



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2021-00076

Aprobado mediante acta 96

Medellín, julio veintiséis (26) de dos mil veintidós (2022).

Por haber sido condenado **Edisson Alejandro Vásquez Piedrahita** como autor del delito de acceso carnal violento agravado el pasado 11 de enero por la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, su defensor presentó recurso de apelación, lo que amerita que esta Sala proceda a su conocimiento y decisión.

ANTECEDENTES

1. La actuación relevante.

El 26 de mayo de 2021, el señor Vásquez Piedrahita fue acusado como autor del delito de acceso carnal violento cometido entre los *"días 11 y 12 de enero de 2021"* en A.V.M.V., de 5 años para esa época, en el inmueble ubicado en la calle 56 FA # 18B31 del barrio Enciso de Medellín,

cuando la llamó y empleando la violencia la penetró por las vías vaginal y anal. Se le atribuyó el delito tipificado en el artículo 205, agravado por el # 4 del artículo 211, al cometerse con una menor de 14 años, ambos del Código Penal y modificados por la Ley 1236 de 2008.

El juicio, acaecido los días 28, 29 y 30 de septiembre y 5 de noviembre de 2021, tuvo los siguientes escenarios: **i)** como hechos exentos de prueba se adujeron las plenas identidades del acusado y la víctima, y de esta, la minoría de edad; **ii) la Fiscalía** presentó a los testigos Paula Andrea Velásquez Córdoba (madre), María Soriana Nieto Ramos (tecnóloga en Investigación Judicial del C.T.I. y psicóloga), Diana Marcela Montoya Palacios (trabajadora social y técnica en administración de empresas, adscrita al Hospital San Vicente Fundación de Medellín), Manuela Henao Uribe (sicóloga adscrita a Jugar para Sanar), A.V.M.V. (víctima), Deicy Carolina Arce Pinzón (patrullera de la policía nacional e investigadora judicial adscrita a la Unidad Básica de Investigación Criminal DIPRO Meval) y Jessica Díaz Casas (médica legista del CAIVAS) y **iii) la defensa** hizo comparecer al acusado, a Bibiana Estela Quintero Álzate (compañera de trabajo), Gildardo Enoc Rúa Garcés (cuñado), Judith Patricia Rúa Garcés (esposa), David Andrés Torres Castaño (investigador criminal) y a Juan Esteban Mena Romero (amigo).

Sustentó la Juez la declaratoria de responsabilidad en la credibilidad que le concedió al testimonio de la víctima, al que calificó como *claro y coherente*, e indubitativo en los

accesos carnales que padeció y la identificación del acusado autor de estos. Expuso: *“Analizando este testimonio debemos destacar que la menor ciertamente está ubicada en tiempo, modo y lugar respecto del acceso carnal violento del que fue víctima y de su agresor, a quien conocía desde hacía mucho tiempo, como ella dice de una manera lógica y razonada, cuando explica que lo conocía de toda la vida”*.

A la anterior razón principal destacó su *“corroboración periférica”*, así: **Paula Andrea Velásquez** halló rastros de la violencia sexual en el cuerpo de su hija y la presencia y oportunidad para que el acusado la cometiera; la médica legista **Yessica Díaz Casas** observó *“eritema moderado en la zona vaginal, que es un trastorno en la piel de la vulva, coloración roja, por exceso de riego sanguíneo debido a fricción, golpe o tocamiento en esa zona genital y que en el ano observó desgarró o discontinuidad del tejido de la piel a las 6 y a las 12 del reloj”*, y las psicólogas del CAIVAS **María Soriana Nieto** y de Jugar para Sanar, **Manuela Henao**, entrevistaron a A.V.M.V. y escucharon de la niña un relato claro y coherente. Inclusive, apreció que los testigos de la defensa, **Judith Patricia Rúa**, **Gildardo Enoc Rúa** y **Juan Esteban Mena**, admitieron que para el día de los sucesos se estaban haciendo reformas locativas en el inmueble donde ocurrió el acceso carnal.

Ahora bien, en relación con **Viviana Quintero**, empleada de la empresa de lácteos donde trabajaba el acusado, consideró que no refutaba la prueba de la Fiscalía pues la identificación de la menor tuvo su origen en el conocimiento que de él

tenía, quedando en un lugar accesorio a si tenía barba o no, y su conocimiento se fundamentó en una base de datos que llevaba sobre el ingreso y salida de los trabajadores, precisando que el 12 de enero de 2021 Edison llegó a las 5:15 am y salió a las 5:37 pm.

También dejó claro que nada contribuyó a la dilucidación de los hechos el testimonio de la patrullera **Deycy Carolina Arce**, quien realizó la captura y el testimonio de la trabajadora social del Hospital San Vicente Fundación **Diana Marcela Montoya**, confirmó la narración de la progenitora de A. Igual conclusión apreció del investigador de la defensa **David Andrés Torres**, quien visitó el lugar de los hechos (de la que no precisó dirección) y no aportó evidencias.

En cuanto a las penas, reconociendo la circunstancia de menor punibilidad alusiva a la ausencia de antecedentes penales y, por consiguiente, la ubicación en el primer cuarto de dosimetría, asignó el mínimo legal de 192 meses de prisión y con igual duración determinó la inhabilitación de derechos y funciones públicas, y como no se satisfacían los presupuestos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, a más de la prohibición contenida en la Ley 1098 de 2006, dispuso el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en un centro carcelario.

2. La apelación.

Solicitó el defensor que *“se decrete la nulidad procesal y se retrotraiga el proceso a la audiencia preparatorio (sic)”*, con base en lo que denominó *“tres ejes temáticos”*:

- i) Nulidad por afectación al debido proceso en razón a la indebida formulación de los hechos jurídicamente relevantes;
- ii) Nulidad por afectación al debido proceso en razón a la ausencia de defensa técnica que ejecutara actos positivos de defensa;
- iii) falso juicio de legalidad en razón a que la valoración de la prueba no reunió los requisitos exigidos por la ley.

En cuanto a lo primero, adujo que *“a lo largo de la imputación y la acusación se habló de hechos entre el 11 y 12 de enero de 2021, sin puntualizar qué hecho obedeció al 11 y qué hecho obedeció al 12”*. Lo anterior imposibilitó el ejercicio del derecho de defensa, que encaminó su actividad a esclarecer lo acaecido en este último día, pues el anterior fue festivo. Además, la Fiscalía solicitó condena por actos sucedidos entre el 5 y el 15 de enero de 2021 lo que significa que *“fue sorprendido”* ya que no pudo aportar elementos que desvirtuaran la anterior afirmación.

Respecto a lo segundo, estimó que el ejercicio de la defensa técnica fue inidóneo y negligente para presentar observaciones al escrito de acusación y su intervención, en múltiples espacios: *“en el descubrimiento probatorio de la defensa, enunciación probatoria, solicitud probatoria, manifestaciones de oposición a las solicitudes probatorias de la fiscalía, a la ausencia de presentar teoría del caso, realizar contrainterrogatorio conforme la técnica y la jurisprudencia,*

incorporar las pruebas documentales decretadas en favor del acusado y rebatir las que respaldaron la acusación, además, de hacer que el acusado declarara en su propio juicio conduciendo a una confesión tacita contraria a los intereses y manifestaciones del señor Edison Alejandro Vásquez Piedrahita".

Alegó que el defensor anterior debió solicitar aclaración de los hechos jurídicamente relevantes, realizar observaciones al descubrimiento, oponerse a los documentos relativos al informe de la fundación Jugar para Sanar, exponer debidamente en cuanto a la pertinencia de las pruebas solicitadas, presentar una teoría del caso, objetar de manera técnica en los conainterrogatorios y efectuar redirectos o reconainterrogatorios.

Afirmó que, en el interrogatorio del acusado, el cual aprecia que fue otro error, hizo factible la hipótesis de la fiscalía, y su alegato final fue deshilvanado. Inclusive: *"el despacho en reiteradas ocasiones evidenció la impericia y falta de preparación de la defensa, al indicarle verbigracia, que no le entendía nada, que si estaba seguro sobre el descubrimiento de la fiscalía, que así no se hacía el descubrimiento, que no tenía claro el concepto de testigo de referencia y testigo de acreditación y finalmente que en los alegatos de conclusión estaba refiriendo a documentos que no fueron incorporados".*

En el último tema, consideró que la sentencia no estuvo motivada por las reglas de la sana crítica, sino de la tarifa

legal, al señalar que la declaración de la *postulada como víctima* era cierta por ser coherente y espontánea.

Con lo anterior, consideró que se prescindió de apreciar diferentes reglas establecidas en el artículo 404 del código de procedimiento penal: "*omitió apreciar en el testimonio lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos, el proceso de rememoración de la menor y el comportamiento del testigo, la forma de las respuestas y la personalidad*".

Anotó que en el audio y video de la audiencia de juicio oral se observan circunstancias que no solo sugieren una manipulación de la verdad de las respuestas sino también, una falta de atención por parte del despacho.

Agregó que se denotó que a lo largo de la declaración de la víctima, la falladora no estuvo mirando fijamente a la pantalla donde se observaría el estado del proceso de rememoración, la forma de las respuestas y la personalidad, lo cual, afectaría al momento de valorar la prueba. Implicó lo anterior que la madre en compañía de A. mientras daba su declaración le hacía diferentes señas y gestos a la niña previo a que ella contestara lo cual sugiere una alienación parental (record 1h:52m y 1h:54m) que el despacho debió valorar, pero no lo hizo puesto que no estaba prestando atención al comportamiento de la testigo sino únicamente a las respuestas que ella daba.

Igualmente, al momento de las preguntas, la menor miraba a la madre y luego del contacto visual, procedía a contestar (record 2H: 12m, 2h: 33m), circunstancia que tampoco fue valorada porque la juez no estaba observando fijamente a la pantalla ni al recuadro donde aparecía la testigo. Sostuvo que hubo una indebida valoración de la prueba, pues fue suficiente escuchar la declaración sin observar el comportamiento y los gestos que tanto la niña como la madre indicaban.

3. El no recurrente.

El fiscal 093 solicitó la confirmación.

Explicó que la fecha de los hechos fue dada a conocer por la madre de la menor según inferencia aproximada que hizo, es irrazonable exigirle a esta que lo precise y lo claro era que no había razón para que mintiera o fantaseara.

Respecto a la ausencia de defensa técnica, denotó que el abogado dirigió su teoría del caso a probar la imposibilidad física que tenía el acusado de cometer el delito y el condenado le proporcionó todos los datos y medios en los cuales podía sustentar su actividad y así los utilizó, luego el este no podía inventarse elementos materiales de prueba que le pudieran favorecer a su representado. Además, la falta de defensa no fue el eje central ni secundario de la decisión adoptada por la primera instancia y no se observó que el profesional tuviera una ostensible ignorancia del sistema penal con tendencia acusatoria que nos gobierna, tan poco

hubo inactividad procesal y sustancial por parte de este, o desidia que hubiese afectado derechos del procesado.

ANALISIS Y CONCLUSIONES

El problema jurídico que nos corresponde decidir se concentra en la petición de nulidad que invoca el defensor acorde con tres irregularidades independientes y que conduce al idéntico fin de que se retrotraiga la actuación hasta la audiencia preparatoria, inclusive. Dejó a un lado el razonamiento de la Juez que condujo a hallar de las pruebas practicadas en el juicio un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal del acusado del delito de acceso carnal violento agravado, cuya estructura básica se describió en el anterior capítulo y que al no ser controvertida quedó incólume.

Veamos, entonces, cada una de las tesis:

1. Indebida formulación de los hechos relevantes.

La premisa general se halla suficientemente decantada. La delimitación fáctica en la acusación establece los términos del debate que va a presentar en el juzgamiento de un ciudadano con efectos principales en la vigencia de los principios de congruencia y el derecho de defensa. El artículo 337 # 2 del Código Procedimiento Penal exige que la pretensión punitiva se formule con base *"en una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible"* y que, como se sabe, acorde con la

sentencia C-025 de 2010 de la Corte Constitucional, se ha consolidado el criterio que el citado marco fáctico se define desde la formulación de imputación: *“...el principio de congruencia se entiende igualmente aplicable, dentro de los límites fijados en esta sentencia, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación”*.

En este orden, la Sala Penal de la Corte igualmente precisó que:

En ese orden de cosas, la congruencia, que constituye un principio definitorio del proceso penal de tendencia acusatoria y una garantía fundamental del investigado (en tanto su acatamiento le permite comprender en concreto qué es lo que se le atribuye, estructurar una estrategia defensiva y no ser sorprendido con cargos a los que no ha podido oponerse de manera razonada) resulta quebrantado, entre otras hipótesis, cuando se le condena «por hechos no incluidos en la imputación y acusación», ora «por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación».

Son dos variables de anomalías que alega el defensor en este inicial capítulo, de la que desprende que la indeterminación trajo consigo la lesión al derecho de defensa: **la primera** alusiva a que a lo largo de la imputación y la acusación se refirió por el delegado a que los hechos sucedieron entre el “11 y 12 de enero de 2021”, los que así presentados se genera una ambigüedad ya que no se puntualizó *“que hecho obedeció al 11 y qué hecho obedeció al 12”*, no pudiendo la

defensa desvirtuar las pruebas en esos días. Y **segundo**, un tanto contradictoriamente con el anterior enunciado, afirmó que, si bien la defensa encaminó su estrategia a esclarecer lo ocurrido el día 12, pues el anterior era festivo, la Fiscalía *“en pleno juicio oral”* extendió indebidamente el tiempo de ocurrencia *“entre el 5 y el 15”*, *“conforme lo especuló la perito de medicina legal”*, no pudiéndose aportar pruebas de refutación por este nuevo lapso. Entiende, entonces, que se *“desborda la congruencia exigida para condenar”*.

Revisemos inicialmente lo ocurrido.

En la audiencia de acusación del 26 de mayo del año anterior, el delegado fiscal fijó los hechos así: *“En la fecha 11 y 12 de enero del presente año, en horas de la tarde en la calle # 56FA # 18 F 31 del barrio Enciso...”*¹, y en la sesión de alegato final del 5 de noviembre siguiente, el fiscal sostuvo, con base en el testimonio de la médica legista (que daba cuenta que los hallazgos físicos podían tener un lapso de 10 días compatibles con los accesos carnales), que sucedieron entre el 5 y 15 de enero², entendiéndose que la madre había aproximado su acaecimiento a los referidos 11 y 12 de enero (simplemente *“pudieron haber ocurrido”*) y no le es exigible a la niña recordar la fecha exacta de su ocurrencia.

El planteamiento del apelante es desacertado por las siguientes razones:

¹ A partir del minuto 18:14.

² Minutos 7:40, 10:21: 11:30 y 17.50

Primero, ninguna indeterminación o contradicción en la fijación del tiempo de ocurrencia se evidencia. En la acusación se detalló que se trató de un solo hecho consistente en dos accesos carnales vías anal y vaginal, por lo que es equivocado plantear como anomalía la ausencia de identificación de lo sucedido en cada uno de los días. Es que fue en una sola fecha y como aproximación de los sucesos se indicó la posibilidad que hubiera acaecido en cualquiera de ellos, vinculándose este lapso a una situación de vida idónea para que ocurrieran: A.V.M.V. de visita en la casa de la abuela y el acusado era vecino y se hallaba en el inmueble contiguo. Inclusive, extendiendo el análisis a los acontecidos en la audiencia de imputación del 26 de enero de 2021, la fiscal 154 limitó la ocurrencia del acontecimiento al referido 12 de enero³, por lo que ninguna sorpresa se evidencia en el desarrollo de la progresividad conceptual de la decisión.

Segundo, lo que no ha reparado el defensor es que el principio de congruencia, acorde con el artículo 448 del C.P.P. se halla vinculado a la relación entre acusación y sentencia, extendible a la imputación en lo que a lo fáctico se refiere, por lo que el alegato final no hace parte de esta correspondencia conceptual. Se trata de una intervención de libre foro de la parte acusadora con miras a convencer a la juez acerca de la forma como se debe resolver el problema jurídico, pero no es un acto procesal que ingrese con mérito en la estructura procesal; la exposición oral final no es una decisión sin una solicitud argumentada que se hace al juez.

³ Minuto: 014:48

Recuérdese que, frente a la naturaleza del alegato, la Sala Penal de la Corte en la sentencia del 25 de mayo de 2016 (SP6808-2016-radicación N° 43837), al examinar si la petición de absolución del representante de la Fiscalía obliga o no, expuso que: “Esa conclusión es tan cierta que el mismo estatuto procesal, en los artículos 446 y 448, define la intervención de las partes en los alegatos de conclusión como meras solicitudes; en especial, la primera de tales normas delimita la naturaleza del acto del juez y el del fiscal al prever que: “La **decisión** será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las **solicitudes** hechas en los alegatos finales. (...)” (negrillas dentro del texto).

Tercero, la Juez en la sentencia, que es el acto que debemos examinar para verificar el respeto al principio de congruencia, no abandonó el límite temporal señalado por el fiscal en la acusación, concluyendo, más allá de lo expuesto por este en su intervención, que: “es preciso señalar que la fiscalía, en este asunto cumplió con la carga de probar los hechos y la participación del acusado como responsable en ellos, pues, conforme a los arts. 7º y 381 del C.P.P., le correspondía demostrar, como efectivamente lo hizo según el análisis precedente, que entre los días 11 y 12 de enero del año 2021 en horas de la tarde noche, en la calle 56 FA 18-31 del barrio Enciso de Medellín”. Y más adelante detalló:

Es por eso que entendemos que el tiempo de ocurrencia de los hechos, atendiendo a la prueba aportada en el juicio, en especial al testimonio de la madre PAULA ANDREA, en punto de que ella

descubre la sangre y el excremento en la ropa interior de su hija A.V. el miércoles, 13 de enero de 2021, y que la médica legista dice que los eritemas y desgarros pudieron haber sido causados 3 días antes de la evaluación, la cual tuvo lugar el 15 de enero de 2021, y que en todo caso se habían realizado dentro de los 10 días anteriores a la valoración sexológica, encontramos que ciertamente los hechos narrados por la menor que solo atina en decir sobre el factor tiempo que fueron " un poquito de día, un poquito de noche" se pudieron haber causado más allá de toda duda razonable entre los días 11 y 12 de enero de 2021.

En conclusión, el principio de congruencia no fue lesionado.

Y cuarto, era tan clara la determinación del tiempo, que el defensor enfocó su estrategia precisamente respecto al 12 de enero, pues el día anterior era festivo, a efectos de plantear la tesis de que estaba trabajando y no se hallaba en esa residencia, según testigos que hizo comparecer declararon sobre estos tópicos, y la demora que tendría el trayecto para arribar al sitio de los hechos no permitía alguna coincidencia.

En conclusión, se rechaza esta primera tesis. Ni indeterminación, ni violación a los principios de congruencia y derecho de defensa se observa.

2. Falta de defensa técnica.

La Sala no tiene duda de que la garantía del derecho de defensa, esencial para el debido proceso y su legitimación, reclama la

presencia de un profesional idóneo en el conocimiento del sistema con tendencia acusatoria, pues de esta forma se garantiza, entre otros, el principio de igualdad. Se reclama *“que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público. (...)”*⁴.

La Corte Constitucional, acerca de la asistencia calificada, sentencia C-069 de 2009, expuso:

*“... hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses”, agregando que de esta última se exige “..., en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho”*⁵.

La premisa general de análisis no admite discusión.

El apelante sostiene que el anterior abogado que representó al señor Vásquez ejerció una defensa inidónea y negligente, razón que amerita invalidar la actuación. Para fundamentar su tesis presenta diversas críticas a su actividad en todos los espacios, por ejemplo, entre otros, *“en el descubrimiento probatorio de la defensa, enunciación probatoria, solicitud*

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed, Edit. Trotta, Madrid, 2009, p. 614.

⁵ Sentencia C-069 de 2009.

probatoria, manifestaciones de oposición a las solicitudes probatorias de la fiscalía, a la ausencia de presentar teoría del caso, realizar contrainterrogatorio conforme la técnica y la jurisprudencia, incorporar las pruebas documentales decretadas en favor del acusado y rebatir las que respaldaron la acusación, además, de hacer que el acusado declarara en su propio juicio conduciendo a una confesión tácita contraria a los intereses y manifestaciones del señor Edisson Alejandro Vásquez Piedrahita”.

Este planteamiento también es equivocado.

La naturaleza especulativa es indudable y parte de una premisa indemostrable: dio por autoevidente que, si hubiera ejercido él la defensa, otra estrategia y actividades hubiera hecho, las que concibe de antemano y con seguridad, con mayor calidad y eficacia. Por esta razón se debe anular la actuación.

Hemos sostenido que no hay “un debido proceso” para el ejercicio del derecho de defensa, esto es, una metodología específica de actuación conectada a la validez del proceso y es, por demás incorrecto, que los jueces intervengan en dicha labor en un proceso penal de partes, muy propio de las profesiones liberales que surge “*de la base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa*”⁶. El diseño de estrategias que cada profesional puede elaborar son disímiles y hasta pueden ser opuestas, y

⁶ CSD. SP. Auto de 28 de septiembre de 2006, radicación 25247, citando a la sentencia con radicación 10424.

lo importante es descartar la indefensión en que pudo quedar el acusado.

No es aceptable la ausencia de defensa técnica cuando, conocido el desarrollo del juzgamiento y la valoración del juez, exponiendo la persuasión que una u otras pruebas le generaron, se enuncian muy convenientemente algunas actuaciones que se pudieron hacer y otras que no. El superior tono especulativo sobresale. La Sala Penal de la Corte, sobre este tipo de argumentos, por ejemplo, en decisión del 18 de enero de 2017 (SP154-2017-radicación No. 48128), indicó:

“...no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho”.

Lo que observamos es todo lo contrario.

El examen de cada uno de los actos procesales fue activa e intencionada. **En la acusación**, con la que comenzó su actividad, solicitó revisar el escrito de acusación suspendiéndose la audiencia, se pronunció sobre la ausencia de necesidad de saneamiento y solicitó “el traslado de todas las pruebas” (dentro de los 3 días siguientes anotó la Juez) y que no tenía nada para descubrir y que no se iba a alegar inimputabilidad, **y en la preparatoria** informó que el

descubrimiento del fiscal fue incompleto iniciándose la discusión al respecto y de nuevo provocó otra suspensión, además hizo su revelación probatoria, enunciación, solicitudes argumentadas, acordó hechos exentos de prueba y salvo una prueba, todas fueron decretadas.

En el juicio, diferente a lo sugerido por el defensor, la presentación de la teoría del caso es simplemente una estrategia de litigio optativa para la defensa y no es correcto otorgarle un alcance diferente a lo autorizado en el artículo 371 del CPP: *"La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio"*, y evidenciamos que su actuación tuvo un objetivo claro de demostrar o poner en duda que el acusado no fue el autor del delito porque estaba trabajando, no fue visto en ese lugar y se pudo haber incurrido en un error en la identificación.

Así activamente participó en las diversas modalidades de interrogatorios y presentó un alegato final en el que, con el norte referido, deprecó la absolución por múltiples dudas que detalló: no fue clara la fecha de ocurrencia, no se analizaron los efectos de la represión que padeció de la niña por su madre a más de su sexualización temprana, el acusado no estaba en el sitio de los hechos, la duración del trayecto no lo permitía, la menor aludió a un sujeto con barba de la que carece su defendido, no identificó los tatuajes que tenía este, los primeros señalamientos fueron dubitativos y las lesiones corporales halladas pueden tener otra interpretación.

No es admisible el argumento de que la declaración de Edison Alejandro permitió de alguna forma reforzar la tesis acusadora, pues lo que planteó, por el contrario, fue su

inocencia y si se repara con cuidado, la Juez no la empleó como una razón para sostener la condena, como tampoco unos documentos de los que se queja el apelante no debieron haber ingresado, y la actividad de la Juez al solicitar aclaraciones o correcciones a los abogados, inclusive llamados de atención, hace parte del poder de dirección y control que le asiste, que ocurre en la mayoría de audiencias y no significa de ninguna manera que los profesionales así reconvenidos sean inidóneos.

Por las anteriores razones se negará esta segunda solicitud.

3. Motivación ilegal.

Son dos los planteamientos con orientación diferente que presenta el apelante en este capítulo, que interpretamos así: ausencia o motivación ilegal de la sentencia y omisión en la valoración del testimonio de la víctima, que pudo estar contaminado.

En cuanto a **lo primero** estimó el recurrente que el análisis probatorio que realizó la Juez se hizo acorde con las reglas de la tarifa legal y no con la sana crítica, y se omitió aplicar las reglas fijadas en el 404 del C.P.P.

El cargo es bastante confuso e inentendible. Se trata de una falacia argumentativa, que será también rechazada.

Si el sistema de la tarifa legal o prueba tasada consiste en que la ley establece previamente el valor de la prueba,

concediendo, restringiendo o negándola, el apelante no indicó cuáles fueron las normas que empleó la Juez para determinar con ellas una estimación obligatoria e incurrir por esta vía en un falso juicio de legalidad.

Más bien, entendemos, que lo que plantea en forma general es una ausencia de tasación correcta de las pruebas, la cual, de una vez advertimos, no se presentó. Para desarrollar esta censura correctamente, bastaba examinar por el apelante el razonamiento de la Juez, quien apreció la credibilidad de la menor por haber vivido el episodio del acceso, con capacidad de distinguir al acusado por haberlo conocido desde antes, por narrar en forma coherente y lógica cada uno de los pasos, por ausencia de interés de mentir y su corroboración con las demás pruebas, en especial su madre y la médico legista, y por conservar una narración constante en el tiempo.

Son todos estos criterios de la sana crítica o persuasión racional en el que se establece el valor de las pruebas en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Analizó la prueba individualmente y en su conjunto, y en su exposición fueron empleados los criterios enunciativos del artículo 404 del C.P.P. acorde con las necesidades que el caso reclamaba.

Respecto a lo segundo, presenta el apelante como premisa la manipulación de la verdad expuesta por la víctima, por la intromisión de la madre en sus respuestas (quizá hubo alienación parental, especuló), lo que conectó con la crítica **de** la falta de atención por la juez por mirar la pantalla y solo estar atenta a las respuestas. Alegó que *“Por ello se indica que hubo una indebida valoración de la prueba, pues fue*

suficiente para la juzgadora escuchar la declaración sin observar el comportamiento y los gestos que tanto la menor como la madre indicaba”.

Este reproche también presenta graves deficiencias.

Si se trata de una indebida valoración probatoria, supongamos, por manipulación de la declaración de la víctima, no es la nulidad el mecanismo para remediar el aparente yerro (máxime que sin ninguna aclaración la plantea desde la audiencia preparatoria), sino que la censura apuntaría a la ausencia de credibilidad que reportaría este testimonio, el único directo y presencial, y que se halla en el escenario de una absolución. El cargo, fue, de nuevo, erróneamente planteado, pues este reproche en particular debe ser estudiado acorde con las demás pruebas, escenario que el abogado apelante indebidamente omitió realizar.

Ahora, en otra arista del cargo, sostiene el apelante que la Juez no estaba mirando a la testigo directamente, sino que estaba atenta era a sus respuestas y omitió percibir algunas injerencias de su madre. El argumento es incorrecto por tres razones principales: **i)** no identificó el apelante cuáles eran las preguntas y contestaciones que estima, entendemos, contaminadas y, además, su trascendencia, lo que significa una indebida sustentación del recurso en este tópico, pues convoca tácitamente a que el juez de apelaciones, complemente el vacío y exponga por él la irregularidad; **ii)** de nuevo omitió apreciar el resto del material probatorio y, en especial, despreció los importantes controles que de la

incriminación se expuso en la sentencia, los que expuso con suficiente claridad y que se quedaron sin debate en esta instancia, iii) y para terminar, en todo caso, la Sala no aprecia la distracción afirmada por el apelante en los records invocados: en unos no aparece en pantalla la Juez, en los que vimos, evidenciamos máxima atención, acompasando su observación con la anotación de sus respuestas, y de las intervenciones de la mamá, visible en pantalla junto a su hija, como ocurrieron a viva voz fueron naturalmente escuchadas y registradas, y de ellas se aprecia su irrelevancia.

Por lo visto, se negará la nulidad que por varias alternativas invocó el defensor y se dispondrá la confirmación de la sentencia, salvo la siguiente modificación que se introducirá oficiosamente.

3. Modificación oficiosa.

Si bien nuestra competencia en sede de segunda instancia está ceñida al contenido y pretensiones invocados por el apelante para su solución, salvo asuntos inescindiblemente vinculados a su objeto, razones constitucionales y de justicia material autorizan extender el estudio y corrección al hallarse la violación de garantías fundamentales que hubiera padecido el acusado. La Sala Penal de la Corte ha sostenido que la limitación no es un proceder absoluto, por ejemplo, en la sentencia del 27 de abril del presente año (SP1343-2022-Rad° 52330), discurrió así:

“...pues, con independencia de si la parte inconforme no lo alega o, como sucede en el caso

que ocupa la atención de la Sala, es advertido por la parte no recurrente, surge como alternativa para el funcionario que aborda el estudio de la alzada, restablecer las garantías y derechos fundamentales infringidos a los sujetos procesales en el amplio espectro de la actuación procesal, lo que, de suyo, supera la aplicación del principio de justicia material por el que se inclinó el Tribunal.

En nuestro caso, destacamos que la vigencia del principio de legalidad es un deber funcional de imprescindible aplicación en el proceso penal, en tanto que, con la única excepción de la ley permisiva o favorable, se reconoce el derecho constitucional fundamental de que *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*. Se deriva de lo anterior el principio de tipicidad, según la cual, en la arista que queremos resaltar, a los hechos delictivos se les debe otorgar la calificación que corresponda según la ley sustancial.

En fin, en nuestro caso, al examinar la acusación y lo probado en el juicio, particularmente la narración de la menor víctima, única testigo directa y presencial de lo ocurrido, serias divergencias se presentan, lo que impide, anunciamos, conservar la adecuación típica atribuida en la sentencia y admitida pacíficamente por todas las partes e intervinientes.

En efecto, en la acusación del 26 de mayo del año anterior, fue claro el fiscal 93 en narrar un episodio de violencia física como medio para obtener el doble acceso carnal que detalló

la menor. Se indicó que Edison Vásquez desde una casa contigua a la residencia de la abuela donde se hallaba la menor A.V.M.V., recuérdese de 5 años para ese momento:

“...procede a llamarla y mediante fuerza la ingresa al lugar, le tapa la boca y estando allí, el acusado le realiza a la menor en dos oportunidades, diversos actos libidinosos consistentes en accederla carnalmente a la menor mediante penetración de su miembro viril, por la vagina y por el ano, indicándole a la menor AVMV, no fuera a contar nada de lo sucedido porque le pegaba”⁷.

Entonces, el empleo de violencia física previa y concomitante para la obtención de los accesos carnales fueron definidos en términos de que: i) la cogió a la fuerza, ii) le tapó la boca y, culminado el acto, iii) la amenazó.

Empero, del testimonio de la menor del 28 de septiembre se destaca para el análisis la siguiente narración⁸:

“Pregunta: ¿nos quieres contar quién te tocó en esas partecitas íntimas?, ¿cuándo fue?
Respuesta: un jueves... (cómo) un día... fue un día... **Pregunta:** ¿fue un día, y quién fue, sabes el nombre de la persona? **Contesto:** sí. **Pregunta:** cómo se llama quién te tocó esas partecitas íntimas. **Respuesta:** Tato... (...) **Pregunta** cuéntanos, ¿quién es Tato? **Respuesta:** es un hombre grande, mayor, que trabaja... (...) Tato estaba construyendo una casa para él solo. (...). **Pregunta:** ¿y cuéntanos que pasó, entonces, ¿qué fue lo que hizo Tato? **Respuesta:** Yo estaba

⁷ Minut0 18:30

⁸ A parti de la hora 1:50.

subiendo las escaleras...(¿de cuáles escaleras, a dónde?-pregunta la defensora-) en 3 esquinas, yo estaba en donde mi abuela, sino que mis amiguitas se entraron, que las llamaron, y entonces yo subí las escaleras y cuando Tato me está llamando, y cierra la puerta, y cierra la puerta de la casa de abajo, a donde él vive (...), después cuando está subiendo la casa, había un murito no habían puertas, bueno y entonces yo me tapé los ojos cuando él se quitó los pantalones y ahí mismo me metió el pipí en la vagina... él se quitó los pantalones y yo me tapé los ojos. (...).

Pregunta: ¿y tú qué ropita tenías puesta ese día?

Respuesta: tenía un *leggings* y una camisa verde, un *leggings* de gatico verde. **Pregunta:** ¿y en qué

parte de la casa fue que pasó eso? **Respuesta:**

fue a donde él estaba construyendo la casa, ahí fue. **Pregunta:** ¿Y eso fue como decir de día por

la mañana, por la tarde? **Respuesta:** no, fue como un poquito de día y un poquito de noche (...).

Pregunta: ¿tú qué estabas haciendo en ese momento en que él se bajó los pantalones?

Respuesta: nada. **Pregunta:** ¿usted estaba en qué partecita exactamente ahí? **Respuesta:**

porque él me dijo que me quedara quieta. **Pregunta:** ¿y tú estabas en qué parte de esa de

esa casa, junto a qué? **Respuesta:** en el rincón, arriba, en la casa que él estaba construyendo.

Pregunta: tú cuando él se bajó los pantalones, ¿qué pasó?, ¿qué hizo Tato cuando te bajó los pantalones?

Respuesta: me metió el pipí. **Pregunta:** ¿tú viste la parte íntima de Tato?

Respuesta: no. **Pregunta:** ¿y qué es para ti el pipí? ¿El pipí es por dónde qué? ¿porque le dices pipi a qué? **Respuesta:** porque es grande... y

gordo. **Pregunta:** ¿y usted lo vio? **Respuesta:** no. **Pregunta:** ¿y cómo hizo él para meterte el pipí? **Respuesta:** duro, me lo metió duro... me lo metió apretado, me lo metió apretado.

Pregunta: ¿y tú estás cómo, de pie, sentada, acostada? **Respuesta:** acostada. **Pregunta:** ¿en dónde estabas acostada? **Respuesta:** en el rincón. **Pregunta:** ¿sobre qué? **Respuesta:** había un murito (...). **Pregunta:** ¿y usted recuerda qué ropa tenía puesta Tato? **Respuesta:** el del trabajo. **Pregunta:** ¿y qué más pasó?, ¿quiénes estaban ahí en esa casa? **Respuesta:** nadie. **Pregunta:** ¿ninguna persona vio lo que te hacía él? **Respuesta:** no, no... y mi mamá salió y me vio. **Pregunta:** ¿Valeria y como tú dices que era un poquito de noche y un poquito de día, de todas maneras, había mucha iluminación, había bombillos, se veía todo? **Respuesta:** se veía todo. **Pregunta:** (...) ¿...usted porque lo conoce? **Respuesta:** porque desde chiquita él me conoció, conoció primero a mi mamá, y como mi mamá me tuvo a mí, él me conoció desde chiquita. **Pregunta:** ¿era familiar de alguien de tu familia? **Respuesta:** no. **Pregunta:** ¿y primero conoció a su mamá y a quiénes más? **Respuesta:** a mí la abuela, y a mi abuelo y a mis tías.

Pregunta: ¿y usted los veía todos los días o a veces que no lo veías a Tato? **Respuesta:** lo veía todos los días, porque yo jugaba mucho. **Pregunta:** ¿y usted cómo se le llevaba con él? **Respuesta:** él me decía que tenía pañales y yo le decía que usted tiene pañales... es que él me decía que yo tenía pañales y yo le decía que él tiene también pañales... **Pregunta:** ¿y porque le decía que tenía pañales...? **Respuesta:** porque yo tenía la nalga muy grande... **Pregunta:** ¿y él como te trataba? **Respuesta:** bien. **Preguntado:** ¿Qué quiere decir bien? **Respuesta:** que él jugaba conmigo. **Pregunta:** ¿qué jugaba? **Respuesta:** que yo tenía pañales... y yo le devolví la palabra.

(...)

Pregunta: y él te dijo algo decía algo mientras hacía eso, te decía que no contarás... **Respuesta:** me decía que no contara porque llamaba a la policía, porque nosotros llamábamos a la policía, entonces cuando él me terminó y después yo le dije a mi mamá... (inaudible, interviene la Juez para que repitiera). Me hizo eso, y no sé porque me lo hizo, no sé, no sé porque él me hizo eso... (interviene la Juez). Él me dijo que no le decía a nadie, que me estaba violando, y después, yo le dije a mi mamá... **Pregunta:** ¿te ofreció algo, te dijo que te iba a regalar algo para que te dejaras tocar? **Respuesta:** no. **Pregunta:** ¿...él te amenazó? (...) **Respuesta:** sí él me amenazó, si le decía a alguien... lo echaban a la cárcel, entonces yo le dije a mi mamá, y mi mamá llamó a la policía y mi mamá me llevó al hospital.

Pregunta: Ana Valeria después de que él te tocó en tu vagina con el pipí, ¿qué hizo él, ya despuesito de eso, Tato? **Respuesta:** se quedó callado... y me tapó la boca... y él me tapó la boca y se quedó callado. **Pregunta:** ¿y el por qué te tapó la boca...? **Respuesta:** para que no gritara y que nadie se diera cuenta. **Pregunta:** ¿...y que él hizo después...? **Respuesta:** se fue para la casa de él. **Pregunta:** ¿y tú que hiciste en ese momento? **Respuesta:** le dije a mi mamá. **Pregunta:** ¿ese mismo día, le contaste a la mamá? **Respuesta:** no. **Pregunta:** ¿cuánto te demoraste en contarle a la mamá? **Respuesta:** ... no se... un ratico...así. **Pregunta:** ¿dónde estaban cuando tú le contaste? **Respuesta:** estamos donde mi abuela. **Pregunta:** ¿tus papás cómo se la llevaban con Tato? **Respuesta.** ...feliz, bueno, que se la pasaban bueno.

(...)

Pregunta: ¿Valeria, y esto te pasó varias veces?
Respuesta si, dos veces. **Pregunta:** ¿Tato te puso el pipí en la vagina? **Respuesta:** primero me lo puso en la vagina y después en la nalga (...)
Pregunta: ¿en la nalga qué hizo Tato? **Respuesta:** me metió el pipí, el pene. **Pregunta:** ¿lo mismo que en la vagina? **Respuesta:** sí, me lo metió en la nalga. **Pregunta:** ¿qué más recuerdas? **Respuesta:** me cogió duro. **Pregunta:** ¿A dónde te cogía duro? **Respuesta:** en la cintura. **Pregunta:** ¿algo más que te recuerdes Valeria? **Respuesta:** no.

Preguntas pertinentes adicionales del fiscal.

(...)

Pregunta: ¿tu cómo hiciste para entrar a la casa donde estaba Tato? **Respuesta:** no, es que él me llamó, me llamó cuando yo estaba subiendo las escaleras, las escaleras... **Pregunta** ¿cómo te llamó...? **Respuesta:** "Ana venga...". **Pregunta:** ¿y usted se entró solita para allá, nadie se dio cuenta? **Respuesta:** no, porque todo el mundo estaba en su casa. **Pregunta:** ¿tu mamá: supo? **Respuesta:** no, mi mamá supo cuando yo le dije en la casa. **Pregunta:** ¿sentiste algo cuando Tato te hizo lo que nos acabas de contra? **Respuesta:** no. **Pregunta:** ¿sentiste algo en tu cuerpo? **Respuesta:** sí...sentí cuando me metió el pene así duro cuando él me metió el pipi, a mí se me sintió duro (...) en la vagina y en la nalga. **Pregunta:** ¿dices que Tato te tapó la boca? **Respuesta:** me tapó la boca con la mano para que yo no gritara. **Pregunta:** ¿con qué te tapó la boca? **Respuesta:** con la mano. **Pregunta:** ¿las dos veces que le metió el pene en la nalga fue el mismo día u otro día? **Respuesta:** el mismo día. **Pregunta:**

¿cuándo Tato te cogió a la fuerza por la cintura?,
Respuesta: El jueves... fue el mismo día u otro día?
Respuesta: no sé. **Pregunta:** ¿no te recuerdas?
Respuesta: no. **Pregunta:** ¿cuándo Tato te cogió a la fuerza por la cintura?
Respuesta: No sé.

A propósito, sobre la arista que analizamos, nada relevante ofreció los interrogatorios del defensor y del procurador judicial. El primero, se encaminó a indagar sobre las características del lugar y la descripción de los rasgos físicos del citado "Tato" y la ropa que tenía, y el segundo se dirigió a indagar a dónde estaba la mamá cuando sucedieron los hechos, si conocía el nombre de Tato y la identificación de su hijo Samuel.

De esta declaración, siguiendo su tenor, se deriva una secuencia de hechos que difiere sustancialmente de la primigenia narración de violencia.

En síntesis, se extrae:

- La menor conocía con anterioridad al acusado, así como a su familia, jugaba con ella, todos se la llevaban bien y sabía que estaba construyendo una casa.
- El día de los hechos, cuando estaba subiendo unas escaleras, Edison, la llamó; "Ana Venga", le dijo.
- Ella acudió, aludió a que se cerró una puerta y padeció el doble acceso carnal. También detalló que mientras se bajaba los pantalones él le dijo que se quedara quieta, que no hizo nada y se tapó los ojos. La "dureza" del

contacto sexual la vinculó a la penetración y la sujeción de la cintura, aunque sobre esto último sus respuestas se dispersaron en un “no se” cuando ocurrieron.

- Finalmente, después de los accesos, le tapó la boca e insistió en un par de ocasiones la menor que era para que no gritara y no revelara lo que sucedió, y sobre la supuesta amenaza fue clara en indicar que no fue para ella, pues la redujo a que si contaba a él se lo iban a llevar a una cárcel.

Entonces, concluimos que no fue que Edison se llevó a A.M.V. a la fuerza y le tapó la boca para accederla, como se afirmó en la acusación, y la Juez, estimamos, se equivocó al agregar hechos que no aparecen narrados. Sostuvo en el capítulo “SOBRE EL ACCESO CARNAL VIOLENTO” que: *“como ocurrió en este caso, en el que se probó la violencia física desplegada por EDISSON ALEJANDRO hombre de 37 años de edad, sobre una pequeña niña de 5 años, al tomarla por la fuerza, entrarla a esa casa vacía en construcción, ponerla sobre un murito, teparle la boca para que no gritara, sujetarla de la cintura y accederla carnalmente por vía vaginal y anal, además de advertirle que si contaba iban a llamar la policía y él le pegaba”*.

Por el contrario, el tenor de la prueba nos indica que, por su conocimiento previo, igual con su familia y buen trato, (...*todos eran felices...*), acudió ante el llamado que le hizo al acusado, instante en que, con el conocimiento previo que inspiraba confianza, el papel dominante y superior de este,

sin resistencia, fue sometida. Le dijo que se quedara quieta y así lo hizo.

Importa afirmar que las otras declaraciones antes del juicio, en las que la menor narró a algunos adultos una comisión violenta, en especial a la investigadora judicial adscrita al Caivas Marian Soriana Nieto Ramos (*...que la cogió a las malas...*), ninguna de ellas ingresó al juicio acorde con el procedimiento establecido para admitir excepcionalmente testimonios de referencia. El fiscal del caso optó por prescindir de la metodología pese a los problemas de evocación o de esencial contradicción que tuvo la menor con lo declarado en el juicio y en otros espacios.

No hay una regla procedimental en la que se autorice el ingreso oficioso de entrevistas de menores víctimas de abusos sexuales, y en cada caso particular, ante dificultades en su testimonio rendido en el juicio, el camino no es suponer que lo vertido anteriormente deberá ser considerado, pues con ello se lesiona el principio rector previsto en el artículo 16 de la Ley 599 de 2000: *"En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento"*. Ante una incapacidad relativa para precisar hechos, recordar..., debe agotarse el procedimiento establecido en los artículos 438 de la Ley 906 de 2004 y siguientes.

La Sala Penal de la Corte, reiteró su jurisprudencia en la sentencia del 20 de mayo de 2020 (SP 934-2020-rad. No. 52045):

Sin perjuicio de lo anterior, y según se anticipó en el acápite antecedente, la Sala ha admitido que, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, sus declaraciones anteriores se usen como pruebas de referencia *así aquéllos concurren al juicio*:

«A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los

correctivos que sean necesarios para evitarlo.

*Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño **no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa**, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.*

(...)

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario»⁹.

En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «*por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido*»¹⁰ o por cualquier situación análoga que le

⁹ CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 44056.

¹⁰ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.

Concluimos que la adecuación típica no corresponde a “un acceso carnal violento”, sino a “*un acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años*” tipificado en el artículo 208 del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008, traslado de la adecuación típica acorde con lo probado, sin que se evidencie una lesión al principio de congruencia y derecho de defensa.

Sobre este último enunciado, importa recordar que la posibilidad de cambiar de denominación jurídica se encuentra sometida a una serie de condiciones argumentativas de corroboración que en sentencia del 22 de enero de 2020 (SP103-20-Rad. n.º 55595), la Sala de Casación Penal reiteró así:

De igual forma, se ha precisado¹¹, como el mismo recurrente lo destaca con base en un antecedente jurisprudencial de la Sala, que la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, por lo que su núcleo central debe ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia; mientras que en relación con la imputación jurídica, la Corte ha establecido que la misma es flexible¹², por lo tanto, no se lesiona el principio de congruencia cuando el juez se aleja

¹¹ Cfr. CSJ. de 5 de octubre de 2016, Rad. 45647; SP. de 24 de julio de 2017, Rad. 41749; SP. de 23 de noviembre de 2017, Rad. 46166; SP. de 7 de febrero de 2018, Rad. 49799, entre muchas otras.

¹² Cfr. SP. de 3 de mayo de 2017, Rad. 30716; SP. de 8 de febrero de 2017, Rad. 46099; SP. de 11 de abril de 2018, Rad. 47680, entre otras.

jurídicamente del contenido de la acusación y emite sentencia de condena por un reato diverso al allí imputado, siempre que¹³:

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ AP5715-2014)».

Todas las anteriores reglas se cumplen.

i) Se trata de un delito de menor entidad. Si bien ambos injustos tienen una pena mínima de doce (12) años de prisión, al delito de acceso carnal violento se le dedujo la agravante prevista en el artículo 211 #4 del Código Penal, por realizarse la conducta con persona menor de 14 años, quedando el mínimo en dieciséis (16) años de prisión, que fue la fijada finalmente por la Juez, y que debe ser excluida en la nueva tipificación, pues este hecho es recogido como un elemento de la nueva tipicidad, quedando la sanción a imponer en el mínimo de doce (12) años de prisión.

ii) Se conserva la esencia del núcleo fáctico que se sintetiza en el acceso carnal cometido por el acusado en una menor

¹³ Cfr. Ídem.

de 14 años, con igual secuencia de sucesos, solo que se retira la violencia como metodología de comisión.

iii) Y, por último, no se afecta el derecho de defensa que estuvo dirigido a cuestionar el contacto sexual entre el acusado y la menor y, desde la perspectiva de la víctima, la verdad y justicia del caso pasa por el respeto al principio de legalidad.

Se impondrá el mínimo legal de doce (12) años de prisión y en igual lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas, criterio empleado por la Juez y, se reitera, que se excluirá la agravante prevista en el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal (modificado por la Ley 1236 de 2008) cuando "*Se realiza sobre persona menor de catorce (14) años*", por el respeto al principio del *non bis in ídem*, pues el hecho de mayor lesividad, que es la edad de la víctima, hace parte del nuevo tipo penal.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Confirma la sentencia que por apelación se revisa, con la **modificación** de que tratándose de un acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años, tipificado en el artículo 208 del Código Penal, sin la agravante prevista en el numeral 4 del artículo 211 del mismo código, ambos modificados por la

Ley 1236 de 2008, se impone la pena de doce (12) años de prisión y en igual lapso se asigna la inhabilitación de derechos y funciones públicas. Se informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia virtual para su notificación en estrados.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN.