

**Descriptor:**

Acceso Carnal Abusivo / Valoración probatoria en casos de violencia sexual contra menores de edad / declaración de la víctima en delitos sexuales y prueba de referencia / degradación de la pena-reiteración de jurisprudencia.

**Restrictor:**

Los testimonios de los profesionales que atienden a las víctimas menores, así como de los policivos que acuden al lugar de los hechos, son prueba directa de lo percibido por ellos / -exigir a la menor, precisión exacta sobre la fecha de ocurrencia de los actos y su número, cuando reitera que fueron múltiples ocasiones, no sólo resulta irrazonable atendiendo a la edad con que contaba para aquélla época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas / La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, ha admitido la posibilidad excepcional de que se profiera sentencia por una conducta diversa a la contenida en la misma acusación, siempre que se respeten los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de un delito de igual o menor entidad, tal como ocurre en el caso bajo examen en donde el delito de abuso sexual se ubica en el mismo título y comporta en este caso una pena menor a la del acceso carnal violento agravado, inculcado en primera instancia, conforme a los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**  
Santiago Apráez Villota  
**Aprobado acta No. 186.**

**Medellín, octubre veintiséis (26) de dos mil diecisiete (2017).**

Se pronuncia la Sala sobre la apelación interpuesta por la defensa material contra la sentencia condenatoria emitida por el Juez 6° Penal del Circuito de Medellín en contra de D. G. Z.

## ANTECEDENTES

1. El supuesto fáctico que motivó esta decisión fue resumido de la siguiente manera por el juez de primera instancia:

*“El día 2 de octubre del año 2015, la señora Ch. D. Ch. G., madre de la niña con 12 años M.V.Z.C, denunció al señor D. G. Z., primo de la niña, por cuanto bajo intimidación con arma corto punzante la accedió carnalmente cuando la niña tenía apenas 9 años de edad, episodio que ocurrió en varias ocasiones en el lugar donde su hija vivía en el año 2012, esto es, la carrera xxxxxx barrio Francisco Antonio Zea en la ciudad de Medellín, la última que ocurrió fue el día 2 de septiembre del año 2013.*

*La niña M.V.Z.C., manifestó que vivía con sus abuelos paternos debido a la enfermedad que padecía su mamá y estando en la casa de ellos su primo D. G. Z., intimidándola con un cuchillo, la accedió carnalmente, primero empezó a tocarle los senos y vagina, también a manosearla por todo su cuerpo, le dio besos y le metió el pene dentro de la vagina, lo mismo se repitió en tres oportunidades más, siendo intimidada no solo físicamente, también de palabra, pues varias veces la amenazó con matarla si ella no se quedaba con él, y que no había contado después lo ocurrido con su primo D. G. Z., porque sentía miedo, por las amenazas que hizo con el cuchillo”.*

2. En razón a lo expuesto, el 4 de noviembre de 2015 el Juez 31 Penal Municipal ordenó la captura de D. G. Z., materializada el 15 de diciembre de esa misma anualidad, acudiéndose en la misma fecha ante el Juzgado 10° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, cuya titular legalizó el procedimiento de aprehensión, atendió la formulación de imputación por el delito de acceso carnal violento agravado en concurso

homogéneo y sucesivo, y por último, impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al imputado.

3. La Fiscal 91 Seccional de esta ciudad presentó escrito de acusación en su contra como autor de ese mismo concurso (artículos 31, 205 y 211.4 del código penal), correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 6° Penal del Circuito de Medellín, cuyo titular llevó a cabo las audiencias de formulación de acusación el 25 de febrero (fls. 20 y 21 de la carpeta), preparatoria el 6 de abril (fls. 27 y 28), juicio oral el 21 de abril, 25 y 26 de mayo, 2 de junio, 21 y 22 de julio y 16 de agosto de 2016 (fls. 34, 44 revés, 48 y 49, 50 revés y 51, 65 revés y 66, 76, 80 revés y 81), fecha esta última en que emitió sentido de fallo condenatorio y dio lectura a la sentencia que declaró penalmente responsable a D. G. Z. por el delito de acceso carnal violento agravado, puntualmente por los hechos ocurridos el 2 de septiembre de 2013 (fls. 82 a 93).

4. El defensor del acusado apeló la decisión anterior y una Sala de Decisión Penal de este Tribunal revocó la sentencia proferida en contra de D. G. Z. para absolverlo, pero dispuso la ruptura de la unidad procesal en aras de que el mismo Juzgado profiriera sentido de fallo y posterior sentencia por el concurso homogéneo de accesos carnales violentos agravado por hechos ocurridos en el año 2013, de conformidad, no con la petición de condena contenida en los alegatos de clausura, sino con la formulación de acusación realizada por el ente Fiscal. También ordenó que se compulsaran copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, por las conductas relacionadas en dicha acusación y que tuvieron ocurrencia cuando D. G. Z. era menor de edad<sup>1</sup>.

5. El Juez de instancia dio cumplimiento a lo dispuesto por su superior y el 1 de marzo convocó a audiencia, emitió sentido de fallo condenatorio y realizó la audiencia de individualización de la pena. El 9 del mismo mes y año profirió sentencia condenatoria en disfavor de D. G. Z. y lo declaró penalmente responsable del delito de acceso carnal violento en concurso homogéneo y sucesivo, le impuso una pena privativa de la libertad de 200 meses e inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo

---

<sup>1</sup> Acta de lectura de fallo. Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. MP: Rafael María Delgado Ortiz. 13 de febrero de 2017. Folios 127 y 128.

tiempo, sin lugar a la pena sustitutiva de prisión y al subrogado penal, por expresa prohibición legal.

Para arribar a esa determinación, el funcionario de conocimiento resolvió los siguientes problemas jurídicos: i) de las pruebas debatidas en el juicio se llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, ii) número de delitos que concurrieron de forma homogénea a efectos de determinar la pena, y finalmente, iii) la congruencia entre la acusación y la sentencia.

5.1 Inicialmente el juez como eje central de su decisión, tuvo en cuenta el relato de la menor víctima, cuya credibilidad no permitió estructurar duda razonable por las siguientes razones:

5.1.1. Cuando la menor M.V.Z.C decidió contarle a su progenitora lo ocurrido con su primo D.G.Z., lo hizo de forma espontánea, no fue inducida, coaccionada o engañada por un tercero; todo lo contrario, el 1 de octubre de 2015, mientras emitían el programa de televisión *“La Rosa de Guadalupe”*, observó un caso similar y en una hoja le escribió que había sido víctima de violación. Esta forma de expresar un suceso tan traumático en la vida de la menor no tenía una intención dañina o deshonestas.

5.1.2. En sus distintas intervenciones la menor siempre fue consistente en expresar que no recordaba fechas exactas de la ocurrencia de los hechos, pero sí tenía claro un límite temporal definido por el cumpleaños de ella y el de su primo (11 y 12 de julio de 2013) y la partida de éste a prestar el servicio militar (5 de septiembre del mismo año), así lo reiteró ante los médicos que tuvieron la oportunidad de valorarla y ante los psicólogos María Constanza Amaya Cayón y Gonzalo Wilches.

Sobre este aspecto el Juez concluyó que esta delimitación temporal realizada por la menor, no se advertía extraña ya que para el año 2013 vivía en la casa de sus abuelos, cumplía años un día antes que su primo D. G. Z., a quien le celebraron los 18 años en esa residencia y se fue a prestar servicio militar. Por tanto, dichos acontecimientos se pueden fijar mentalmente y sin mayor

dificultad, y pese a que los testigos de la defensa manifestaron que los primos no podían encontrarse en la residencia de los abuelos porque D. G. Z. estaba en el corregimiento El Jordán del municipio de San Carlos, lo cierto es que regresó a la ciudad a mediados de agosto y se quedó hasta el 5 de septiembre de 2013. En consecuencia, se trata de una teoría que no excluye la posibilidad de que los primos coincidieran en la casa de los abuelos paternos, de ahí que no sea de mayor relevancia que la vivienda estuviera ubicada en el sector noroccidental de la ciudad y la residencia del acusado en la oriental. Además, el relato de la menor ubicó de forma recurrente a D. G. Z. en la casa de sus abuelos, mientras que la dubitación de sus familiares se explica por su interés en defender a su hijo, hermano y nieto, respectivamente. Por tanto, quedó evidenciado el ánimo de evitar la presencia del condenado en el lugar de los hechos, pero, fue éste quien en su testimonio expresó que iba donde los abuelos a almorzar con su familia o de “*pasón*” a saludar. En consecuencia, concluyó el Juez de instancia que la presencia de D. G. Z. en la residencia de sus abuelos no era extraña pues allí había vivido parte de su niñez y tenían un estrecho vínculo afectivo, además quedó acreditado que acudía a ese lugar y no sólo porque la menor lo manifestara, sino porque sus familiares también lo reconocieron, aunque fuera de forma parcial.

5.1.3 El Juez destacó que la menor fue persistente en su relato, ya que siempre refirió que el hecho tuvo ocurrencia entre 3 o 4 veces y si bien, al señalar las habitaciones donde fue accedida por su primo, incurrió en algunas inconsistencias, lo cierto es que todos fueron al interior de la residencia en que vivía con sus abuelos. Por tanto, que la habitación donde acaeció el segundo acceso la haya señalado como la de su tío y luego del reconocimiento fotográfico, dijera que era la suya, o que la tercera vez sucedió en la de su prima y posteriormente la haya reconocido como la de su papá, no son elementos suficientes para desvirtuar su declaración, toda vez que el contexto donde indicó cuáles y de quién eran los cuartos donde ocurrieron los hechos, debe ser analizado en conjunto, pues se trata de situaciones reiteradas al interior de dicho inmueble, indistintamente de a quienes pertenecieran o los ocuparan al momento de la agresión y del juicio.

Este aspecto también fue controvertido por la parte acusada y sus testigos, quienes no dan crédito a lo relatado por la menor, en tanto, nunca permaneció sola en la casa de sus abuelos y mucho menos con D. G. Z., pues era muy

protegida, al punto de llevarla y recogerla en la escuela; sin embargo, la menor aludió a ocasiones en que iba sola hasta el colegio o su abuela salía a mercar o a un grupo de oración, lo cual le permitió al Juez de instancia desestimar dichos postulados defensivos.

5.1.4 De otro lado, el funcionario otorgó plena credibilidad a la menor cuando se refirió sobre sus cambios comportamentales así: al principio, cuando aún no había revelado lo ocurrido con D. G. Z. dijo sentir tristeza, rebeldía y miedo, posteriormente se sintió mejor, diferente y feliz. Lo anterior sin duda, reflejó la experiencia de angustia y afectación de su dignidad ya que para el momento de las agresiones sexuales contaba con 10 años de edad. Pero, dichos cambios fueron apreciados en su oportunidad por Ch. D., madre de la menor, la psicóloga María Constanza Amaya Cayón, quien pudo observar la aflicción en la niña por la situación que atravesaba su familia y por la trabajadora social Clara Inés Lopera Villa.

5.1.5. Para el Juez de primer grado las declaraciones de la menor tuvieron respaldo probatorio en el concepto pericial de Martha Elena Herrera Muñoz, médica adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien luego de evaluarla dio cuenta de la penetración por vía vaginal, dado un desgarramiento de himen antiguo a niveles 5 y 8 del cuadrante horario mayor a un mes, circunstancia que si bien es cierto, no implica indudablemente un acceso carnal violento, también lo es que si da cuenta del temprano inicio sexual de la menor M.V.Z.C.

5.1.6 Respecto a los detalles recordados por M.V.Z.C, el Juez encontró explicación en la corta edad de la víctima y su falta de experiencia en el campo sexual, ya que hizo referencia a aspectos puntuales como: i) que la primera vez su abuela salió y su primo intervino para que a ella no la dejaran salir, ii) que estaba viendo televisión y éste ingresó a la habitación de sus abuelos, iii) que la amenazó con un arma blanca, iv) que la acarició, beso, despojo de su ropa y le introdujo el pene en la vagina, v) que al ir al baño sentía dolor. Todo lo anterior, hace parte de un proceso de recordación de una niña de 12 años frente a un hecho ocurrido 2 años antes y aludió que *“los conocimientos de los niños sobre la conducta sexual normal suelen ser bastante incompletos y distorsionados. El relato de un menor sobre una relación sexual vivida tendrá*

*esas mismas distorsiones*<sup>2</sup>; no obstante, esto no significa que se trate de un relato falso o construido a partir de la imaginación.

5.1.7 Ahora bien, pese a las críticas de la defensa sobre la existencia del arma o las indistintas descripciones de la misma como navaja o cuchillo, el fallador argumentó su pertenencia a un proceso de recordación propio de la edad, de ahí que detalles como el color, la calidad o idoneidad del arma blanca constituyen circunstancias marginales o accesorias que corroboran la existencia de un objeto intimidante.

Por todo lo anterior, el Juez de instancia infirió más allá de toda duda razonable, la existencia del hecho por parte de D. G. Z., quien a través de violencia física y psicológica accedió a la menor M.V.Z.C. en tres oportunidades entre el 12 de julio y 5 de septiembre de 2013 en la residencia de sus abuelos ubicada en la carrera xxxxx del barrio Francisco Antonio Zea de esta ciudad, conclusión que no alcanza a ser desvirtuada por la historia construida a partir de la prueba de descargo, la cual en modo alguno controvierte la existencia del delito o devela las mentiras en que presuntamente incurrió la menor.

5.2 Frente al número de delitos que concurrieron de forma homogénea a efectos de determinar la pena, el sentenciador consideró que la menor M.V.Z.C fue reiterativa al indicar que el hecho se presentó en 3 o 4 oportunidades, y de ello da cuenta su proceso de recordación; por tanto, existió una pluralidad de conductas que afectaron el mismo bien jurídico y en este preciso punto trae a colación la sentencia del 7 de febrero de 2017, en la cual esta Corporación, al absolver a D.G.Z. estableció: *“Nótese así, que la menor no solo no ubicó durante su declaración en juicio la data del 2 de septiembre de 2013 como la fecha de ocurrencia del último acceso carnal violento, sino que respecto a éste hizo mención a los días 30 y 31 de agosto y primero de septiembre; que al referirse al número de sucesos de los que fuera víctima, indicara tres o cuatro, pero del último entendido, como el cuarto, al ser indagada por detalles como el espacio físico de ocurrencia, decía no recordar, a diferencia de los otros eventos; que no fue dubitativa M.V., al referir que los hechos ocurrían en horas de la tarde y*

---

<sup>2</sup> MANZANERO, Antonio L. memoria de testigos (obtención de la prueba testifical).  
Página 229.

*precisó que tenían lugar los fines de semana o cuando no tenía clase*". En consecuencia, su decisión sólo puede cimentarse en los 3 hechos sobre los cuales se halló prueba de su realización.

5.3 Finalmente, sobre la congruencia entre la acusación y la sentencia, el funcionario explicó que en el evento concreto no se afectó dicho principio, toda vez que en las diferentes etapas procesales la Fiscalía acusó por los hechos ocurridos entre el 12 de julio y 5 de septiembre de 2013, es decir, fijó de forma razonable los límites temporales y en este punto recordó lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia T-309 de 2014 cuando indicó que no se vulneraba el principio de congruencia en delitos contra la libertad e integridad sexual de los niños y niñas si no se hacía referencia a una fecha específica y en igual sentido lo expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>.

6. La sentencia fue apelada por el defensor, quien solicitó la revocatoria y consiguiente absolución del procesado por los cargos formulados, por considerar que una sentencia condenatoria que no alcanza el exigente estándar probatorio del conocimiento más allá de toda duda razonable, termina por desconocer los principios universales de presunción de inocencia e in dubio pro reo.-

6.1 Los fundamentos de su aserto descansan, en primer lugar, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que -según el juez- se llevaron a cabo los hechos, esto es, entre el 12 de julio de 2013 y el 05 de septiembre del mismo año. Y es que de los medios de prueba traídos al juicio no puede inferirse la existencia de las tres o cuatro situaciones de acceso que se refirió la menor, quien se limitó a informar que éstos ocurrieron en la casa de sus abuelos, siendo la única que ubica a D.G.Z. en este lugar, pues la permanencia de éste en dicha residencia a solas con la menor terminó derruida con los testimonios de M.N.H. y E.Z., para quienes resultaba increíble que hubiese una sola ocasión en que ellos o cualquiera de sus hijos no estuvieran en la casa.

---

<sup>3</sup> Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. MP: Patricia Salazar Cuellar. Radicado 40740 del 29 de abril de 2015.



6.2 En segundo término, cuestionó que una adolescente con capacidad cognitiva no pueda referir datos circunstanciales que rodearon varias situaciones de abuso, pues no hace falta revisar la teoría del desarrollo evolutivo para determinar que a los 10 años de edad somos capaces de realizar un registro amplio y detallado de hechos particulares; además, aclaró que a la menor no se le estaban pidiendo fechas exactas, pero sí, por lo menos, la descripción de algunos acontecimientos de especial importancia, verbigracia, porqué estaba en su casa y no cumpliendo su jornada escolar, dónde estaban sus abuelos, padre y tío o porqué llegó D. G. Z. a la casa de sus abuelos.

6.3 En la misma línea de análisis, señaló que la menor incurrió en una serie de ambigüedades que ubican al señor D. G. Z. García en su minoría de edad, así lo hizo ante los diferentes especialistas que tuvieron la posibilidad de entrevistarla y en el testimonio ofrecido ante la judicatura, igualmente se contradujo al momento de indicar a quien pertenecían las habitaciones donde ocurrieron los hechos y en la descripción del arma corto punzante; por lo tanto, concluyo que la menor fue inducida para referir datos acomodados.

6.4 De otro lado, reprobó que el funcionario de instancia haya superado la duda razonable a pesar de las inconsistencias y contradicciones en que incurrió la víctima al ofrecer su testimonio, abandonando los lineamientos consignados por la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 26128 del 11 de abril de 2007, pues ninguno de los medios de prueba ofrecidos por el investigador Carlos Augusto Tejada, la médico Martha Elena Herrera, la defensora de familiar Denise Severiche, la psicóloga María Constanza Amaya, la trabajadora social Clara Inés Lopera y el médico Jaime Alberto Ruiz, corroboran la tesis inculpativa en desfavor de su asistido.

6.5 Censuró la postura del *a-quo* frente a los testigos de descargos, los cuales señaló de mendaces por el solo hecho de ser familiares, no obstante ser coherentes, fluidos y dar cuenta de la realidad. No entiende cómo no se le dio ningún valor probatorio al testimonio de los abuelos, cuando éstos fueron enfáticos en indicar que D. G. Z. visitaba pocas veces la casa y que la menor estudiaba en la tarde. En lo que respecta a la declaración del acusado advirtió que fue sin contradicciones y titubeos, toda vez que señaló de forma precisa la época en que vivió en casa de sus abuelos, qué hacía, en qué fechas se fue a

trabajar al corregimiento de El Jordán, cuándo regresó y cuándo se incorporó al servicio militar, hechos que fueron corroborados por A. P. Z. su madre, quien refirió la época en que vivieron en casa de sus abuelos, Daniela García quien presentó un testimonio fluido y sin contradicciones aportando datos reales y precisos sobre la vida de su hermano, J. E. y D. A. G. novia y amiga de la familia quienes hicieron referencia sobre algunas rutinas y modo de vivir del acusado.

6.6 Finalmente, criticó que el Juez de instancia no valoró un asunto tan importante, como lo es el reconocimiento de la madre de haber acudido donde un primo que trabaja en la SIJIN, quien “*les ayudó a agilizar la cuestión de la denuncia*”, aspecto que explica las inconsistencias en las fechas de realización de la conducta punible y su posible encuadramiento a la ley 906 de 2004 y no en la ley 1098 de 2006.

En el traslado de los no recurrentes, no hubo pronunciamiento alguno.

### SE CONSIDERA:

Es competente la Sala para desatar el recurso de alzada interpuesto por la defensa, quien tiene interés y legitimidad en acudir a esta segunda instancia para que se revise la sentencia condenatoria emitida en contra de su representado.

La Sala debe comenzar su exposición señalando su desacuerdo con la determinación adoptada el 13 de febrero de la presente anualidad por otra Sala de este mismo Tribunal, en cuanto dispuso la ruptura de la unidad procesal para que el juez de conocimiento emitiera sentido de fallo y la correspondiente sentencia en punto a un concurso homogéneo de acceso carnal violento agravado por hechos ocurridos en el año 2013, pues aquello que se infiere de la actuación, al contrario de lo decidido por esa Sala, es que la Fiscalía, así sea de manera imprecisa, acusó por dicho concurso y el juez de la causa, si bien condenó por un solo delito, se pronunció acerca de los demás comportamientos (folios 92 vto y 93 de la carpeta), sólo que en la parte

resolutiva nada dijo al respecto, con lo cual no había lugar a ninguna ruptura, que sí a introducir los correctivos del caso y pronunciarse sobre todo el acontecer delictivo que se le endilga al procesado.

No obstante, como nada se puede hacer en este momento frente a una decisión colegiada que cobró ejecutoria, la Sala entrará a pronunciarse sobre los comportamientos que fueron objeto de nuevo pronunciamiento, que se concretan a hechos sucedidos en el año 2013.

En este sentido, lo primero que debe manifestar esta instancia es que ninguna duda la embarga en cuanto a que las relaciones sexuales tuvieron ocurrencia, aspecto que lleva a señalar que las contradicciones destacadas por la defensa, entre las cuales se encuentran las habitaciones que sirvieron de escenario para los acontecimientos o la imposibilidad de que la adolescente hubiese permanecido en la morada acompañada únicamente por el procesado, carecen de trascendencia, en tanto la menor identificó una a una las habitaciones dónde ocurrieron los hechos y fue persistente al indicar que a veces sus abuelos salían a realizar alguna diligencia, a la manera señalada por el juez de primer grado.

La anterior afirmación encuentra sustento en los hallazgos físicos encontrados en la menor por parte de la médico legista Martha Elena Herrera Muñoz, quien le realizó una valoración sexológica en octubre de 2015 y determinó que presentaba desgarros hasta la base del himen a niveles 5 y 8 según el cuadrante horario, antiguos y compatibles con la penetración vía vaginal con el pene<sup>4</sup>; y si bien, de acuerdo a las conclusiones de la experta, no es posible determinar si se trató de un acceso consentido o no, lo cierto es que las circunstancias descritas por la víctima en todas y cada una de sus intervenciones apuntan a que el acceso carnal existió y que el responsable fue su primo D. G. Z..

Frente al señalamiento de su atacante la menor ha sido coherente a lo largo de sus intervenciones, no se encuentra condicionada por un sentimiento de animadversión en contra de su familiar y guarda absoluta persistencia en el

---

<sup>4</sup> Audiencia de juicio oral del 25 de mayo de 2016. Minutos 2:15:20 y 2:17:52

relato, pues así lo ratifica su progenitora Ch. D. Ch., a quien le contó lo sucedido de forma sencilla y contundente a través de una nota dónde le señaló que había sido violada por su primo D. G. Z. Carlos Augusto Tejada Sierra, investigador judicial, Denis Severiche Sánchez, defensora de familia, María Constanza Maya Cayón y Clara Inés Lopera Villa, psicóloga y trabajadora social adscritas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, también fueron testigos de aquello que narró la menor.

En este caso, la censura gravita en la fecha de ocurrencia de los hechos y la posibilidad de deducir responsabilidad penal en contra del procesado como adulto, pues se encuentra probado que D. G. Z. nació el 12 de julio de 1995<sup>5</sup>.

Durante la declaración vertida en juicio por M.V.Z.C, se pudo constatar que ante la pregunta de cuántas veces y cuándo sucedieron los hechos señaló: *“Ocurrió 3 o 4 veces, eso fue hace 2 años, yo apenas iba a cumplir 9 años, yo tenía 9 años y apenas iba a cumplir 10, eso fue antes de que él se fuera para el batallón el 05 de septiembre de 2015, eso fue antes. Eso fue como al mes de julio después del cumpleaños de él y del mío, porque yo cumpla el 11 de julio y él cumple el 12 y eso fue más adelante del cumpleaños de él, no recuerdo las fechas exactas”*<sup>6</sup>. En la misma línea, su madre Ch. D. Ch. refirió: *“mi hija me contó que los hechos ocurrieron 2 años antes, pero no recuerda la fecha, tenía 9 años la niña, fue en el 2013”*<sup>7</sup> y en igual sentido Gonzalo Wilches Caicedo, psicólogo adscrito a la Fiscalía con funciones de policía judicial relató: *“Para una fecha que no recuerda con claridad, estaba cursando primero o segundo año de primaria, cuando aún no había cumplido los 10 años de edad”*<sup>8</sup>.

El relato de M.V.Z.C surge espontáneo pues así lo indicó en más de tres oportunidades, primero ante su progenitora a quien no tenía por qué mentir, máxime que había guardado la verdad de lo que le había ocurrido por varios años; ante el psicólogo quien advirtió que la menor tenía un lenguaje claro y fluido, pese a que había empezado un poco tímida; y finalmente ante el Juez de instancia donde inicialmente afirmó que había sido a los 9 años y posteriormente aclaró que *“eso fue más para allá que él ya había cumplido 18 años, eso fue más pa´ allacito (sic) pero no recuerdo las fechas exactas, fueron*

---

<sup>5</sup> Estipulaciones probatorias. Fls. 35 y 37

<sup>6</sup> Audiencia de juicio oral del 2 de junio de 2016. Minuto 00:41:24.

<sup>7</sup> Audiencia de juicio oral del 21 de julio de 2016. Minuto 00:42:16

<sup>8</sup> Audiencia de juicio oral del 21 de julio de 2016. Minuto 00:03:30

*como 3 o 4 pero no recuerdo bien, todos fueron desde el cumpleaños de él y hasta que se fue”<sup>9</sup>.*

Mírese entonces que la menor no ha cambiado su versión, simplemente que algunos de sus relatos son más nutridos que otros, lo cual es comprensible dado que la forma en que se evoca un suceso no siempre es igual y puede estar condicionado por distintos factores como la forma en que se le pregunte por el mismo, la persona a la que se está relatando o el tiempo transcurrido; pero, de todas maneras, el núcleo esencial del abuso por parte de D. G. Z. que ha detallado la víctima siempre ha sido el mismo.

Ahora bien, que fije el espacio temporal de los hechos entre el 12 de julio y el 5 de septiembre de 2013 como referentes de contexto, en manera alguna evidencian una intención dañina o proterva en contra de su primo; por el contrario, hace que su relato sea coherente en tanto fija el periodo de los sucesos para revelar los episodios traumáticos vividos en su niñez, pues ambas fechas marcan episodios importantes a su alrededor y el de su núcleo familiar, toda vez que el 12 de julio es el cumpleaños de su primo y es normal que lo recuerde porque es un día después del suyo, y el 5 de septiembre fue el día en que su primo se fue para el ejército.

También expresó la menor que D. G. Z. no vivía en la casa de sus abuelos para el momento de los hechos, pero si iba regularmente en horas del día porque estudiaba en el colegio María Montessori, por la noche; circunstancia que fue confirmada por A. P. Z. y Daniela García, quienes coinciden en que para el año 2013, el hoy condenado empezó a validar el bachillerato en dicho colegio en el horario de la noche y si bien el acusado se fue a trabajar con su progenitor al corregimiento El Jordán<sup>10</sup>, lo cierto es que sólo lo hizo hasta mediados de agosto de 2013.

Obsérvese al respecto, la clara descripción de esa situación por parte de M.V.Z.C, ante la defensora de familia María Constanza Maya Cayón en entrevista que rindió el 19 de febrero de 2016: “*mi primo D. G. Z. D. G. Z. de 20*

---

<sup>9</sup> Audiencia de juicio oral del 2 de junio de 2016. Minuto 00:41:50

<sup>10</sup> Audiencia de juicio oral del 21 de julio de 2016. Testimonios de Aida Patricia Zapata y Daniela García Zapata Minutos: 00:18:50 y 01:19:52

*años me violó varias veces, como 3 o 4, yo estaba viviendo en la casa de mis abuelos paternos y él vive en Manrique, él iba todos los días porque estudiaba en el Montessori y a veces amanecía”<sup>11</sup>.*

Por tanto, no es cierto, como lo asegura el censor que la víctima no recuerda “*acontecimientos de especial importancia*”, pues lo anterior da cuenta de una serie de circunstancias que ubican al señor D. G. Z. en el lugar de los hechos y en las fechas indicadas por ella; por tanto, no es posible descalificar sus dichos a la manera en que lo pretende el recurrente, pues la Corte Suprema de Justicia ha enseñado: “*Ahora, exigir de la menor, como lo demanda el actor, precisión exacta sobre la fecha de ocurrencia de los actos y su número, cuando reitera que fueron múltiples ocasiones, no sólo resulta irrazonable atendiendo a la edad con que contaba para aquélla época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas*”<sup>12</sup>.

Ahora bien, otro aspecto que utiliza el defensor para trata desvirtuar lo dicho por la menor es que fue inducida para acomodar datos o incluso fue asesorada por un familiar de su progenitora que trabaja en la SIJIN; sin embargo, lo que se probó en el juicio es que la madre de la menor contactó a un familiar de nombre Alexander que trabaja en esa entidad para que le ayudara a agilizar los trámites de denuncia, situación que fue utilizada por la defensa para sacar adelante su teoría del caso y sembrar la duda frente al testimonio de la menor; empero la Sala considera que no dejan de ser meras suposiciones, en tanto le correspondía a éste entregar elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Finalmente, la Sala no puede hacer caso omiso frente a un aspecto que cobra especial relevancia en este caso, y es la existencia de un arma blanca como objeto intimidatorio utilizado por D. G. Z. para doblegar la voluntad de la menor y accederla; pues si bien ésta hace alusión a este tipo de elemento, existen contradicciones en su descripción, en tanto, al psicólogo Gonzalo Wilches Caicedo le informó que su primo utilizó una navaja, sin ofrecer

---

<sup>11</sup> Audiencia de juicio oral del 25 de mayo de 2016. Testimonio de María Constanza Maya. Minuto: 00:51:21

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso radicado 37108 el 15 de febrero de 2012. MP: Maria del Rosario González Muñoz

algunas de sus características<sup>13</sup>, posteriormente, al momento de rendir su testimonio hace alusión a un cuchillo así “*el cuchillo era esa cosa platiada (sic) por donde se corta era platiada (sic) y la parte de abajo era cafecita, era de la cocina de la casa de mis abuelos paternos*<sup>14</sup>”.

Pero, además, quedó evidenciada una situación que debe resaltar la Sala y que tiene incidencia sobre la presunta violencia ejercida por el acusado; y es que, la menor en su declaración manifestó que después de los hechos y cuando su primo ya estaba en el batallón fue a visitarlo en dos oportunidades, situación que confirmó la señora D. A. G., vecina y amiga de la familia que los acompañó y pudo observar que “*tenían una relación normal, ella jugaba ahí y se hacía al lado para tomar las fotos, nunca le vi una reacción así como de temor ni nada*<sup>15</sup>”, dicha conducta asumida por la menor permite inferir que las supuestas amenazas no existieron, pues no es normal que una niña de 13 cuya capacidad de razonamiento no fue cuestionada asuma este tipo de comportamientos frente a su abusador.

Por tanto, al existir duda frente a este tópico la Sala confirmará la sentencia de primera instancia pero modificará la conducta a un acceso carnal abusivo con menor de 14 años, descrito y sancionado en el artículo 208 del Código Penal, con las modificaciones de la Ley 1236 de 2008, pero sin la agravante del 211.4, precisamente porque el tipo básico recoge dicha agravante, en tanto lo que genera la tipicidad del comportamiento es precisamente que el acceso carnal se realice con persona menor de catorce (14) años.

Esa degradación de la conducta es posible, como quiera que el delito de abuso sexual se ubica en el mismo título y comporta en este caso una pena menor a la del acceso carnal violento agravado, conforme a los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal<sup>16</sup>, que ha admitido la posibilidad de que excepcionalmente se profiera sentencia por una conducta punible diversa a la contenida en la acusación, siempre que se respeten los hechos, se trate de un delito del mismo género y el

---

<sup>13</sup> Audiencia de juicio oral del 21 de julio de 2016.

<sup>14</sup> Audiencia de juicio oral del 2 de junio de 2016. Minuto 01:38:59

<sup>15</sup> Audiencia de juicio oral del 21 de julio de 2016. Minuto 01:52:08

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal radicados 36108 y 44458 del 12 de marzo y 24 de septiembre de 2014, entre otras.

cambio de calificación se produzca respecto de un delito igual o menor entidad.

Lo anterior nos obliga a realizar una nueva dosificación de la sanción, desde luego siguiendo los mismos criterios que fueron tenidos en cuenta por el funcionario de conocimiento y que no fueron cuestionados por la defensa.

Si el juez partió del mínimo señalado para el delito de acceso carnal violento agravado, de la misma manera se partirá del mínimo previsto para el delito de acceso carnal abusivo, a saber, doce (12) años, a los cuales se le aumentará por razón del concurso ocho (8) meses, que fue el mismo aumento que realizó el *a quo*, para una pena definitiva de ciento cincuenta y dos (152) meses de prisión. La pena accesoria por el mismo lapso.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

Modificar la sentencia emitida el pasado nueve (9) de marzo por el Juez 6° Penal del Circuito de Medellín, en el sentido de señalar que D. G. Z. queda condenado como autor penalmente responsable de un concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años a las penas principal y accesoria de ciento (152) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En lo demás rige el fallo de primera instancia.

Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.

A su ejecutoria, regrese el expediente al juzgado de origen.



Segunda instancia 2017-00214 (026-2017)  
D. G. Z.

Por el Magistrado Sustanciador, se citará a audiencia de lectura de sentencia, en la cual se notificará su contenido.

**Cúmplase.**

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

**Magistrado**

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

**Magistrado**

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

**Magistrado**