



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Acusatorio ordinario: 2019-00362

Aprobado mediante acta 96

Medellín, junio catorce (14) de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor y el fiscal 093 seccional contra la sentencia dictada el pasado 7 de octubre por el Juez Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual resolvió en su numeral primero *“declarar penalmente responsable al señor GUILLERMO JARAMILLO LEUDO de filiación consignada en la parte motiva de la sentencia, como AUTOR del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS Art. 209 del CP en concurso. En consecuencia, se le condena a la pena de principal de NUEVE (9) AÑOS Y UN (1) MES DE PRISIÓN”*.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

Formulada el día 22 de octubre de 2020, los hechos relevantes fueron del siguiente tenor:

Tuvieron ocurrencia entre mediados del año 2018 y hasta el mes de febrero de 2019, en dos inmuebles ubicados en el barrio San Javier de esta ciudad, uno de ellos, la vivienda donde para esa época residía Guillermo Jaramillo Leudo y su grupo familiar y en el inmueble donde para ese entonces residía la señora, Carmen Blandón, quien es la suegra de Jaramillo Leudo.

Estas viviendas eran frecuentadas por la menor, M. V.R., de nueve años de edad para esa época por cuanto las personas en mención son vecinos, conocidos y amigos cercanos de los padres de la niña desde hace muchos años, además porque el acusado tiene una hija también menor de edad con quien la niña M, le gustaba jugar; oportunidades que aprovechó Guillermo Jaramillo Leudo para inicialmente someter a actos de desnudez a la menor, realizarle tocamientos con contenido erótico sexual en sus genitales, en su vagina y senos e introducirle el pene en la vagina de la menor, al menos en tres oportunidades; también la convenció para que le enviara fotografías de ella desnuda, en las que se vieran sus partes íntimas.

Los comportamientos constitutivos de actos sexuales con menor de 14 años se dieron al menos en dos oportunidades.

Se adecuó esta secuencia a un concurso homogéneo y sucesivo de accesos carnales abusivos y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados por el artículo 211 Nro. 2 del Código Penal, *“por cuanto el ciudadano es una*

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

persona muy cercana a la familia de la menor, de quien se esperaba no iba a hacerle daño”¹.

2. El juicio.

Las pruebas, practicadas en las sesiones de abril 7, junio 24 y 29, agosto 31, septiembre 6 y 7, noviembre 22 y 24 de 2021, y marzo 1 del 2022, tuvieron los siguientes capítulos:

- Se estipularon la identidad del acusado y la minoría de la víctima MVR, con T.I. 1025652287 y nacida el 30 de marzo de 2008.
- La Fiscalía presentó como testigos a la menor M.V.R.; a sus padres Manuel Dolores Velásquez Lozano y Yasaira Rivas Hinestroza; los profesionales Doris Henao Henao (docente), Sara María Laserna Lopera (psicóloga) y Martha Elena Herrera Muñoz (médica legista), y a los investigadores del C.T.I. Edison Jaramillo Aguirre y Lina María Hoyos López.
- Y por la defensa comparecieron varios familiares del señor Jaramillo Leudo, tales como: Olga Patricia Caicedo Blandón (esposa), Carmen Emilia Blandón (suegra), la hermana de esta Cerbalina, sus cuñados Cristian Andrés Caicedo Blandón y Johan David Caicedo Blandón, y

¹ Minuto 12:35

asimismo declararon Marta Carolina Carrasquilla Hurtado (investigadora) y José Daniel Ruiz Guzmán (perito).

3. La sentencia.

La responsabilidad penal, declarada solo por el concurso de actos sexuales abusivos, tuvo como soporte el testimonio en el juicio de M.V.R., la cual estimó corroborada, en especial: i) por las imágenes de las conversaciones obtenidas de la red social Facebook, halladas y suministradas por su madre Yasaira Rivas, de la cual acreditó su legalidad y autenticidad; y ii) las declaraciones de sus padres Manuel Dolores Velásquez Lozano y la referida Yasaira y la psicóloga Sara María Laserna Lopera, quien percibió los vestigios emocionales de lo ocurrido. Además, descartó que los testigos de la defensa tuvieran idoneidad para refutar la prueba incriminatoria y averó que su perito no era idóneo para testificar acerca de los mensajes de Facebook.

De otra parte, suprimió los accesos carnales abusivos, señalando que: *“pues a pesar de que la víctima declaró sobre una presunta penetración, se practicó en el juicio oral prueba pericial de medicina legal, en el cual quedó claro que no hay señales ni síntomas de maniobras ni desgarros en la vagina de la menor, lo cual a nuestro juicio descarta la penetración del miembro viril del acusado, a pesar de que así lo declaró la víctima en su declaración en juicio”*; empero, se debe anotar que esta declaración no fue llevada a la parte resolutive. Asimismo, excluyó la circunstancia de agravación del numeral

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

2 del artículo 211, pues estimó que la vinculación pudo tener un contexto diferente al de autoridad, cargo o posición.

En cuanto a las sanciones, impuso la pena de nueve (9) años y un (1) mes, por el concurso, y determinó la inhabilitación de derechos y funciones públicas igual a la duración de privación de la libertad. Para terminar, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal (modificada por la Ley 1773 del 2016).

4. Las apelaciones.

4.1. El fiscal 093 seccional, alegando una indebida valoración probatoria, reclamó a través de "una adición" la declaratoria de responsabilidad penal por el concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años y la atribución de la agravante dispuesta en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal.

En cuanto a lo primero, censuró la ausencia de credibilidad de la declaración de la menor alusiva a que hubo "penetración vaginal". No se explicó del porqué la carencia de desgarros de himen significa la falta de penetración, acorde con la interpretación que suministra la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte del 25 de enero de 2017, radicado 41948.

Respecto a lo segundo, reiteró que el acusado era una persona conocida por la víctima y su familia, lo que significa que había

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

un vínculo que la impulsó a depositar la confianza. El Juez no argumentó correctamente porque no expuso acerca "*de cómo se debía probar la misma o por qué razón los argumentos de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no tenían sustento*".

4.2. El defensor, en aplicación de los principios del *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, reclamó a esta instancia la absolución por el concurso de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Particularmente alegó los siguientes tópicos:

En cuanto a la afirmación del Juez de que "*los agresores sexuales, suelen generar espacios de clandestinidad para poder atentar contra sus víctimas*", adujo que este no es el caso en el que se podría hacer esa aseveración. Con la investigadora particular de la defensa, Martha Carolina Carrasquilla Hurtado, averó que no hubo esos lugares porque las viviendas son de estrato uno de interés social, muy pequeñas, lo que hace imposible un contacto sin que los demás residentes del inmueble se enteraran.

Respecto a la declaración de M.V.R. acerca de que había sido penetrada, según "*la prueba de medicina legal*", no aparecieron heridas o cicatrices que indicaran que efectivamente eso había ocurrido. El delito de acceso no fue imputado y pese a "*la mentira*", el resto de su testimonio fue indebidamente admitida. La menor faltó a la verdad cuando afirmó que había sido accedida, la defensora de familia indujo sus respuestas, los padres no fueron testigos de los hechos y,

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

en lo que atañe a la psicóloga Sara María Laserna Lopera, carece de relevancia porque no hizo mención del abuso.

En lo que concierne a la página de Facebook de la que la madre de la menor obtuvo diversos mensajes, se debió haber acudido a los jueces para que autorizaran la extracción de la información que allí obraba *"situación que desconoce el derecho fundamental al debido proceso del aquí condenado"*. *En su sentir "Esas capturas de pantalla que han servido de base para la condena de mi defendido, fueron tomadas por la madre de la menor, cuando lo que en derecho debía haber hecho, era presentar la denuncia ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y que los investigadores del CTI, realizaran la recolección de la prueba para que no se rompiera la cadena de custodia"*.

En otro ángulo, admitió que podría tener asidero legal el ingreso a esa página por los padres. Pero no se tuvo en cuenta que la menor no estaba hablando sola, *"no estaba en un soliloquio"*, lo que significa que a esa otra persona lo ampara el artículo 15 de la Constitución Política. Por violación a los derechos a la intimidad y debido proceso, esta prueba es nula de pleno derecho.

No estuvo de acuerdo con que se desmeritara la declaración de José Daniel Ruiz Guzmán, con la que se pretende sostener que esta prueba no es auténtica. No es correcto que se exija la comparecencia del dueño de la red social (toda vez que es imposible ubicarlo de manera clara y oportuna) y tampoco que se descarte al perito por tener conocimientos empíricos. Como

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

no fue obtenido en forma legal, podría ser manipulado por cualquier persona y, por tanto, no se probó su autenticidad.

Insistió en que las sospechas de los padres, no autorizan el ingreso a la página de la red social. Se violó abusivamente el derecho a la intimidad de la menor, y si se trató de una interceptación de comunicaciones se requería orden judicial. Los padres carecen de funciones de garantía y sería una justicia por mano propia. Era la denuncia y la intervención de las autoridades lo que se debió haber hecho.

Alegó además que: los datos sólo pueden ser divulgados por su titular; no existe el principio de libertad y no hay cesión de la información personal; al ingresar a la red social, el menor de edad renuncia a su derecho a la intimidad y no comporta el de la veracidad, y *“debería ser prohibido el uso de las redes sociales para los menores de edad, que no tienen la capacidad, desarrollo y formación para poder establecer los principios estipulados para que se dé el derecho a la intimidad”*. También expuso que la garantía de protección debe ser aplicada antes del ingreso a la red social, al igual que el test de proporcionalidad y *“esta intervención debió ser previa y constante para la protección de la víctima, no y nunca cuando el supuesto agresor ya había actuado y el delito estaba supuestamente consumado”*.

CONSIDERACIONES

Se discute la valoración empleada por el Juez en los tres siguientes escenarios: primero, la responsabilidad penal

declarada por el concurso de actos sexuales abusivos con menor, controvertida por la defensa; segundo, la exoneración por los accesos carnales abusivos, contendida por el fiscal, y tercero, la exclusión de la agravante prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, también disentida por el delegado.

1. De la responsabilidad penal.

1.1. Para el estudio de ambas pretensiones opuestas, de exoneración por los abusos (defensa) y condena por los accesos (fiscal), inicialmente se verificará el tenor del testimonio rendido en el juicio por M.V.R., con 13 años para este momento, y se proyectará con el panorama probatorio que debaten los apelantes.

Narró que conocía a Guillermo y su familia porque eran amigos de sus padres, vecinos (viviendas a dos cuadras) y tenía una relación con una de sus hijas. En la mitad del 2018, según recuerda con dificultad, acudió a la residencia a jugar con su amiga y cuando esta había ido a la tienda, en un momento de soledad, Guillermo le llevó a una de las habitaciones, la desnudó, la acostó y estando ella boca arriba, a más de besarla y tocarle los senos, dijo: "*Me metió el pene por la vagina*". Que esto ocurrió en varias ocasiones, otra en la casa de la suegra, en la que, de un segundo piso, le silbó y ella subió y de nuevo fue accedida, inmueble en la que se hallaba en el primero la esposa, suegra y otras personas. Calculó que unas seis veces sucedieron.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

También narró que por WhatsApp y Facebook tuvo comunicaciones de contenido sexual. Que la trataba de mi amor, mi vida, se mostraban ambos las partes íntimas, por ejemplo, ella sentada acercaba su celular a su vagina y él le *decía que rico*. El descubrimiento de lo que estaba sucediendo ocurrió cuando "sus padres" ingresaron a su Facebook y vieron las conversaciones, y ya ellos acudieron a la Fiscalía.

Su testimonio, pese a las dificultades de expresión y de narrativa, parquedad y reticencia que observamos, fue claro y contundente en el relato acerca de la seducción por celular y una red social y el padecimiento de abuso sexual por el acusado, sin que tenga asidero la enunciación crítica acerca de que hubo respuestas sugeridas por la defensora de familia, que nos quedamos sin saber cuáles fueron.

La menor transmitió lo ocurrido a varias personas, algunos conocieron de ella o de otra fuente el abuso, como su padre Manuel Dolores Velásquez Lozano y la docente Doris Henao Henao, quienes simplemente reprodujeron en forma muy general este hecho. Solo se presenta como testigo de lo acaecido, la menor. Nadie discute esto. Pero, contrario a lo sugerido por la defensa, la Sala advierte que la exposición de lo acontecido a diferentes adultos y espacios de interacción, una y otra vez durante varios años, permite asegurar los valores de constancia y uniformidad, variables relevantes para agregar un argumento de persuasión a la narración suministrada.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

Más allá de este valor concedido, la corroboración más importante hallada por el Juez y discutida en esta instancia, se encuentra con dos hechos:

El primero, relatado por Yasaira Rivas Hineirosa, madre de M.V.R., quien descubrió los mensajes (entre otros, le decía que abriera las piernas, que se pusiera en cuatro, que cuando se veían...) y los pasó a su celular, conociendo luego que los que estaban en el Facebook habían sido borrados, lo que se concretó en la actividad investigativa adelantada por el funcionario del C.T.I. Edison Jaramillo Aguirre, quien refirió en el juicio la misión que le fue encomendada y particularmente la extracción de esas imágenes, su impresión y traslado a un informe de policía judicial, que fue exhibido en su declaración.

El segundo, fue descrito por la psicóloga Sara María Laserna Lopera quien atendió a M.V.R. en una relación de terapia. En entrevista semiestructurada conoció del abuso y realizó actividades para disminuir la sintomatología y los riesgos. La madre de la menor averó que fueron 19 sesiones.

Al comparar este panorama con la discusión del apelante, se evidencia que el análisis y las conclusiones empleadas por el Juez fueron correctas.

1.2. Para comenzar, ninguna duda se presenta acerca de las excelentes relaciones entre las familias de M.V.R. y la de Guillermo Jaramillo Leudo, del que se expresan todos en muy buenos términos; era, dijo el señor Manuel Dolores, amigo de la familia. Está primera verificación permite descartar

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

cualquier motivación dirigida a perjudicarlo con una historia contraria a la verdad de lo acontecido y que, ciertamente, tampoco el defensor lo plantea. El proceso de descubrimiento de lo que estaba ocurriendo fue narrado en forma clara y surgido a partir del hallazgo espontáneo de las conversaciones sexuales del acusado con la víctima.

1.3. A continuación, estimamos que las condiciones narradas por M.V.R. eran idóneas para permitir la ocurrencia de los hechos. La defensa encaminó su actividad probatoria para demostrar que, como eran residencias pequeñas de interés social, no era factible que sucedieran los hechos, y así declararon los familiares del acusado, así como su investigador. No podían acontecer, porque los residentes hubieran conocido lo que estaba acaeciendo, es el concepto del apelante.

Esta tesis es desacertada. La menor declaró unas condiciones de abuso algunas en soledad con el señor Guillermo, que contaron, todas, con su colaboración, y que eran de rápida y celeridad actividad. Por el contrario, he aquí el erróneo argumento, la defensa propone que los hechos se presentaron en forma diferente, proyectando una falaz regla de experiencia, como es que las relaciones sexuales "*siempre o casi siempre*" generan sonidos audibles por terceras personas que están en cuartos diferentes, pero a corta distancia. Es un argumento inadmisibles por especulativo.

1.4. En otro nivel, alega el apelante que en relación con la psicóloga Sara María Laserna Lopera "*la menor NO HIZO*

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

MENCIÓN al motivo que la llevó a dichas sesiones (no hizo mención al presunto abuso), por lo que este testimonio no tiene relevancia alguna como fundamento de prueba para condenar". La Sala considera lo contrario: se trata de una prueba de corroboración que permite deducir una alta confiabilidad del testigo único.

Recordemos la doctrina empleada por la Corte, por ejemplo, en la sentencia del 12 de febrero de 2020 (SP399-2020-radicación N° 55957):

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

En nuestro caso, la relevancia de la prueba no consiste, como mal entiende el apelante, en la reproducción y detalles de los delitos, pues se trata de una psicóloga que no interviene ni como perito ni como investigadora del hecho; declaró inclusive que optaba por no ahondar sobre los sucesos. Su participación se explica desde su diagnóstico de abuso y la psicoterapia que adelantó dirigida a disminuir los síntomas y los riesgos. En este contexto, la importancia reside en la acreditación de los efectos de lo que padeció la menor y que obra como única causa.

1.5. También hace parte de la corroboración, los diálogos entre el acusado y la víctima de contenido sexual adelantados en una red social o con comunicaciones por celular. La tesis de la defensa reside en que se debió acudir ante un juez de control de garantías porque no se contó con la autorización de ambos dialogantes, a quienes les trasgredieron sus derechos. Nótese que asumió también la protección de la menor. Alegó que: *“Es errado del ad quo, sentar en la sentencia objeto de este recurso, que esas sospechas le daban derecho a desconocer el derecho fundamental de su menor hija a la intimidad personal, y actuando como autoridad, interferir, o acceder, de manera abusiva, al FACEBOOK, de su menor hija, y de allí obtener la información, para luego poder denunciar a mi patrocinado por la conducta que hoy se le endilga. Debe tenerse en cuenta, que la interceptación de comunicaciones, requiere orden judicial previa, y la prueba obtenida sin dicha orden, es nula de pleno derecho por mandato constitucional”*.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

La Sala comparte la argumentación del Juez, y en especial se destacan estas precisas razones:

En el caso que nos ocupa, no hubo tal intervención del Juez de Garantías, sin embargo, las capturas de pantallas tomadas por la madre de la menor sobre las conversaciones privadas de su hija con el acusado son legales atendiendo a lo establecido por la jurisprudencia de la sala de casación penal, que sobre la temática ha expresado que:

“Cuando en ejercicio de la patria potestad y siempre que el interés sea salvaguardar el deber de acompañamiento a los hijos, los padres pueden tener acceso a la información que aquellos almacenen en sus redes sociales...

La Corte entiende que cuando el fin no está encaminado a los postulados de asistencia, acompañamiento, orientación, educación y protección considerados en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y el ejercicio de la patria potestad, sí puede comprenderse que la intervención de los padres afecta la intimidad del menor, la que resulta ilegítima y reprochable”².

Es decir, cuando la finalidad de los padres, o quien detente la custodia del menor, vaya encaminado a preservar, proteger, y salvaguardar los intereses del infante, no es necesario acudir a los actos de investigación establecidos en la ley procesal penal en los artículos 233 a 236 de dicha norma.

²Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP-9792 (42307), Jul. 29 /15, M. P. Patricia Salazar.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

El planteamiento del Juez alusivo a que el derecho a la intimidad de los menores no es absoluto y que es legítimo la intervención y control del acceso que tengan a las redes sociales, no fue refutado por el defensor. Sería, siguiendo a la Corte en la sentencia antes referida, que:

“...un verdadero contrasentido afirmar que las actividades de seguimiento, orientación, protección, que implementa una madre o un padre respecto de sus hijos menores en la intimidad de sus hogares, per se, se ofrecen ilegales, si en la interacción que ello implica requieren de la aprobación de una autoridad judicial, cuando la ley, los instrumentos internacionales, el Gobierno Nacional a través de todas las campañas de información, prevención y orientación difundidas a través de los diferentes medios de comunicación, insta y alerta para que se acompañe a los menores todo el tiempo en el que usan y permanecen en contacto con la variedad de dispositivos electrónicos de comunicación y computadores, especialmente, cuando acceden a redes sociales, con el deber de verificar los contenidos y con quién o quiénes se comunican, para evitar que sean objeto de comportamientos y personas que vulneren o pongan en peligro el pleno ejercicio de sus derechos y les afecten su normal desarrollo físico y mental.

A lo anterior, agregamos lo siguiente:

Se presenta una fuente independiente de prueba, como es la misma declaración de la menor quien relató que en varias ocasiones ella y Guillermo se mostraban sus partes íntimas,

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

particularmente detalló que acercaba el celular a su vagina, hasta que "sus padres" se dieron cuenta.

No se puede olvidar, como lo hace el apelante, que los padres fueron los que autorizaron a su hija a abrir la cuenta de Facebook y conservaron las claves de ingreso, y fue por esta razón que pudieron, ante al parecer un descuido en la supresión de mensajes, tener acceso a toda la información, lo que permite enfatizar la legitimidad y derecho para acceder a la cuenta que era claro que estaba bajo su supervisión y control.

Es equivocado el planteamiento de la defensa al separar a los menores de sus padres y negar de estos el deber de vigilancia que les corresponde realizar a estos, en este evento consensuadas.

El acusado no puede reclamar una expectativa de intimidad, pues como apreció el Juez de instancia, tratándose de la comisión de delitos contra menores de edad, impera la superior protección constitucional prevista en el artículo 44. No se trataba de una conversación privada, pues se utilizó un intermediario como era la plataforma Facebook, que, dentro de sus políticas, podía también haber puesto en conocimiento lo ocurrido.

Es un pueril argumento sostener que se debió acudir previamente a los jueces de control de garantías, pues deja deliberadamente a un lado el hecho principal consistente en que las comunicaciones fueron borradas, y si no fuera porque

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

se copiaron y guardaron, sólo se hubiera tenido conocimiento a través de la prueba testimonial.

El procedimiento de extracción fue suficientemente explicado por Yasaira Rivas Hineirosa y por el investigador Edison Jaramillo Aguirre, y que eran actos que no demandaban mayor experticia, y no es de recibo las opiniones del investigador de la defensa José Daniel Ruiz Guzmán, por las razones empleadas por el Juez.

Escasamente el testigo manifestó ser tecnólogo en diseño gráfico, y estudiante de segundo semestre de técnica de criminalística, por lo cual consideramos no es idóneo y con suficiente conocimiento profesional en la materia.

La técnica utilizada para llevar a cabo su examen fue el de observación y comparación, lo cual para este fallador no es suficiente para acreditar que los fondos e interfaz de las conversaciones son espurias.

Si bien existe dentro del sistema procesal penal, el principio de libertad probatoria, creemos que para el caso que nos ocupa, es la misma dueña o propietaria de la página o red social FACEBOOK, o en el mejor de los casos una entidad especializada en la materia, quien puede afirmar, con probabilidad de verdad, que para la época de las conversaciones, esa no era la interfaz que para Colombia tenía dicha red social, y no un testigo que escasamente tiene conocimientos empíricos en la materia y que además no utilizó una técnica técnico-científica y especializada en la materia.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

En fin, se trata de prueba documental y no electrónica y lo principal es que la menor aseveró con claridad que esas conversaciones sexuales sucedieron.

Con lo anterior, hemos de concluir que los actos sexuales abusivos cometidos en contra de M.V.R. ocurrieron y respecto a estos injustos que en concurso se atribuyeron, se conservará la decisión. La persuasión obtenida por el Juez de instancia, también la Sala lo advierte, en síntesis, porque el testimonio de la menor es creíble por su idoneidad moral, verosimilitud, persistencia y corroboración externa.

1.6. En otro escenario de la discusión, el fiscal apelante diciente de la exclusión del concurso de accesos carnales, cuyo cuadro de controversia es el siguiente:

La víctima declaró que fue penetrada en su vagina con el pene del acusado en varias ocasiones, esto a más de besos y palpaciones de senos y la médica legista Martha Helena Herrera Muñoz testimonió que le halló himen íntegro anular no elástico, lo que significa que no fue desflorada. Adveró la profesional que el relato de ella es concordante con tocamientos o manipulaciones, pero no con el acceso y aclaró en el contrainterrogatorio, que cuando sucede esto el himen se perfora o deja huellas y en este caso no era elástico, y opinó que es común que los menores entiendan el concepto de vagina con mayor amplitud.

El Juez halló una contradicción relevante, indicando que *"no se probó en debida forma (...) el acceso carnal, pues a pesar*

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

de que la víctima declaró sobre una presunta penetración, se practicó en el juicio oral prueba pericial de medicina legal, en el cual quedó claro que no hay señales ni síntomas de maniobras ni desgarros en la vagina de la menor, lo cual a nuestro juicio descarta la penetración del miembro viril del acusado, a pesar de que así lo declaró la víctima en su declaración en juicio”.

Para la defensa, esta divergencia es un indicativo de mentira y propone que se debe desestimar también el concurso de actos sexuales con menor de catorce años y el fiscal expresó en su impugnación que, *“no se expone porque causa, la afirmación de la menor, (que acepta el juzgado, en el sentido que ella manifestó que en efecto fue víctima de una penetración), no merece credibilidad, por el hecho de no presentar desgarró en su himen, aspectos que fueron explicados por este delegado, cuando se dijo que así la menor no presente desgarró de himen, no descarta de ninguna manera un acceso carnal”*, poniendo de presente para su estudio la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de enero de 2017, radicado 41948, en la que alude a que la penetración es por “vía vaginal”, no propiamente por la vagina.

Sobre la regla de análisis que propone el apelante no tenemos objeción. El artículo 212 del Código Penal define el acceso carnal como *“la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal u otra de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”* y es claro que hay acceso carnal, inclusive, cuando la penetración

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

no supera el himen, en tanto que el vestíbulo vaginal hace parte también de la vagina. En el precedente citado por el fiscal la Sala Penal del Corte sostuvo: *"Este concepto no contempla que el acceso carnal tenga que ser propiamente en la vagina, sino vía vaginal, descripción que obedece a que el ingreso a ese punto ya implica atravesar los órganos genitales externos de la mujer"*. El delito de acceso carnal no depende si hay evidencia o no de desfloración, por la caracterización amplia que tiene esta zona, ni define tampoco, como mal interpreta la defensa, la probable ocurrencia de un falso testimonio.

El problema que evidenciamos es que la especificidad de la penetración consistente en que ocurrió antes del himen por tal o cual maniobra (dedos, rozamiento del pene...), debe ser expresada por la testigo y no por el fiscal, y al revisar el contenido de las preguntas y respuestas, ciertamente advertimos ausencia de rigor y detalle. El apelante se conformó en dejar el tema como una penetración completa que no ocurrió, y esto lo sabía el delegado, y no se preocupó en indagar a través de la defensora de familia, ni en otro espacio de investigación sobre otros tocamientos, que podrían satisfacer el delito. Supuso lo que estaba llamado a probar explícitamente. La ausencia de prueba impide otorgar una respuesta afirmativa.

Concluimos que solo por esta razón se confirmará la exclusión del concurso de accesos carnales abusivos con menor de catorce años.

2. De la agravante.

Al señor Guillermo Jaramillo le fue atribuida la circunstancia de agravación punitiva, como dijo la fiscal en su momento, prevista *“en el numeral 2 del art. 211, por cuanto el ciudadano es una persona muy cercana a familia de la menor, de quien se esperaba no iba a hacerle daño”*. El Juez la descartó *“pues más bien aprovechando una mínima cercanía de aquel con la víctima, por ser amiga de su hija menor, y frecuentar la iglesia y la casa de su suegra, contactó a la menor y a partir de dichas comunicaciones logró que la víctima cediera antes sus pretensiones de índole sexual, llevándolas a cabo en su propia casa, y en la casa de su suegra”*. El apelante sostiene que *“ciertamente el responsable tenía ese vínculo de confianza con la víctima para llamar a aplicar esa circunstancia específica de agravación punitiva”* o *“de aquella persona que era conocida, no solo por ella, si no los miembros de su familia, lo que recalca este delegado, la impulso a depositar en él su confianza”*.

La Sala comparte la remoción de la agravante, pero por una razón de naturaleza procesal.

Recuérdese inicialmente, que el respeto al principio de congruencia permite otorgarle vigencia al derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que impone una limitación a la decisión del juez, acorde con el artículo 448 del C.P.P. que señala *“nadie podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitados condena”*. Se demanda, según el numeral 2 del

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.
ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.
DELITO: Actos sexuales abusivos.
DECISIÓN: Confirma.

artículo 337 de la misma obra, una *“relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”* y que estén conectados con los elementos que componen la estructura de la definición legal de los delitos y las agravantes, cuya tipificación también debe ser específica.

Propone el fiscal apelante que como se probó la confianza que le tenía la menor a Guillermo, fruto de las relaciones de ambas familias, la agravante procede.

Pero es que esto no se afirmó en la acusación.

Advertimos inicialmente serias deficiencias en la formulación del cargo, cuya ambigüedad era evidente. Se atribuyó en forma general una agravante que tiene seis opciones de alternativas típicas, y en lo concreto se remató como hecho relevante que el acusado *“es una persona muy cercana a familia de la menor, de quien se esperaba no iba a hacerle daño”*.

Esta razón fáctica no se halla dentro de la tipicidad de la agravante, que se centra con rigor en la relación entre el autor del delito y la menor, no con su familia, ni la expectativa de ausencia de daño. No es admisible que para ahora se solicite cambiar esa limitación al vínculo de confianza pues sería un hecho adicional que afectaría el principio de congruencia.

Por las anteriores razones, se dispondrá la conservación de la sentencia condenatoria.

C.U.I.: 050016000206 -2019-00362-01.

ACUSADO: Guillermo Jaramillo Leudo.

DELITO: Actos sexuales abusivos.

DECISIÓN: Confirma.

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 apelada e informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia virtual para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN