



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, siete (07) de julio de dos mil catorce (2014)

RADICADO	05-266-60-00203-2010-05618
PROCESADO	JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ
DELITO	ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADOS
PROCEDENCIA	JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del nueve (09) de junio de dos mil catorce (2014), mediante Acta Nro. 50 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Dra. Sandra Viviana Álvarez Tabares Fiscal 254 Seccional, contra la sentencia absolutoria proferida en favor del señor JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ el pasado 29 de mayo de 2013 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caldas (Antioquia).

2. HECHOS

El 23 de marzo del año 2010, fue valorada por una psicóloga de la Comisaría de Familia del municipio de Caldas, la menor L.F.J.S. de 13 años de edad (para esa fecha) quien manifestó haber sido víctima de abuso sexual por parte de su primo JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ. Según la menor, su pariente la invitó a comprar unos pañales para un hijo de él, pero

terminó llevándola a un apartamento, diciéndole que quería hacerla suya, ser su primera vez y cuando ella opuso resistencia, éste la tomó por la fuerza, la metió a la cama, le quitó la ropa y la penetró. Concluido lo anterior, la llevó a la casa.

Expresa que luego el señor Jhony Alexis le pidió a la abuela que lo dejara quedar en la casa, razón por la cual le fue asignada la cama donde generalmente dormía la menor L.F.J.S. y ésta se acostó a dormir en la cama de la abuela, pues todos dormían en la misma habitación. Afirma que al amanecer, la abuela se despertó porque sintió la cama moviéndose y al mirar vió a Jhony Alexis encima de la menor, la cual tenía el pantaloncito de pijama bajado, por ello le hizo el reclamo a lo cual este se tiró al piso y luego se subió a la cama que le fue asignada inicialmente.

3. RECUENTO PROCESAL

El 3 de febrero de 2011, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Caldas, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura; así mismo se le formuló imputación al señor JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ como autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, no obstante éste no se allanó a los cargos. Igualmente, por solicitud de la fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento al Juzgado Promiscuo del Circuito de Caldas, ante el cual se llevó a cabo la audiencia de acusación, donde se adicionó la imputación en el sentido de acusarlo por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados por el numeral 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal. Seguidamente se continuó el trámite, celebrando las audiencias preparatoria y de juicio oral. Finalmente, el 29 de mayo de 2013, se profirió sentencia absolutoria a favor del procesado, la cual fue impugnada tanto por la Fiscalía como por la representante de la víctima.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Juez Promiscua del Circuito con Función de Conocimiento de Caldas, luego de hacer un recuento de las pruebas practicadas durante la audiencia de juicio oral, concluyó que la Fiscalía no logró cumplir con la carga de la prueba que le era exigible, pues son muchas las dudas que afloran en relación con la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del joven Jhony Alexis en la ejecución del mismo, ya que si bien está demostrado que la menor presenta desfloración antigua y además padece una enfermedad de transmisión sexual, ello no significa que el hecho hubiese ocurrido como ella lo narró, ni que el acusado sea el autor del mismo.

Expresa que la declaración de la menor en el juicio muestra imprecisiones en la forma como recuerda el hecho, su comportamiento tampoco generó confianza a la juzgadora, en la medida en que el llanto era de una intensidad inusitada en el tiempo, lo cual impidió que su dicho cobrara credibilidad. Por otro lado la vehemencia con la que se expresaba no parece propia de quien cuenta su drama en forma espontánea, sino de quien busca generar impacto en los destinatarios de su discurso.

Afirma el despacho que no encuentra explicación para que la menor entrara al apartamento y pese a que el procesado le dijo que iba a hacerla mujer, accediera a subir al segundo nivel sin gritar, ni pedir ayuda. Por otro lado, llama la atención que sea descriptiva en algunas cosas, como cuando habla del maltrato físico, pero no dice cómo se produjo el mismo, además no se explica cómo pudo ser dominada por quien tenía el hombro dislocado, sin un arma, y luego del suceso aceptara regresar con su agresor a su casa en moto, pues si bien es probable que no conociera la zona -como afirmó en el juicio- precisamente por ser natural de Venezuela y haber vivido la mayor parte de su vida en ese país, lo cierto es que es muy extraño que 9 meses después de los hechos, lograra ubicar al investigador en el lugar exacto en que supuestamente sucedieron, siendo que la zona le era desconocida.

Tampoco resulta lógico que su primo insistiera esa misma noche en dormir en su casa, pocas horas después de haber estado con ella, sin tener

ninguna certeza de que la menor guardaría silencio frente a lo ocurrido. Asegura que son múltiples los aspectos que llevan al despacho a pensar que se trata de una mentira de la menor, pues en ocasiones dice que le contó a su madre al día siguiente y en otras dice que fueron varios días después. Por su parte, su progenitora dice que denunció el hecho a mediados de febrero, pero al pedirle que leyera la denuncia se evidenció que la fecha de ésta es del 23 de marzo de 2010, lo cual no tiene explicación.

En cuanto a la valoración de la menor por el médico legista se tiene que aconteció el 24 de marzo de 2010 quedando claro que presentaba un desgarramiento antiguo en su himen, antigüedad que se estima pasados 12 días o más desde la ocurrencia del hecho. Adicionalmente llama la atención que la madre de la menor dijera que el periodo menstrual de esta ocurre en los primeros 10 días del mes y le dura 5 o 6 días, sin embargo según la ofendida los hechos ocurrieron el 20 de febrero y en esa época aún tenía el periodo, lo cual es bastante cuestionable. Igualmente le sorprende que tanto la madre como la hija no recuerden fechas exactas, pero la ofendida sí recuerde con precisión los muebles y enseres del inmueble, en un momento en que estaba en una situación que se entendería es bastante traumática y al mismo tiempo se muestre imprecisa en cuanto al instante en que comunicó a su progenitora lo ocurrido

En relación con el segundo hecho ocurrido en la casa de abuela, quedó claro que la señora Sinforsosa Suárez vive en una residencia pequeña con una habitación y el comedor, pero es que esa noche además de la menor, la abuela y el procesado, en un espacio contiguo se ubica el dormitorio de la señora Rubiela y dos menores de edad más, resultando extraño que éstos no se percataran de la situación y que el procesado no pensara que L.F. no reaccionaría y llamaría la atención de sus parientes. Recuerda que la señora Aura Rubiela Jiménez, compareció al juicio y en ese afirmó que esa noche recordó cuando su madre regañó a su sobrina L, diciéndole “*que estás haciendo ahí culi-cagada, solapada*” y que al día siguiente, cuando interrogó a la menor sobre lo ocurrido, lo único que le dijo es que sufría de sonambulismo.

Por otro lado cuestiona la tranquilidad con la cual la menor narró los hechos a la psicóloga investigadora, pues no se mostró agobiada cuando narró lo ocurrido, situación que contrasta con su declaración en el juicio oral, donde se mostró bastante alterada y en una actitud que no inspira confianza en punto a sus dichos.

Sobre el hecho de que LF contrajo una enfermedad de transmisión sexual, concretamente el virus del papiloma humano, si bien el médico legista dejó sentado que encontró en la menor condilomas indicativos de la patología señalada, también es verdad que la cito-histecnóloga del Hospital San Vicente de Paúl expuso que dicha enfermedad puede tardar meses y hasta años en aparecer, además el acusado se sometió a exámenes, pero no se halló ninguna huella de la cual se pudiera inferir que padecía o sufrió en el pasado dicha enfermedad. Sumado a ello, la madre de la menor expuso que su mismo padre biológico intentó abusar de ella cuando la conoció, lo cual genera una duda insuperable en relación con la persona que accedió a la ofendida.

Resulta extraño que la víctima conozca aspectos tan personales e íntimos de la vida de su primo, detalles que evidencian un interés más allá del que normalmente se tiene con una persona con vínculo de consanguinidad, tampoco es absurdo pensar que la menor tenía un interés en su primo, pues la misma madre del hijo de este contó que cuando L.F se enteró de su relación tuvo una reacción de rechazo. Igualmente destaca que el mismo día en que supuestamente ocurrió el abuso, la menor se haya acostado a menos de un metro de su agresor, pretextando que en el rincón de su abuela no estaba bien por la afección física que la aquejaba, comportamiento que no se espera de quien ha padecido un ataque tan traumático como el que ella narró.

En cuanto al testimonio del profesor de la menor L.F. se extrae que no evidenció rasgos que llevaran a sospechar su dicho, por el contrario siempre fue inteligente y de comportamiento normal, solo tuvo roces con los compañeros porque era de otro país y con acento diferente, pero nunca la

vió retraía, con llanto o emocionalmente afectada. Respecto a la psicóloga adscrita a Medicina Legal, a pesar de que su técnica en la entrevista fue adecuada, lo cierto es que sus conclusiones resultaron erradas, pues adujo que según el reporte académico de la menor de los años 2009 y 2010 encontró que en el primero mostró interés en el aprendizaje, mientras que en el segundo su actitud era de apatía y bajo desempeño, sin tener en cuenta que la joven solo ingresó a la institución educativa en el año 2010, por lo que no había reporte del año 2009, lo que significa que la perito se refería a que la niña tenía rasgos positivos de estudio en el año 2010 y que su bajo desempeño solo se dio en el 2011, tal y como lo aseveró el profesor Londoño Botero.

En cuanto a los demás testigos, solo pueden dar fe que ese 20 de febrero vieron al procesado en compañía de su prima, con unos paquetes, que llevaron los pañales y otras cosas a su hijo y que ninguno mostraba ningún tipo de actitud o aspecto extraño, sin que se evidencie en su declaración algún interés en querer favorecer o desfavorecer al acusado. Esté último, en su declaración negó cualquier tipo de acercamiento sexual para con la menor L.F., describió la casa de su abuela, lo estrecho de las instalaciones y el hecho de que solo tenga dos camas, separadas por escasos 40 centímetros, sin que pueda darse ninguna privacidad, pues vive la señora Sinforosa, su tía Rubiela, los niños y un tío, lo cual coincide con los demás testigos.

Por otro lado cuestiona que la menor haya dicho que el conducía una moto cuando solo tiene pase para carro y nunca ha tenido motocicleta, que no conoce la casa de Idalia ya que era la casa del ex esposo de esta y por ende no entiende como L.F. la describe, a menos que su primo Mauricio - que se mantiene con ella y le hizo un trasteo de las cosas de Idalia cuando iniciaron su convivencia- se lo haya descrito.

Por otro lado, para la juez de conocimiento la menor presenta problemas que la han llevado a tener comportamientos suicidas, los cuales tienen su origen en la situación de abuso sexual vivida, porque en verdad fue víctima

de un abuso y ello se concluye de la declaración de la psiquiatra que la atendió en el hospital mental, cuando fue internada debido a que intentó quitarse la vida, sin embargo ello es insuficiente para predicar la responsabilidad del acusado en los hechos investigados.

En conclusión, la fiscalía no logró llevar al despacho al convencimiento necesario para condenar al acusado, y por ende se emitió a su favor sentencia absolutoria.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, la Fiscalía y la representante de las víctimas apelan el mismo, esgrimiendo las siguientes razones:

5.1. LA FISCALÍA solicita revocar la decisión de primer grado, pues a su juicio existe prueba mas allá de toda duda razonable acerca de los hechos y las circunstancias materiales del juicio así como de la responsabilidad penal del acusado. Refiere que en el fallo se omitió el análisis de elementos materiales probatorios que de haberse examinado habrían dado como resultado una sentencia condenatoria.

Critica que se haya restado valor a la perito psicóloga Yaneth Monterrosa concluyó que la menor coincidía con lo que refiere la literatura como abuso sexual y en ello había una impresión diagnóstica muy valida, pues se fundamenta en expertos de psiquiatría y además ella dijo que la menor hablaba de algo real, que no era fantasioso pero sobre esto nada se dijo en la sentencia, pues considera que no se hizo una interpretación adecuada del conjunto de elementos de prueba, de lo manifestado por los expertos y los testigos tanto de cargo como de descargo.

Por otro lado, se desconoce el dicho de la menor para darle credibilidad a unos testigos que tienen un interés en el resultado de la investigación y que inclusive amenazaron a la víctima, contraviniendo lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia sobre el valor que debe otorgársele al testimonio del

niño o niña en el juicio oral, además ello desatiende los estudios de psicología experimental y contraviene la reglas de la sana crítica.

En este punto, realiza una extensa cita sobre el carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de la Corte Constitucional, para concluir que se debe hacer un equilibrio y un raciocinio profundo conforme la sana crítica y lo dicho por los expertos sobre la falta de déficit mental de la menor, para efectos de dictar una sentencia condenatoria.

Insiste en que es normal que el llanto de la menor surja espontáneamente, más cuando es expuesto en la misma sala frente a su agresor, además porque ello implica recordar la situación vivida, derivada de su propia experiencia. Tampoco encuentra anómalo que haya dicho que el procesado le desabrochó el pantalón y que eso coincida con la misma manifestación que hizo cuando su padre la pretendió acceder, pues es normal que los agresores busquen la forma de lograr su cometido, mas tratándose de una niña que siempre utiliza jeans.

Expresa que en este caso se trata de un acceso carnal abusivo y actos sexuales no por que haya existido violencia, sino porque la víctima era una menor de 13 años, cuyas barreras de contención están disminuidas. Precisamente por ello es que existe una prohibición legal de que los menores de 14 años no tienen capacidad de decidir sobre su sexualidad. En este caso, la menor fue llevada a una casa por el agresor mediante engaños, porque confiaba en su primo, entonces no se entiende como la A quo acepta que hubo desfloración y además se detectó una enfermedad de transmisión sexual, pero no tuvo en cuenta que el legista dictaminó que al momento de la valoración no había signos de contaminación venérea, por lo que si el contagio de la enfermedad hubiese surgido inmediatamente no tendría nexo con lo que le hizo su primo, pues como dijo el legista esta infección puede ser de 2 a 3 meses, aspecto que no fue objeto de análisis.

Expone que si bien la menor al momento del juicio no recordaba la fecha de los hechos, pero al médico legista si le informó la misma, no es razón para

restarle credibilidad, pues desde la ocurrencia del suceso al juicio habían transcurrido mas de 2 años, contrario a los testigos de la defensa, que a pesar de que ese día no ocurrió nada anormal, todos recordaron que era sábado y también donde se encontraban así como las actividades que estaban desarrollando. Mucho menos se analizó el informe técnico medico legal efectuado por el Dr. José Tránsito Pichott acerca de que la menor el 23 de febrero de 2011 fue agredida por la hermana del acusado, circunstancia que fue objeto de análisis, y que resulta relevante, pues esta testigo fue enunciada en la preparatoria, pero nunca compareció al juicio oral, lo cual demuestra que la menor dijo la verdad cuando expuso que era objeto de amenazas y por eso se le ingresó en el programa de protección de testigos de la Fiscalía.

De otro lado señala que el inmueble donde ocurrió el hecho resultó tener una conexión con el acusado y es que perteneció al ex compañero permanente de IDALIA LOPERA, una amiga sentimental del procesado, pero de la cual no se aportó prueba que conociera a la víctima, además el hecho de que el reconocimiento de la misma haya sido 9 meses después obedece a la demora en las órdenes de policía judicial y que para ese momento la menor tenía mas conocimiento del municipio de Caldas. En este orden, es claro que la menor si estuvo en ese lugar, pues de que otra forma se explica que conociera el interior de una vivienda, sino estuvo en ella.

Igualmente resulta muy sospechoso que esta testigo, en su declaración tratara de favorecer al procesado, diciendo que se fue a vivir con él en el mes de febrero de 2010 en la casa de la madre de este, y que se llevó la fotografía de su anterior esposo, cuando ella tenía casa propia y además la menor vió la fotografía colgada en su residencia, lo que indica que nunca la sacó de ese lugar.

Refiere que no es relevante que la menor en la entrevista de la cámara Gessell, se mostrara tranquila y en el juicio alterada, porque son dos escenarios diferentes, siendo el segundo mucho más traumático, y tampoco si tenia o no el periodo menstrual, pues ello no incide en el hecho del abuso.

Señala que tanto el acceso carnal abusivo como los actos sexuales efectivamente ocurrieron, pues existen muchas coincidencias en las afirmaciones entre la víctima y el acusado ambos coinciden en que en febrero de 2010 salieron a comprar los pañales para el hijo del procesado, hecho que fue corroborado por su tía Aura Rubiela, por lo que las circunstancias antecedentes de tiempo y lugar están demostradas.

En cuanto a la que joven que tiene un hijo con el acusado, no le merece credibilidad, pues no solo trató de agredir a la menor ofendida, sino que es claro su interés de favorecer al procesado para que quede en libertad, además es mendaz al traer a colación un presunto enamoramiento de la víctima hacia Jhony Alexis y que le tenía celos a ella, cuando la víctima dijo que solo la vió dos veces en el año 2007, es decir, antes de quedar en embarazo y cuando la menor solo tenía 11 años.

Dice que las contradicciones tornan sospechosas las declaraciones de los testigos de descargo, sobre todo en relación con la hora en que salieron a comprar los pañales y fueron vistos por los familiares, además no se demostró ningún interés de la menor en perjudicarlo, por el contrario esta era recién llegada de Venezuela, fue engañada por el acusado que la llevó a la residencia de su amiga íntima, un hombre de 25 años con una amplia experiencia sexual que sucumbió a los encantos de una niña de 13 años, por lo que la teoría de la defensa de mostrarla como una depredadora sexual para restarle valor a su dicho, sin tener en cuenta su integridad y buen nombre.

En cuanto a la declaración de la psicóloga, se aclaró que la documentación que hacía referencia al año 2009 fue por error del Colegio, pues ellos confirmaron que la menor ingreso al grado sexto en el año 2010 y séptimo en el 2011, fecha en que debió abandonar sus estudios por las amenazas de que fue objeto, pero lo cierto es que sus conclusiones sobre el estado mental de la menor quedó claro que su intento de suicidio se dio luego del abuso sexual.

Conforme lo expuesto, la delegada de la Fiscalía solicita revocar el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caldas y en su lugar, condenar al señor Tirado Jiménez por las conductas punibles por las cuales resultó acusado.

5.2. LA REPRESENTANTE DE LA VÍCTIMA también impugnó el fallo por considerar que en este caso no existe duda de la responsabilidad del procesado, por el contrario, la prueba testimonial practicada en el juicio arroja una conclusión diferente, pues un análisis profundo del testimonio de la menor evidencia que es coherente, persistente y confiable, además coincide con otras pruebas, en especial lo relativo a los sitios, momentos y lugares, ya que las imprecisiones en que incurre son de poca monta frente a lo esencial.

Afirma que frente al acceso carnal abusivo se demostró que la menor ofendida el 20 de febrero de 2010 recibió una llamada del acusado donde le dice que pidiera permiso a la abuela para acompañarlo a comprar unos pañales, pero en realidad la llevó a un apartamento supuestamente para sacar un dinero, pero una vez adentro le dijo que la iba a hacer mujer, y a pesar la resistencia que la joven opuso, este la arrojó a al cama y abusó sexualmente de ella, luego de lo cual tuvo que esperarlo para regresar a su casa, porque no sabía regresar por sus propios medios. En este orden, es evidente el aprovechamiento abusivo del procesado dada la condición de inmadurez de la víctima, derivada de su minoría de edad.

Sumado a ello se tiene que distintos profesionales dieron cuenta del acceso carnal abusivo de la menor, al consignar en el informe técnico médico legal sexológico la desfloración antigua que se evidenciaba de la ofendida, aún cuando no se encontraron signos de embarazo o contaminación venérea.

Expresa que a pesar de que la declaración de la menor no generó confianza en la juez dado el llanto excesivo que tuvo, lo cierto es que ello no puede interpretarse como una forma de convencer en la audiencia, sino que era debido a que sabía que el procesado se encontraba en la misma sala, sin

mencionar que en las afueras del edificio estaban los parientes de este que siempre fueron violentos y agresivos con ella desde que se produjo la captura de Jhony Alexis, lo que llevó a la fiscalía a incluirla en el programa de protección a testigo, debiendo abandonar su estudio y su madre el trabajo.

Aduce que toda la familia se solidarizó con el procesado y no con la víctima menor de edad, lo que es explicable si se tiene en cuenta que estos eran mas cercanos a este que a la menor que hacia pocos meses había llegado de Venezuela. En cuanto al acto sexual abusivo, quedó claro que el acusado aprovechó el día que amaneció en casa de su abuela y cerca de la menor para montársele sin respetar a su pariente, quien sintió un movimiento extraño en la cama y terminó regañando a su nieto y obligando a la joven a dormir en el rincón, ratificándose así el dicho de la menor sobre que este esa noche le toco la nalga y los senos.

Ahora, si bien es verdad que tanto la madre como la menor dieron cuenta de que el padre biológico de esta intentó abusar de ella, lo cierto es que cuando la joven llegó al municipio de Caldas no presentaba consecuencias o trauma, solo aparecieron estos cuando fue accedida carnalmente, lo cual es perfectamente entendible, tratándose de este tipo de conductas punibles, pues el trauma le generó ansiedad, depresión e incluso un intento de suicidio por el cual estuvo hospitalizada, y donde recibió tratamiento psiquiátrico.

Por lo expuesto es que solicita revocar la decisión de primera instancia y condenar al procesado.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

La defensa en condición de no recurrente solicitó confirmar el fallo de primera instancia, pues en este caso se demostró que el procesado no tenía motocicleta para la fecha de los hechos, además se probó que la desfloración de la menor era antigua, que su defendido no presentaba

ninguna enfermedad de transmisión sexual y que existían múltiples inconsistencias en el relato de la menor, de ahí que en este caso deba aplicarse el principio de presunción de inocencia ya que la fiscalía no cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad de su defendido en los hechos investigados.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de Caldas, despacho que profirió la providencia enervada.

En el asunto puesto a consideración de la Sala, tanto la Fiscalía como la representante de la víctima plantean varios problemas jurídicos que serán abordados en el siguiente orden: en primer lugar, se examinará si conforme a la prueba recopilada en el juicio oral, se puede predicar la existencia de las conductas punibles de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de 14 años agravados. Establecido lo anterior, se analizará la prueba testimonial de la fiscalía y la defensa, en especial la declaración de la menor ofendida y las reglas para su valoración, a fin de determinar si la misma es suficiente para predicar más allá de toda duda la responsabilidad del procesado o si debe mantenerse el fallo absolutorio.

Es sabido que la ley 906 de 2004 por medio de la cual se reglamenta el Acto legislativo 03 de 2002, consagra en su artículo 381 una exigencia dual para condenar penalmente un ciudadano, la cual consiste en tener *“el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio”*

Ahora bien, el primer presupuesto normativo sentado en precedencia, alude a la existencia del delito, el cual debe ser conforme con aquel por el cual la Fiscalía -con probabilidad de verdad- acusó -en este caso- al señor JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ y que corresponde según la acusación a los

delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, contenido en el artículo 208 del Código Penal en concurso con ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS contenido en el artículo 209 Ibíd., ambas conductas agravadas por los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal que disponen un incremento de una tercera parte a la mitad cuando *“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”* y cuando *“La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes”*.

En virtud de lo anterior, se tiene que con estas infracciones contra el ordenamiento penal, se vulnera principalmente, los valores de la libertad y formación sexual, así como de la dignidad humana inherentes al ser humano. Las condiciones particulares relacionadas con la minoría de edad de las víctimas, las imposibilitan para efectuar el acoplamiento carnal o la realización de maniobras con connotación lúbrica, dada su inmadurez e incapacidad psíquica y física, impidiendo que las comprenda y que realice un uso adecuado de la actividad con pleno dominio de la misma.

Esto por cuanto el legislador estimó que las personas menores de 14 años, no se encuentran en condiciones de determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, ni de asumir las consecuencias propias del acceso carnal o de cualquier acto sexual, máxime tratándose de dos personas como las que nos ocupan, las cuales poseen una doble debilidad manifiesta, debido no solo a su inmadurez mental, sino a las precarias condiciones económicas en que viven. Es una presunción de carácter absoluto, *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, y que tiende a proteger el desarrollo sexual de los menores de edad.

Pues bien, de las pruebas practicadas en el juicio oral se tiene demostrado que la menor LFJS de 13 años de edad para febrero de 2010 se encontraba viviendo con su abuela, la señora Sinforoza Suarez en el barrio fundadores

del municipio de Caldas, cuando en horas de la tarde fue invitada por su primo Jhony Alexis a comprar pañales para el hijo de este, sin embargo, según la menor, su pariente la llevó hasta una residencia desconocida y la hizo entrar diciéndole que iban a reclamar un dinero, no obstante una vez en el interior de la vivienda, la condujo hasta el segundo piso, la arrojó sobre una cama y la accedió carnalmente.

Expresa la víctima que no contento con lo anterior, el señor Tirado Jiménez, ese mismo día le pidió permiso a su abuela para quedarse amaneciendo en la casa, y como quiera que la vivienda era pequeña, este se acostó en la habitación de la señora Sinforosa, donde esta dormía con la menor LF en una cama doble; señalando que entrada la noche su primo se le montó encima tratando de repetir lo ocurrido en horas de la tarde, pero no pudo hacerlo porque su abuela se despertó con el movimiento y la acostó en el rincón, mientras que a él, lo mandó de nuevo para su cama.

En vista de lo ocurrido, la menor se comunicó telefónicamente con su madre, la señora Gloria Eugenia Jiménez Suarez quien se encontraba en esos momentos en Venezuela realizando unas diligencias y le narró los vejámenes sexuales de que fue objeto. Su madre, le dijo que se quedara callada mientras ella regresaba y así lo hizo la joven, hasta el mes de marzo que su progenitora retornó a Colombia y la llevó a la Comisaría de Familia del municipio de Caldas a denunciar el suceso.

Una vez recibida la noticia criminal, los funcionarios de la Comisaría remitieron la menor a Medicina Legal para que le practicaran un examen sexológico, el cual se llevó a cabo el 24 de marzo de 2010 por parte del Dr. José Transito Pichott Padilla, quien concluyó lo siguiente: *“menor de 13 años de edad con buen estado nutricional, sin déficit mental ni neurológico, con himen anular con desgarramiento mayor a 12 días”*. Posteriormente, estando el proceso en investigación, la Fiscalía remitió nuevamente a la joven LFJS a medicina legal, esta vez para que se determinara si presentaba enfermedad de transmisión sexual, siendo atendida nuevamente por el Dr. Pichott Padilla el 30 de marzo de 2011, quien señaló en su informe médico legal lo siguiente:

RADICADO: 05-266-60-00203-2010-05618
PROCESADO: JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

“las lesiones halladas en la joven LFJS son consistentes con condilomas acuminados, infección viral causada por el virus del papiloma humano (VPH) por afectar piel y mucosas de región anogenital indica que es de transmisión sexual; el periodo de incubación de esta infección puede ser de 2 a 3 meses o de años...”
en conclusión, *“la paciente presenta verrugas genitales sugestivas de contaminación venérea”*

En este orden de cosas podemos señalar que los dictámenes que anteceden, se corresponden fehacientemente con lo declarado por la menor en las diferentes entrevistas y exámenes psicológicos a los que fue sometida y si a esto se suma la edad que tenía para la fecha de los hechos (febrero de 2010), se puede inferir razonablemente la existencia del punible consagrado en el artículo 208 del Código Penal, norma que se acompasa con el artículo 212 ídem, que define el acceso carnal como *“la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”*.

En cuanto a los actos sexuales acontecidos ese mismo día en horas de la noche, a pesar de que la única testigo presencial del hecho, esto es, la señora SINFOROZA SUAREZ se rehusó a declarar en el juicio oral, amparándose en el artículo 33 de la Constitución Política, lo cierto es que en el proceso existen numerosas declaraciones donde consta que el señor Jhony Alexis si pernotó una noche en casa de su abuela y durante la misma se presentó un incidente, por lo que no puede descartarse de entrada la ocurrencia de los tocamientos, solo porque no existan huellas o rastros de los mismos, cuando el hecho principal, que es acceso carnal abusivo como tal si está demostrado, de ahí que sobre esta imputación -que se considera verídica- deberá hacerse un análisis de fondo, mas adelante, al analizar el segundo presupuesto del artículo 381 de la ley 906 de 2004.

En cuanto al segundo problema jurídico, se considera que los argumentos tanto de la Fiscalía como de la representante de la víctima están llamados a prosperar y que en este caso -a diferencia del criterio de la juez de primer grado- la prueba recaudada en el juicio conduce a la certeza mas allá de

toda duda razonable sobre la responsabilidad del procesado en los hechos objeto de investigación, como veremos a continuación:

En primer lugar, se tiene que la valoración del testimonio de la menor ofendida efectuada por la A quo resulta sumamente contradictoria y fuera de todo contexto, pues hace alusión a un sinnúmero de imprecisiones y datos en las fechas que realmente no se advierten en su declaración; por el contrario, a pesar de que en el conainterrogatorio el defensor trató de confundirla, lo cierto es que la joven LFJS siempre se caracterizó por un lenguaje claro y por suministrar un relato lógico de los episodios vividos, sin mencionar que brindó detalles exactos relacionados con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, sin que las explicaciones dadas por parte del procesado resulten convincentes, sobre todo porque las mismas carecen de soporte probatorio alguno.

Por ejemplo, la menor dice que cuando acompañó a su primo Jhony Alexis a comprar los pañales para su hijo menor, este -con el pretexto de reclamar un dinero- la condujo hasta un apartamento que quedaba ubicado como en un cerro y se subía por unas escalas; que al ingresar a la vivienda, este cerró la puerta y la subió a una pieza donde le desabrochó el pantalón y la violó. Aquí se advierte una confusión en la juez de primer grado, pues cuando afirma que no encontró explicación alguna para que la menor -luego de que su primo le dijo que iba a hacerla mujer- hubiese accedido a subir voluntariamente hasta la habitación, no tuvo en cuenta que ella sí subió en forma intencional unas escalas, pero fueron las que quedaban ubicadas fuera del inmueble, es decir las que conducían al apartamento, pero las que se encontraban dentro de este y que llevaban al segundo piso, las subió forzada por el procesado.

Sumado a ello, la funcionaria de conocimiento dijo que le parecía muy extraño que la menor no hubiese pedido ayuda, ni haya gritado cuando este la condujo al segundo piso; que tampoco se explica cómo pudo darse un forcejeo entre una joven que no es menuda o débil con un sujeto que tenía el hombro dislocado, sin el uso de un arma o de promesa remuneratoria alguna. Al respecto considera la Sala que estos argumentos son totalmente

falaces, en primer lugar porque no todas las personas -y en especial los menores de edad- reaccionan de manera igual a como lo haría un adulto, es decir que frente a un ataque indiscriminado no pueden esperarse que se defiendan abiertamente, por el contrario, la mayor parte de las víctimas de este tipo de actos optan por aceptar el hecho en silencio y precisamente ello es lo que produce los episodios de stress post-traumático; como el que vivió la menor en el mes de diciembre de ese mismo año cuando intentó suicidarse; y en segundo lugar, porque no se probó que el señor Tirado Jiménez -para la fecha de los hechos- tuviese el hombro dislocado, como para pensar que tenía mermada su fuerza, pues ello fue una simple afirmación del acusado que no merece credibilidad alguna. Por otro lado, estamos hablando de un hombre de 28 años de edad frente a una menor de 13 años, y es claro que mientras el primero posee toda la fuerza propia de un hombre adulto, la segunda a duras penas se encuentra en proceso de crecimiento, por lo que resulta ilógico pensar que en un forcejeo, el victimario va a ser derrotado por una niña.

Así mismo, resulta bastante cuestionable que la juez de conocimiento y la defensa, hayan abordado el problema jurídico del caso como si se estuviese frente a un acceso carnal violento y no frente a un acceso carnal abusivo, tratando a la niña como una mujer experimentada, desenvuelta y rebelde, que estaba enamorada del procesado y con deseos de venganza ante su rechazo, olvidando que así hubiesen sido estas las circunstancias en que se presentó la relación sexual (que no lo fueron) la edad de la menor para la fecha de los hechos (13 años) prohibía cualquier tipo de acercamiento sexual con esta, independientemente de que esta desplegara una conducta atrevida, precisamente porque su minoría de edad le impedía asumir las consecuencias propias de cualquier acto sexual, ya que se presume que no está en condiciones de desplegar libremente su sexualidad.

Igualmente del registro de audio se pudo advertir que todos los testigos de descargo, la mayor parte tíos y familiares tanto de la víctima como del procesado, se dedicaron a desacreditar a la menor, tratándola como una niña desobediente, alborotada, irrespetuosa y altanera, todo lo contrario a

Jhony Alexis, al extremo de que parecía que se estuviera juzgando la conducta de la menor, sin embargo se itera, el hecho de la joven LFJS tuviese una personalidad extrovertida, no implica que por ello su testimonio deba descalificarse, menos que esa circunstancia justifique la reacción del procesado o atenúe su responsabilidad, aduciendo la existencia de un ofrecimiento, pues ese argumento no solo es un mito históricamente superado, sino que desconoce los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano en pro de la protección a la mujer víctima de este tipo de agresiones.

En efecto, Colombia hace parte de los Estados que han asumido una política pública internacional con perspectiva de género, que busca evitar la discriminación y asumir posturas efectivas para proteger los derechos fundamentales de la mujer víctima de toda forma de violencia.

Es así como en desarrollo de esos compromisos internacionales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado 23.508 señaló que los delitos sexuales atendiendo el marco normativo que acompaña nuestra legislación “...no sólo buscan prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres, sino que, al mismo tiempo, deben ser interpretados por todos los operadores de la norma, incluidos los defensores, de manera tal que no incorporen discriminación alguna en contra de aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro”¹.

(...)

Por lo tanto, ningún acto procesal del abogado en la interpretación del alcance del tipo de acceso carnal violento y de los demás delitos sexuales puede contener de forma explícita o implícita cualquier argumento, valoración o postura que atente en contra del derecho de la mujer de disfrutar una vida digna y libre de violencia,

¹Para efectos ilustrativos, pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia –Sala Penal– con radicado: 23.508 del 23 de septiembre de 2009, 27.595 de abril de 2010, entre otras

segregación o reincidencia en el papel de víctima, ni mucho menos derivar de una concreta situación de vulnerabilidad provecho alguno en beneficio del procesado”

En ese entendido, resultan inapropiados los argumentos de la A quo en lo que concierne al consentimiento tácito de la menor víctima de la agresión sexual, pues en este asunto, no se está discutiendo el comportamiento antecedente de la joven en cuestión, sino el acto mismo de abuso al que fue sometida por parte de su primo, no solo en contra de su voluntad, sino a sabiendas de que LF contaba con escasos 13 años de edad.

Volviendo al tema del testimonio de la menor, encuentra la Sala que las mencionadas inconsistencias relacionadas con la fecha en que la niña le contó lo sucedido a su madre no existen, pues al analizar su declaración, se evidencia un ámbito temporal de diferencia entre uno y tres días que no es relevante, como si lo hubiera sido que la menor hubiese dicho que le contó a los 15 días o al mes; eso no la hace mentirosa o le resta credibilidad a su dicho, además no puede decirse que fraguó una mentira en contra del procesado, cuando un examen médico legal sexológico demostró que en efecto esta había sido desflorada. Tampoco entiende la magistratura porque la A quo se limita a criticar que la menor desconocía la zona y que posteriormente pudo ubicar al investigador en la misma, pero no hizo mención alguna a la descripción que hizo del interior del inmueble y de los elementos que allí había, a pesar de que coinciden plenamente con la efectuada en el juicio por la señora Idalia Lopera Serna, propietaria de la vivienda donde ocurrió el suceso y novia del procesado para la fecha de los hechos.

Ahora bien, pese a que la joven LFJS no fue valorada de manera inmediata por las autoridades, debido a que tuvo que esperar que su madre regresara de Venezuela, lo cierto es que al momento de ser sometida al examen sexológico se encontró que tenía un himen con desgarró mayor a 12 días, lo que es concordante con los dichos de la menor y la fecha de los hechos, pues si el abuso sexual ocurrió a finales de febrero y la valoración médico legal fue el 24 de marzo, es lógico que el resultado hubiese arrojado un

desgarro antiguo, lo cual refuerza el testimonio de la menor. Si a eso le sumamos el diagnóstico de la citoistotecnóloga Yudi Eliana Cano Arboleda, quien refirió que en el examen que le hizo a la menor un año después, esto es el 5 de abril de 2011, halló presencia de condilomas producto de la infección del virus del papiloma humano, enfermedad de transmisión sexual y cuya incubación puede demorar de meses a años, junto con las pericias psicológicas de las Dras. Felicia Ramos Gil (quien examinó a la adolescente en diciembre de 2010 cuando estuvo hospitalizada por un intento de suicidio) y la Dra. Yaneth Monterrosa Martínez, profesional forense del grupo de psicología del Instituto Nacional de Medicina legal, quien concluyó esta *“tenía signos de ansiedad y una patología tipo síndrome de stress post-traumático, episodios depresivos y trastorno de adaptación que coincide con lo que la literatura científica anuncia en casos de abuso sexual”*, es evidente que el dicho de la menor ofrece total credibilidad, ya que analizado a la luz de la sana crítica, se ofrece claro y directo, frente a los vejámenes sexuales de que fue objeto.

De otro lado, a pesar de que se trató de hacer pasar a la menor como una joven enamorada de su primo, lo cierto es que ello es insuficiente para predicar la existencia de un nexo causal de una falsa imputación, pues tal y como se probó en el juicio oral, el acceso carnal que padeció la joven LF por parte de Jhony Alexis, dejó graves secuelas no solo psicológicas sino físicas en su humanidad, las cuales quedarán por siempre en su cuerpo, como para pensar que se trata de una maniobra para vengarse del procesado por el “desinterés” que este le demostraba.

En cuanto a los testigos de la defensa, a diferencia de lo planteado en la sentencia de primer grado, para esta magistratura es evidente que las declaraciones de los familiares y amigos del procesado carecen de objetividad, pues a más del cúmulo de contradicciones en que incurrieron, veremos como sus dichos revelaron un marcado interés en desprestigiar a la menor, todo con el propósito de crear un escenario ajeno a lo realmente acontecido, para hacer que se exonerara de responsabilidad al señor Jhony Alexis, como en efecto ocurrió.

Por ejemplo, en el testimonio de la señora Idalia Lopera Serna, se tiene que esta dama -según su relato en el juicio oral- convivió con Jhony Alexis Tirado Jiménez, entre los meses de febrero a agosto de 2010; sin embargo en su declaración no precisa la fecha exacta de la convivencia, pues dice que lo conoció en octubre de 2009 y fueron amigos hasta abril de 2010, sin embargo en el conainterrogatorio dijo que en febrero de 2010 se fueron a vivir juntos, para decir mas adelante que la convivencia inició dos meses después de conocerse, es decir en diciembre de 2009.

Tampoco quedó claro en que lugar estuvieron viviendo, pues al principio dijo que se fue a vivir con Jhony Alexis a la casa de la madre de este en el corregimiento de Santa Elena, sin embargo después dijo que vivía entre su casa ubicada en la carrera 50 No. 117 sur-195 y la de Jhony; quien curiosamente en el juicio señaló que se fue a vivir con Idalia a su casa ubicada en Medellín en el barrio Guayabal. La pregunta que surge entonces es ¿dónde vivían: en Caldas, en Santa Elena o en Medellín?

Sumado a ello, dijo que nunca le tomaron fotos con la familia de su ex esposo aunque si les pintaron un cuadro a lápiz, y este se lo llevó para la casa de Jhony Alexis, después en el conainterrogatorio dijo que se trataba de una pintura al óleo y que las fotos y el cuadro se los regaló al acusado, sin embargo en el redirecto, vuelve a cambiar su versión, diciendo que no se las regaló, sino que este las bajó de la cámara en la casa de él, lo cual resulta bastante curioso, pues Jhony Alexis en su declaración dijo que cuando se fueron a vivir juntos, ella se llevó las fotos de su ex pareja, lo que lo disgustó bastante, sin embargo Idalia le dijo que era temporal, porque se las tenía que devolver, y solo lo hacía para cuidar los vidrios y los marcos. La pregunta aquí es: ¿se trataba de fotos o pinturas? ¿Estaban enmarcadas o dentro de una cámara?, ¿las regaló o simplemente las estaba guardando? ¿quién tiene la razón: el procesado o Idalia? Más importante aún: ¿la menor ofendida visitó la casa que ellos habitaban? sino es así, ¿cómo supo del cuadro o la pintura donde estaba el ex esposo de Idalia a quien ella describió como un policía? La verdad es que son cuestionamientos que no solo no tienen respuesta, sino que carecen de soporte probatorio alguno.

Otro testimonio que resulta bastante cuestionable es el de la señora Aura Rubiela Jiménez Suarez, tía de la menor y el procesado, quien señaló en el juicio oral que su sobrino Jhony Alexis era muy respetuoso, mientras que la menor era rebelde, desobediente y altanera; que el día que salieron a comprar los pañales fue el sábado 20 de febrero pero que no demoraron, además dijo que ese día su sobrino no amaneció en la casa, sino que fue el martes 23 de febrero. También afirmó que en la noche escuchó a su madre regañando a L.F. diciéndole “culicagada asolapada” y que esta ya había salido con un cuento de que el papá la había violado.

Sin embargo, resulta extraño que siendo la menor tan desobediente, le haya pedido permiso a su abuela para salir a comprar los pañales con su primo, que diga que desde siempre la joven ha estado enamorada de Jhony Alexis, cuando esta vivió hasta el año 2009 en Venezuela y solo venía de visita esporádicamente; que la haya notado triste y deprimida cuando llegaba del colegio al punto de ir a hablar con sus profesores, para luego atribuir esa conducta a que le colocaban sobrenombres; y que dijera en el interrogatorio que escuchó que en esos días sucedió algo en su casa, cuando momentos antes dijo haber presenciado el regaño de su madre hacia su sobrina.

Lo anterior refleja la intención de la señora Aura Rubiela de exonerar de responsabilidad a su sobrino, aún en detrimento de su otra sobrina, la menor ofendida, con quien por demás no llevaba una relación cordial, ni tan prolongada en el tiempo, precisamente porque esta última nació y vivió en Venezuela la mayor parte de su vida, a diferencia de Jhony Alexis quien la visitaba constantemente, sin embargo su relato para la Sala no es creíble, pues es palmaria su animadversión hacia la menor.

Igual sucede con el testimonio de la joven Laura Cristina Castañeda, quien declaró en el juicio que conoce al procesado porque era su novio y es el padre de su hijo menor, que recuerda el sábado 20 de febrero de 2010 porque ese día Jhony Alexis fue en compañía de la menor L.F. a llevarle los pañales, la lonchera para el niño y un helado, ya que días atrás, ella había cumplido años. Dijo también que llegaron como entre las 6:30 y las 7:00 pm,

se quedaron 20 minutos mientras jugaban con el niño y luego se fueron y que no ha tenido una buena relación con la víctima, pues desde siempre le ha tenido celos, además estuvo presente cuando la hermana del acusado, esto es la señora Elizabeth Tirado golpeó a la menor en el parque de Caldas, aceptando que ella intervino e incluso que fue grosera con la adolescente.

Sin embargo, hay aspectos que siembran mucha duda en su declaración. Por ejemplo, dijo que ese 12 de febrero de 2010 ella había cumplido 18 años, y que su relación con Jhony Alexis comenzó en el año 2007, es decir que cuando lo conoció contaba con escasos 15 años de edad y que tuvo a su hijo siendo menor de edad, circunstancia que muestra la inclinación del procesado por las adolescentes, también es extraño que diga que la víctima siempre ha estado celosa de ella y que se puso a llorar al enterarse de su embarazo, cuando para la fecha en que eso sucedió esta no vivía en Colombia y tenía aproximadamente 10 u 11 años, edad muy prematura como para atribuirle un estado de enamoramiento como el que describen los testigos de descargo. Así mismo afirma que conoció a Idalia en una ocasión en que fue a visitar a la mamá de Jhony en Medellín, en el barrio Guayabal, lo que se contradice con Idalia, quien dijo que se fue a vivir con Jhony y su madre cuando residían en el corregimiento de Santa Elena.

También existe discordancia en relación con la hora de la visita, pues mientras ella dice que Jhony Alexis estuvo en su casa desde las 6:30 hasta las 7:00 pm jugando con su hijo y con L.F, la prima de este, la señora Paula Andrea Sánchez Jiménez afirmó en audiencia que los vió pasar para la casa de la abuela a eso de las 6:30 pm aproximadamente y se quedaron con ella 5 minutos, contradiciéndose a la vez con su tía Olivia de Jesús Jiménez Suarez, quien dijo que llegó a casa de su madre la señora Sinforoza Suarez ese 20 de febrero a las 6:30 pm y al momentico llegaron sus sobrinos Jhony y L.F. trayendo las bolsas con los pañales, lo que resulta muy extraño, pues a menos que se tenga el don de ubicuidad, es imposible estar en 3 lugares al mismo tiempo, eso sin mencionar lo insólito que resulta que hayan salido a comprar pañales para el hijo del procesado, pero hayan llegado con las

bolsas a la casa de la abuela, cuando Laura Cristina dijo que Jhony Alexis le había entregado los pañales junto con otras cosas.

En cuanto a la declaración del procesado, si aplicamos la misma tesis de la juez de conocimiento relacionada con las contradicciones en las fechas, tenemos que su versión es bastante ambigua y llena de imprecisiones, pues ubica el hecho en un sábado 23 de febrero de 2010, cuando los demás testigos hablan del 20 de febrero, dice además que no puede describir un lugar que no conoció por dentro (refiriéndose a la vivienda de Idalia) cuando esta última en su declaración dijo que el sí la conoció en el mes de mayo o junio de 2010. Igualmente afirma que la menor conoció la vivienda por descripción que le hiciera su primo Mauricio, quien hace acarreos y le colaboró con el traslado de las cosas de Idalia a su casa, sin embargo este testigo nunca fue llamado a declarar al juicio oral, quedando todo en una simple conjetura.

También resulta paradójico que diga que no tiene licencia y no sabe conducir, y en el contrainterrogatorio afirme que tiene pase de 4ta categoría; que mencione que se fue a rumbear después de llevar los pañales a su hijo, pero no tenga claro si fue sábado o domingo, además no es normal que una persona que afirmó tener un hombro dislocado, cuya recuperación normal oscila entre 4 y 12 semanas con la articulación inmovilizada, se vaya tranquilamente de rumba, haciendo caso omiso del dolor que produce este tipo de luxaciones. Por otra parte, no resulta muy lógico que resolviera amanecer en la casa de su abuela, donde vivían mas de 7 personas (según dijo su tía Rubiela) generando incomodidad a la hora de dormir, cuando tenía la posibilidad -según su misma declaración- de dormir donde sus otras tías e incluso en la casa de la madre de su hijo.

En conclusión, lo que refleja la prueba testimonial y pericial allegada al proceso es que la contaminación con el virus del papiloma humano que tuvo la menor y su posterior comportamiento autodestructivo no es producto de su imaginación o de algún enamoramiento adolescente -como lo quiere hacer ver la defensa- sino que es consecuencia directa del acceso carnal

abusivo de que fue objeto por parte del procesado. Esa y no otra es la conclusión que se extrae de la valoración conjunta de estos testigos, junto con los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, de ahí que en este caso, le asista razón tanto a la Fiscalía como a la representante de la víctima en cuanto a que sí se desvirtuó la presunción de inocencia y de que se logró demostrar más allá de toda duda razonable la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, circunstancia que impone **REVOCAR** la sentencia absolutoria para, en su lugar, proferir condena en contra del señor Jhony Alexis Tirado Jiménez por las conductas punibles descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

No obstante cabe aclarar que no se deducirán las circunstancias de agravación contenidas en los numerales 2 y 5 del artículo 211, básicamente porque frente al numeral segundo, la fiscalía no demostró que el victimario tuviese alguna posición o rango de autoridad sobre la víctima y en relación con la confianza derivada del parentesco, no solo no se desarrolló en el juicio la hipótesis referida a esta, sino que en este asunto debe aplicarse lo dispuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 41417 del 27 de noviembre de 2013, donde se señala que esta agravante solo opera en casos en que dicho nexo provenga de situaciones diferentes a las de parentesco, pues precisamente este conlleva implícita la confianza frente a un entorno familiar determinado. En cuanto al numeral quinto, tal y como se demostró, el señor Jhony Alexis no cohabitaba con L.F., por lo que no puede predicarse que este hacia parte de su unidad doméstica para efectos de deducir la mencionada circunstancia de agravación.

8. CRITERIOS INDIVIDUALIZADORES DE LA PENA

Durante la audiencia del 447 del Código de Procedimiento Penal, tanto la representante de la Fiscalía como el apoderado de la víctima después de referirse a los datos personales y familiares del acusado, solicitan tener en cuenta al momento de dosificar la pena la gravedad de la conducta, su cercanía con la víctima y el hecho de que se trata de un concurso de conductas punibles, además piden al unísono que no se le conceda ningún tipo de beneficio o subrogado penal.

Por su parte, la defensa solicitó tener en cuenta que el procesado es padre cabeza de familia con un hogar debidamente constituido, que además tiene su arraigo establecido en el municipio de Itagüí y que no registra antecedentes penales, por lo que ruega que al momento de tasación de la pena, se parta del mínimo posible, atendiendo las circunstancias debatidas en el juicio oral.

9. TASACIÓN DE LA PENA

En relación con la primera de las conductas punibles, se tiene que el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años tipificado en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4 de la ley 1236 de 2008 tiene una pena que oscila entre 12 a 20 años de prisión. El cuarto mínimo va de 144 a 168 meses; los cuartos medios de 168 a 216; y el cuarto máximo de 216 a 240 meses.

Toda vez que a favor del procesado fue expuesta la circunstancia de menor punibilidad referida a la carencia de antecedentes penales, sin que se haya mencionado ninguna de mayor punibilidad, nos ubicaremos en el primer cuarto, y dentro de este, se impondrá el mínimo, es decir 144 meses de prisión, pues si bien el hecho fue grave, el monto establecido por el legislador es suficiente para cumplir con el fin resocializador de la pena.

En relación con el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, prevé el legislador en el artículo 209 del Código Penal, modificado por la ley 1236 de 2008 una pena de nueve (09) a trece (13) años de prisión. El cuarto mínimo va de 108 a 120 meses; los cuartos medios de 120 a 144; y el cuarto máximo de 144 a 156 meses.

Atendiendo las mismas consideraciones para la pena impuesta por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y toda vez que el quantum de represión previsto por el legislador y aplicado al caso en concreto, es suficiente para los fines que se pretenden, se le impondrá el mínimo de la pena, esto es 108 meses de prisión.

Como las conductas fueron ejecutadas en concurso, se aplica el contenido del artículo 31 del Código Penal, según el cual el sujeto activo queda sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En este caso, la pena más grave es la correspondiente al delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años con una pena de 144 meses de prisión, los cuales se aumentan en 12 meses más en razón al delito de actos sexuales con menor de 14 años, para un total de 156 meses equivalentes a TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN.

10. SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES

Se trate de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o de la prisión domiciliaria, no resulta necesario hacer un análisis en cuanto a los factores que reclaman las normas que los contiene, pues, por disposición legal contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, se encuentra excluido de dichos beneficios, por tratarse la víctima de una menor de edad.

No empece lo anterior, considera la judicatura hacer una reflexión en punto a la necesidad de la pena, como quiera que se debe prever el peligro que constituye para la sociedad el que personas con esta clase de comportamientos, estén en libertad y al acecho de nuevas oportunidades para abusar de menores indefensas.

Necesaria y razonable es la reclusión del acriminado, para que inicie un programa de resocialización y rehabilitación al interior del centro carcelario, de manera que cuando logre su libertad, la sociedad pueda estar tranquila de tratar con un ciudadano que no pondrá en peligro bienes jurídicos tan representativos como es el de la libertad, integridad y formación sexuales. Por el momento es menester aislar del conglomerado al responsable de las conductas punibles por las cuales se le condena, pues nada asegura que de

RADICADO: 05-266-60-00203-2010-05618
PROCESADO: JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

quedar en libertad vuelva a utilizar aquel modus operandi para tener relaciones sexuales en contra de la voluntad de las personas.

En consecuencia se niega cualquier subrogado o beneficio legal, y como quiera que el procesado se encuentra en libertad, se dispone librar orden de captura en su contra para que comience a descontar la pena impuesta en este fallo. Se abona como parte de pena cumplida, el tiempo en que el sentenciado estuvo en detención preventiva.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caldas en favor del acusado **JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ**.

SEGUNDO: CONDENAR a **JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ** identificado con cedula de ciudadanía 8.071.431 como **AUTOR** de los delitos de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** en concurso con **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**, consagrados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, modificados por la ley 1236 de 2008, a la pena principal de **TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN**.

TERCERO: Por igual período al de la sanción principal de prisión, se prohibirá al señor **JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ** el ejercicio de derechos y funciones públicas y políticas.

CUARTO: NEGAR al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, conforme lo expuesto en la parte motiva. Por consiguiente, se expedirá de manera inmediata la respectiva orden de captura.

RADICADO: 05-266-60-00203-2010-05618
PROCESADO: JHONY ALEXIS TIRADO JIMÉNEZ
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

QUINTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de Casación, ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en los términos del artículo 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Copia de esta decisión será enviada al Juzgado de primera instancia.

CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado