional de la menor y la explicación que sobre ese estado, por lo que entendió que podía aprehender al ciudadano ante las voces de auxilio de la gente que estaba aglutinada en el lugar, que le decían que “momentos antes” había ocurrido una agresión sexual.⁵

Ahora, no es que con la declaración del agente de policía se pueda decir que la agresión sexual ocurrió en la forma como la menor la contó -ese conocimiento es de referencia—, pero con su testimonio si se puede establecer la fecha en que se presentó el suceso, la hora -que curiosamente el juez de primera instancia desestimó sin razón para demeritar la versión de la víctima — y el estado de ánimo de GLG y de su madre, afectadas intensamente por haber sido, momentos antes, objeto de un ataque sexual.

En ese contexto se debe decir que la regla de experiencia indica que generalmente este tipo de agresiones sexuales rara vez se conocen en el mismo instante en que ocurren. En este caso, la menor logró evitar que la acción continuara y pidió auxilio inmediatamente, de manera que las personas que se enteraron de ese acontecimiento, pudieron percibir la reacción de la menor, la causa de su llamado de ayuda y el estado emocional en que se encontraba, así no hubiesen presenciado la agresión.

De manera que la prueba periférica permite sostener que la declaración de GLG es creíble. En este sentido no se puede decir que sea periférica -o mejor complementaria—, únicamente la prueba técnica, como lo sugiere el recurrente, sino toda aquella que ayuda a establecer si la declaración de la testigo es convincente. Dicho de otro modo, el testimonio tiene mayor credibilidad si se corrobora con evidencias distintas a la “declaración dada”. Este enunciado que es una manifestación de la sana crítica, no se reduce a sostener que solo la prueba técnica ayuda a conferirle mayor credibilidad a la víctima, puesto que en un sistema de libertad probatoria esos límites no son admisibles.

Ahora, los exámenes psicológicos ayudan a establecer las secuelas de atentados sexuales y la fiscalía podía y debía, con más sensibilidad y compromiso, para evitar riesgos de impunidad, probar las secuelas que dejó la agresión y no limitarse a que fuera la madre quien dijera que con ocasión del ataque su hija se denota nerviosa, se orina en la cama y se encuentra en tratamiento psicológico. Con esas referencias, nada impedía solicitar el concepto del experto que atendía a la niña y no basar en la percepción de la mamá de la menor la constatación de aspectos técnicos. Sin embargo, eso no afecta la credibilidad de la declaración de GLG, ni la prueba que corrobora su versión -las declaraciones de su madre y del agente Urrea—, con la cual se demostraron otros aspectos relevantes que le confieren credibilidad al testimonio de GLG: la coetaneidad entre su solicitud de auxilio y la intervención del agente de policía, hecho probado que permite inferir que la niña no ideó lo que vivió.

Por último, la credibilidad de la declaración de la menor no se puede poner en tela de juicio con declaraciones dudosas con las que se pretende probar que los hechos no sucedieron como ella los contó. En este sentido, Gustavo Mosquera pretendió hacer creer que estuvo en el inmueble con su tío cuando se habría presentado la agresión, pero esa versión la puso en evidencia Esterlisa Murillo, quien dijo que Gustavo Mosquera llegó después a la escena del delito. En su relato, de otra parte, Esterlisa Murillo, aseguró que cuando llegó todo estaba en calma y no se percató de escándalos. Sin embargo, esa afirmación no puede ser

cierta, pues el agente Ronald Urrea dejó en claro en su informe y en su declaración, de la aglomeración de gente en el lugar ante el escándalo del abuso sexual.⁶

Tampoco tiene incidencia que la abogada María Duque, del Bienestar Familiar, sin seguir los protocolos, hubiera entrevistado a la menor, pues esa versión por fuera del juicio no se incorporó al proceso, ni se apreció como prueba y la declaración de la abogada tampoco tiene un peso específico en la decisión.

En conclusión, al contrario de la curiosa decisión del juzgado, la sentencia proferida por el Tribunal corresponde a lo probado y debe mantenerse, pues la declaración de GLG permite constatar, con solvencia y más allá de toda duda, la ejecución de la conducta, consistente en haber realizado actos sexuales con una menor de 14 años, conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal, y la responsabilidad del acusado en ella.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia condenatoria de segunda instancia materia de impugnación.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confirmar la sentencia condenatoria proferida por el tribunal Superior de Buga, el 3 de marzo de 2023, por medio de la cual condenó por primera vez, en segunda instancia, a William Mosquera García, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

PERMISO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

- 1 Fl. 44 carpeta juzgado.
- 2 Minuto: 1:02:17 audiencia del 9 de octubre de 2019.
- 3 Minuto 1:03:32
- 4 Minuto 1_06:47
- 5 Audiencia del 27 de enero de 2020, minuto 22.01
- 6 Minuto 21:42

Calle 12 No. 7 - 65 Palacio de Justicia - Bogotá, Colombia.

PBX: (571) 562 20 00 Exts.1126 -1142 - 1143 - 1144 - 1145 Fax: 1125 - 1428

www.cortesuprema.gov.co