



SALA PENAL

Medellín, viernes veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)

Aprobado en la fecha, acta n°: 003

Radicado No. 05 001 60 00207 2017 00160

Delitos: acceso carnal violento agravado y otro

Acusado: John Jairo Espinosa Castaño

Sentencia de Segunda Instancia n°: 001

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 31 de enero de 2020. Hora: 08:30 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del acusado JOHN JAIRO ESPINOSA CASTAÑO, contra la sentencia condenatoria proferida en su contra el 24 de octubre de 2019 por el Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín, tras hallarlo responsable luego de un juicio oral de un concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal violento agravado, cometido a su vez en concurso heterogéneo sucesivo con acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en contra la menor de edad K.G.M.C.¹

1. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos objeto de investigación se contrae a las vejaciones sexuales que la menor K.G.M.C. soportó a manos de su ex padrastro JHON JAIRO ESPINOSA CASTAÑO, entre enero de 2012 y principios de 2015, quien aprovechando su posición, y que la progenitora de la pequeña regresaba del

¹ En procura de la protección de la intimidad de la víctima de este caso, y en concordancia con lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de la Infancia y la Adolescencia, solo se utilizan las iniciales de los nombres y apellidos de la menor de edad.

trabajo en horas de la noche, accedía constantemente a la víctima en la vivienda familiar por vía vaginal, llegando a practicarle sexo oral en algunas oportunidades, y contrarrestando su inicial oposición mediante el ejercicio de violencia física y moral que consistió en taponarle la boca y asirla por las manos, y en amenazas en contra suya y de su madre, respectivamente; modalidad esta última que persistió durante todo el ciclo de abusos sexuales logrando con ello que la preadolescente accediera de manera dócil a los deseos de su agresor. Cesando las agresiones cuando a la edad de quince años el adulto se enteró que la joven estaba embarazada y posteriormente dio a luz a un hijo suyo.

Tras la denuncia de los hechos la Fiscalía recaudó elementos de prueba que la llevaron a estimar inicialmente que los actos descritos en precedencia eran constitutivos de un concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal violento agravado, cometido a su vez en concurso heterogéneo con actos sexuales violentos agravados, estos últimos en concurso homogéneo sucesivo, colocando en movimiento la respectiva acción penal en contra de ESPINOSA CASTAÑO.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1. - El 26 de marzo de 2018 ante la Juez Segunda Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías la Fiscalía legalizó la captura de JOHN JAIRO ESPINOSA CASTAÑO, imputándole un concurso homogéneo y sucesivo de **acceso carnal violento** previsto en el art. 205 del C. Penal, **agravado** de conformidad con lo dispuesto en el canon 211 ibíd., numerales 5° y 6° de la misma obra (aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor, y por producirse embarazo, respectivamente), a su vez cometidos en concurso heterogéneo con el delito de **acto sexual violento** previsto en el dispositivo 206 ibídem, **agravado** según el mencionado dispositivo 211.5, este último, como se dijo más arriba, cometido a su vez en concurso homogéneo sucesivo, art. 31 de la obra sustantiva, sin aceptación de cargos, quedando detenido en virtud de la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2. – El 25 de mayo de 2018 la Fiscalía presenta escrito de acusación enrostrándole al imputado un concurso de **acceso carnal violento agravado**, art. 205, 211 numerales 5° y 6° del C. Penal, respectivamente, al que acorde a la teoría de los concursos le suma el delito de **acto sexual con menor de 14 años agravado**, art. 209, 211 numerales 5° y 6°, cometido igualmente en concurso, variando de esta forma y de manera parcial la primigenia imputación jurídica.

3. – El conocimiento del proceso en etapa de juzgamiento le correspondió al Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín, quien presidió las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral, y agotado el debate probatorio, tras escuchar los alegatos de cierre en los que la Fiscalía solicitó condena solo por el delito de **acceso carnal violento** previsto en el art. 205 del C. Penal, agravado por las circunstancias previstas en los numerales 4° (por realizarse sobre persona menor de catorce años), y los ya mencionados 5° y 6° del canon 211 *ibíd.*, al entender que el análisis del caso a la luz de las enseñanzas dogmáticas permite comprender que los **actos sexuales** se subsumen en el comportamiento típico constitutivo de **acceso carnal**, además de las intervenciones de los sujetos procesales para absolver las previsiones del art. 447 de la ley 906/07 (individualización de pena y sentencia), en la que a su vez la defensa solicita que se tenga en cuenta la circunstancia advertida por el ente acusador; el a quo acoge parcialmente la petición de condena emitiendo fallo por el delito de **acceso carnal violento agravado** y por **acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado**, art. 205 del C. Penal, 208 *ibíd.*, 211 numerales 2° (cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza) y 5° *eiusdem.*, y 31 de la misma obra, imponiendo una pena de 228 meses de prisión y por el mismo término la accesoria del inc. 3° del art. 52 del compendio sustantivo, sin derecho a subrogados penales o mecanismos sustitutivos por lo que el acusado continuó privado de la libertad para el descuento efectivo de las sanciones así determinadas.

4.- El fallo condenatorio dejó inconforme a la defensa técnica del acusado cuya letrada interpone el recurso vertical de apelación, que sustentado dentro

el término legal abre las puertas a la competencia de esta Sala de Decisión Penal como juez de segunda instancia.

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Previo a despejar los cuestionamientos de los diferentes sujetos procesales, el a quo se ocupa de la sinopsis de los hechos y de la actuación procesal, dando paso al análisis de la prueba debatida en juicio, esencialmente de naturaleza testimonial, a la que se suman dos estipulaciones probatorias referidas a la plena identidad del acusado y la fecha de nacimiento del sujeto pasivo de la criminalidad investigada.

Señala el funcionario que como en este caso no se discute la paternidad del hijo de la víctima en cabeza del acusado, la controversia se contrae sustancialmente a establecer en lo posible el número de relaciones sexuales y si estas ocurrieron antes de que la menor alcanzara los 14 años, o si como lo sostiene la defensa del inculcado, el amancebamiento contó con el consentimiento de la fémina que para aquel entonces ya contaba con quince años; anunciando el funcionario que el testimonio de esta resulta creíble, concuerda y es corroborado con lo dicho por los otros testigos de cargo, dando a conocer que tras la develación de los hechos en juicio sintió alivio, y que se había refugiado en el consumo de alucinógenos para afrontar la dura realidad a la que su agresor sexual la sometió por varios años.

Particularmente la madre de la menor refrenda el dicho de su prole, a quien vio tornarse rebelde, intuyendo que en aquel entonces la niña deseaba contarle algo. En este mismo orden, el conocimiento transmitido en el estrado por parte de la servidora adscrita al CTI de la Fiscalía, Clarinda Yates, quien entrevistó a la pequeña y escuchó de su boca y de forma detallada la forma en que se desarrollaron las vejaciones.

En términos generales considera que el testimonio de la menor se encuentra exento de contradicciones sustanciales, y que de haber sentido arrepentimiento y/o temor de develar la verdad no habría mostrado el grado de satisfacción que expuso tras su paso por el estrado: simplemente se habría negado a acudir al foro público. Contrario a ello, la víctima estuvo

presta a las resultas del proceso, sin que quede claro que por fuera de la sala de audiencias hubiera manifestado su deseo de retractarse, y que solo continuaba con la incriminación por miedo a las consecuencias legales que ello podría acarrearle. Si lo que pretendía era quedar bien con su progenitora le bastaba con señalar que fue abusada mediante el ejercicio de violencia y amenazas, sin necesidad de comprometer al acusado en vejaciones sexuales previas a que cumplir catorce años.

Al igual que el anterior apartado de la tesis defensiva, los demás argumentos exculpatorios carecen de respaldo. De tal forma, afirma el a quo, los testigos ofrecidos por la defensa no logran demostrar que las conductas por las que se llama a responder penalmente al acusado fueran imposibles de realizar, y se limitan a tratar de implantar la idea de que la víctima era quien buscaba acercarse al adulto, evidenciando cierto sentimiento de aceptación hacia esta persona.

No obstante y contrario a ello, la prueba de cargo demuestra sólidamente la materialidad de las conductas investigadas, así como la responsabilidad del acusado al haber sometido a la a la menor de edad a múltiples actos sexuales y accesos carnales que iniciaron cuando esta tan solo contaba con 12 años de edad, y aunque no fuera posible identificar exactamente las fechas de las interrupciones del ciclo de violencia sexual, no cabe duda sobre la presencia de un concurso homogéneo y sucesivo, y heterogéneo de conductas punibles con las que el incriminado vulneró el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual del sujeto pasivo de las criminalidades investigadas.

De otro lado señala que carece de sentido que la defensa critique a la Fiscalía por dejar de ofrecer ciertos medios de prueba que desde la orilla que defiende los intereses del acusado se entiende que le favorecen.

En síntesis, para el a quo se demostró que el enjuiciado accedió carnalmente a la menor bajo circunstancias de superioridad que a la luz de la normatividad agravan dicho comportamiento prevalido de violencia física y moral; quedando claro además que el hecho de haber embarazado a la víctima propició la denuncia en su contra. De esta forma concluye el

funcionario singular que en este caso la actividad probatoria permite superar el estándar legal para condenar previsto en el artículo 7° y 381 de la ley 906/04, y en consecuencia impone una pena principal de 24 años de prisión en contra del acusado, y por el término de veinte años la prevista en el inc. 3° del art. 52 de la obra sustantiva, sin derecho a subrogados y beneficios penales.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos exculpatorios expuestos por la defensa técnica del acusado en el escrito de sustentación del recurso vertical de apelación², se perfilan a demostrar la transgresión del principio de congruencia en materia penal en el caso de la especie, así como falencias en lo que hace a la valoración probatoria agotada por el a quo en el fallo de condena.

En relación con lo primero considera que: “aunque aparente ser un error gramatical”, el funcionario de primera instancia no le prestó atención al devenir procesal, quebrantando el principio de congruencia al señalar que la Fiscalía acusó por los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, cuando en realidad endosó el primero de los reatos junto al de acto sexual con menor de 14 años agravado, error de forma que muestra el poco cuidado y esfuerzo que el juez singular le imprime a la revisión de sus decisiones, y que expone cierta actitud del juez singular que salió a relucir en desarrollo del juicio.

En lo que hace a los medios de prueba, critica el testimonio rendido por la investigadora del CTI y psicóloga Clarinda Yates Pomares, quien entrevistó a la víctima, pues considerar que su conocimiento sobre los hechos constituye prueba de referencia inadmisibles en juicio. Sumado a ello, señala que dicha profesional actuó como investigadora y no como psicóloga, perito técnico o forense, caso en el cual debía rendir un informe o base de opinión pericial del cual adolece la foliatura. De ahí que considere que le estaba vedado a dicha testigo conceptuar sobre la credibilidad del testimonio de la menor; no obstante, el juez valoró su dicho y sirvió de base para la decisión final.

² Cfr. fls. 186-190 del expediente.

A su vez afirma que en la sentencia se alude a un informe pericial ofrecido por la Fiscalía que brilla por su ausencia en la foliatura, y que dicho proveído deja en evidencia la parcialidad del funcionario al no mencionar el testimonio de Manuel Alejandro Ramírez Pérez, jefe inmediato del acusado que observó cómo la víctima visitó en cuatro oportunidades al acusado en su puesto de trabajo durante el año 2016; circunstancia que en su criterio cierra un manto de duda en torno a una posible relación afectiva de la pareja, máxime cuando la Fiscalía no demostró que la víctima no consintiera la relación sexual con el procesado, tal como lo manifestó la defensa del acusado en alegatos de cierre, llamándole igualmente la atención que los hechos se denunciaran dos años después de los supuestos abusos, luego que el novio de la menor se contactara con la progenitora de esta.

De otra parte, reciente la ausencia de mayores elementos de corroboración periférica en relación con el cambio de comportamiento de la preadolescente, o al consumo de sustancias estupefacientes de parte de la estudiante, y sostiene que se podría haber accedido a su historial académico y/o entrevistar a los respectivos docentes.

Poniendo el acento en la prueba testimonial en concreto, afirma que la madre de la menor se contradice al declarar en juicio que en una oportunidad observó al acusado besando a su hija, y que dicha circunstancia la llevó a separarse de esta persona como quiera que en entrevista anterior aseveró que no había contemplado comportamientos extraños entre estos, aceptando incluso el inculcado que la relación con la madre de la víctima terminó por su culpa, pues le fue infiel.

En resumen, califica de arbitraria la conducta del a quo al no mencionar estos aspectos, reclamando además por la que denomina inactividad probatoria de parte de la Fiscalía al dejar de citar a varios testigos que considera claves para el esclarecimiento de los hechos investigados, a saber: los hermanos de la agredida, los cuales habrían podido verificar si efectivamente su prohijado los enviaba a realizar diligencias para propiciar momentos a solas con su hijastra, o si por aquella época observaron comportamientos extraños; el testimonio de la abuela de la niña, el de la defensora de familia que llevó el proceso de impugnación de paternidad, o de un perito en psicología o

ciencias forenses que entrevistara a la menor determinando si padecía el síndrome del niño abusado, y/o la probabilidad de la ocurrencia de los hechos investigados; el testimonio del exnovio de la estudiante, el de sus maestros, contando con la posibilidad de obtener el historial académico de la fémina.

Estos, a grosso modo, los argumentos por los que solicita revocar el fallo criticado para que en su lugar se dicte sentencia absolutoria ordenando la libertad inmediata de su presentado.

Vencido el término de traslado a los sujetos procesales no recurrentes, no se recibió intervención alguna de su parte.

5. CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En virtud del factor funcional contemplado en el numeral 1° del art. 34 de la ley 906/04, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín es competente para conocer y abordar el estudio de la decisión de condena.

Vale anotar, además, que de acuerdo con lo normado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, la competencia de esta Magistratura se limita a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes especiales, sin que sea posible desmejorar la situación jurídica del acusado como quiera que su defensa actúa como único apelante, ello, en atención al principio de limitación y no reformatio in pejus, consignados en el art. 31 de la Carta y 20 de ley 906/04, respectivamente.

En criterio de este cuerpo colegiado, además, queda claro que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se observe la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado y no puedan remediarse mediante la decisión de fondo que en derecho le corresponda emitir actuando como juez de segunda instancia.

En orden metodológico, tras auscultar en los argumentos consignados en la censura, en primer lugar, es preciso que la Sala se aplique en determinar si dentro del proceso del rubro se vulneró el principio de congruencia en materia penal y, en caso positivo, si tal afectación del debido proceso y el derecho de defensa puede conjurarse mediante la decisión de segunda instancia, o si es necesario aplicar la figura jurídica de la nulidad como remedio extremo de la actuación; como segundo asunto vacilar, se procederá a analizar lo que hace a los temas probatorios criticados por la apelante, pronunciándose de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad del fallo criticado por la letrada.

Para una correcta sindéresis de la temática planteada, resulta oportuno iniciar dicho análisis trayendo a colación la siguiente reflexión consignada en la más reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con los cargos por los cuales se puede

Esto dijo el alto tribunal al respecto:

“La congruencia, garantía con asiento en el debido proceso constitucional (canon 29 Superior), se orienta a, que el inculpado sólo pueda ser condenado por los cargos materia de acusación, toda vez que ellos, en la medida que delimitan el objeto de debate en juicio, a la hora de fallar, evita novedosas y sorpresivas imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción (Cfr. CSJ SP6613-2014, 26 may. 2014, rad. 43388 y CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383).”³

A su vez, y de vieja data, la Corporación tiene identificado que para entender que existe congruencia entre la acusación y la sentencia, se requieren en esencia y de forma imperativa la denominada congruencia personal, esto es, identidad de sujetos, entre las personas acusadas y aquellas a las que se hace alusión en la sentencia; congruencia fáctica, es decir, identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, que sean los mismos; y, finalmente, debe existir correspondencia de la calificación jurídica, “es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena,

³ CSJ, SP. Sentencia SP4930-2019, radicación n.º 52370 (Aprobado Acta n.º 302 del 13 de noviembre de 2019), M. P. Jaime Humberto Moreno Acero.

salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado.”⁴

Entando en materia, puede decirse entonces que sobre la congruencia la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta se concibe desde tres aspectos vacilares: **personal** referido a partes e intervinientes; **fáctico**, a los hechos y circunstancias; y **jurídico**, atinente a la modalidad delictiva; que: “dependiendo del enfoque, argumentación y trascendencia, si se demuestra que ellos no se identifican entre decisiones emanadas por los fiscales y los jueces, el sentenciado no podrá ser sorprendido con un fallo que transforme, como se indicó, uno de los tres aspectos enunciados en detrimento del debido proceso y del derecho de defensa, con una correlativa proyección punitiva desfavorable.”⁵

Continuando con las enseñanzas del juez plural, es claro que de los dos primeros requisitos: “... (congruencia personal y fáctica), la jurisprudencia ha predicado su carácter absoluto, no así del último, que ostenta un cariz relativo, pues, si bien, en principio, el fallador no está autorizado para proferir condena por un delito distinto a aquél por el cual se solicita condena (artículo 448 de la Ley 906 de 2004), tal regla admite excepciones, **siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación.**”⁶ (Negrilla por fuera del texto original).

Acorde con lo dispuesto en el artículo 448 de la ley 906 de 2004: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, **ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena**”. (Negrilla de la Sala).

En punto de la anterior exigencia normativa tiene dicho con criterio de autoridad la mencionada Corporación:

“Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la

⁴ Ibid.

⁵ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, radicado 25.913 del 15 de mayo de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁶ CSJ, SP. Sentencia SP4930-2019, radicación n.º 52370 (Aprobado Acta n.º 302 del 13 de noviembre de 2019), M. P. Jaime Humberto Moreno Acero.

*sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado. De esa manera, se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica respecto de la cual no haya tenido oportunidad efectiva de controversia, salvo cuando la variación favorezca los intereses del procesado porque en ese evento, aunque, en estricto sentido, se le condena por un delito que no fue el controvertido, se justifica la excepción por el efecto benéfico que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación”.*⁷

Al respecto viene sosteniendo la jurisprudencia, que el principio de congruencia no se cercena cuando en el escrito de acusación, audiencia de formulación de acusación y alegaciones conclusivas, los hechos y los delitos bajo las distintas categorías dogmáticas establecidas en la ley, guardan identidad sustancial con el fallo que debe proferirse; cuya característica esencial se traduce en la vigencia del principio acusatorio, el cual significa que no puede existir condena sin imputación (fáctica-jurídica) o proceso sin acusación.

Así mismo ratifica que la concordancia entre acusación y sentencia: “constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados”⁸.

Sobre la imposibilidad en este sistema acusatorio de proferir un fallo por hechos o denominaciones distintas a aquellas que fueron objeto de acusación, la jurisprudencia ha venido sosteniendo:

“Lo anterior encuentra sustento en que en dicha sistemática procesal –al contrario de lo que, de manera relativa, ocurría en la Ley 600 de 2000– al juez con funciones de conocimiento no le está dado suplantar las funciones de la fiscalía; es así que, entre otras prohibiciones, no puede decretar pruebas de oficio, como tampoco asumir la acusación que el fiscal, en un momento determinado, decide declinar.”⁹

⁷ CSJ, SP. Sentencia SP6808 del 2016 del 25 de mayo de 2016. radicado 43837.

⁸ CSJ, SP. Casación 24 026 del 20 de octubre de 2005.

⁹ CSJ, SP. Sentencia 28649 del 3 de junio de 2009. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Respecto de esta última prohibición, reflexionó de la siguiente manera el cuerpo colegiado:

“En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes”¹⁰.

La anterior postura encuentra apoyo en una correcta interpretación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, sobre cuyo alcance la Magistratura de cierre ha precisado:

“En cambio, en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia.”¹¹

Así las cosas, cuando el juez de conocimiento decide condenar por un delito distinto a aquél por el cual la fiscalía acusa o pide condena no hace otra cosa que asumir de manera oficiosa una nueva acusación, pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que el órgano persecutor renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación, y no por otras.

Ahora bien, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en materia penal admite la posibilidad de que el juez pueda emitir condena por denominaciones jurídicas distintas a las que se formularon en la acusación.

Sobre este asunto ha señalado lo siguiente:

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 13 de marzo de 2008, radicación No. 27413

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 13 de junio de 2006, radicación No. 15843.

"(...) encuentra la Corte que nada de ello se opone a que [la fiscalía] bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad–, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores– la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes."¹²

También:

"Por contera, la jurisprudencia más reciente (Cfr. CSJ SP6701-2014, 28 may. 2014, rad. 42357; CSJ AP5715-2014, 24 sep. 2014, rad. 44458; CSJ SP13938-2014, 15 oct. 2014, rad. 41253; CSJ SP16544-2014, 3 dic. 2014, rad. 41315; CSJ SP8034-2015, 24 jun. 2015, rad. 41685; CSJ AP7386-2015, 16 dic. 2015, rad. 46810; CSJ SP2390-2017, 22 feb. 2017, rad. 43041; y, CSJ SP4902-2018, 14 nov. 2018, rad. 52766), al entender que «la acusación es un acto dúctil», ha precisado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, en la medida que: (i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad; (iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación -requisito que, como se viera, es de carácter absoluto-; y, (iv) no se afecten los derechos de los intervinientes.

Es necesario destacar, por último, que en ninguna de las decisiones citadas se hace referencia a la necesidad de que el nuevo tipo penal se halle inserto en el mismo título o capítulo del modificado, asunto que corresponde a anteriores normativas procedimentales, ya derogadas. Apenas se anota que debe corresponder al mismo "género".

A este respecto, ya la Corte tiene dicho que el término en cuestión opera material y no formal, de manera que no existen, a lo largo de los diferentes títulos o capítulos que conforman los delitos insertos en la Ley 599 de 2000, límites específicos para que una conducta punible pueda ser mutada por otra y ello genere legítima sentencia de condena (CSJ SP107-2018, 7 feb. 2018, rad. 49799)."¹³

En consonancia con la línea de pensamiento que se puede extractar del último párrafo transcrito en precedencia, el mismo tribunal llega a sostener que procede la variación de la calificación jurídica, incluso, sin que sea necesario que los nuevos delitos deducidos al acusado guarden relación con el título, capítulo, o el bien jurídico protegido; lo realmente inmutable y que debe permanecer inmutable es el núcleo fáctico imputado, siempre que el

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de julio de 2007, radicación No. 26468

¹³ CSJ, SP. Sentencia SP4930-2019, radicado n° 52370 (Aprobado Acta n.° 302 del 13 de noviembre de 2019, M. P. Jaime Humberto Moreno Acero.

delito sea de menor entidad, y no se vulneren derechos y garantías fundamentales.¹⁴

Como puede deducirse, de las anteriores posturas se desprende que en verdad al juzgador de primer grado le está permitido apartarse de la imputación fáctica y jurídica que ha formulado la Fiscalía en la acusación, pero esa posibilidad no depende solamente de que la nueva calificación sea más favorable a los intereses del acusado, o de que en el juicio se haya debatido las pruebas que soportan la denominación jurídica sobreviviente.

Es así que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial citado, la eventualidad de condenar por delito distinto al acusado encuentra los siguientes límites: **a)** es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; **b)** la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género¹⁵; **c)** el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; **d)** la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y **e)** no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes¹⁶.

En síntesis, y como respuesta expresa al interrogante planteado por la censura, en el sub examine, al no haber acusado ni demandado la Fiscalía la condena del sujeto activo de la criminalidad por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, no resulta posible condenarlo por dicha ilicitud; por lo que bajo tales circunstancias, sólo debe mantenerse la sentencia respecto al punible de acceso carnal violento agravado endilgado al enjuiciado, so pena de afectación del derecho de defensa y del debido proceso y, en últimas, del brocardo de la congruencia.

¹⁴ En este sentido pueden consultarse las sentencias de la CSJ, Sala de Casación Penal, radicados: 45589 del 30/11/2016; 44288 del 16 de marzo de 2016; 43041 del 22 de febrero de 2017.

¹⁵ Aun así, la Corte precisó en el mismo precedente jurisprudencial que la variación de la calificación de una conducta punible hacia otra dentro del mismo capítulo podría configurar una inconsonancia, si se desborda el marco fáctico. Así lo precisó: "La Corte ha tenido oportunidad de señalar, inclusive, que no obstante tratarse de delitos pertenecientes a un mismo capítulo, existir identidad en el bien jurídico tutelado y de la sanción punitiva, como quiera que los argumentos defensivos se encaminan a desvirtuar los presupuestos que la descripción típica del delito imputado contiene, una variación en torno de ella que suponga la existencia de elementos delictivos diversos, de contenido jurídico, o extrajurídico y en relación con los cuales, en todo caso, no se habría ocupado de ser desvirtuados a través de las pruebas con dicho cometido solicitadas en el juicio, dado que no hacían parte de la acusación, es incuestionable la vulneración del derecho de defensa..." Pero, como se vio más arriba, además, se acepta que incluso el nuevo delito puede no estar incluido en el mismo título, siempre y cuando el cambio sea favorable al acusado, es decir por un delito de menor entidad, y no se quebranten derechos y garantías fundamentales.

¹⁶ C.S.J., Sala Penal, sentencia del 3 de junio de 2009, radicado nro. 28.649.

Al igual que para el órgano persecutor, para este cuerpo colegiado los actos sexuales quedan subsumidos dentro de la finalidad dolosa perseguida por el agente con su accionar delictivo, y que indefectiblemente se identifica con la intención clara e inequívoca de acceder a la víctima, como que en este caso la menor de edad aseguró en juicio que siempre que estuvo en la intimidad con el adulto, este la accedió carnalmente. De ahí que en el contexto analizado resultaría refractario del principio non bis in ídem el enrostrar el delito de actos sexuales.

De tal forma, la conclusión a la que arriba el ente acusador al respecto se advierte atinada y respetuosa de los derechos del acusado, por lo que, de contera, al dejar de lado la petición de condena por la mencionada ilicitud el ente persecutor obró correctamente, con lealtad frente a su contraparte, lo que en últimas redundará en la garantía del derecho de defensa.

Para terminar de despejar los interrogantes que surgen en relación con la figura jurídica de la congruencia, cabe señalar que la Fiscalía solicitó condena por tres causales de agravación del delito de acceso carnal violento, a saber, las contenidas en los numerales 4° (Se realizare sobre persona menor de catorce años), 5° (La conducta se realizare ... aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes...) y 6°(Se produjere embarazo) del canon 211 del C. Penal, no obstante, el juez singular emitió sentencia por los numerales 2° (El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza) y el ya mencionado numeral 5° del art. 211 de la obra sustantiva.

Y aunque en últimas dicha variación no conlleva modificaciones punitivas, es claro que de esta manera también se quebranta el analizado principio de congruencia, máxime cuando no se observa que el ente acusador haya pretextado la mencionada agravante que hace alusión a que: "El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza", ya en audiencia de formulación de imputación, ora en acusación; y menos que solicitara condena bajo tales presupuestos.

De ahí que tal postura resulta refractaria de las garantías del procesado, en especial los tantas veces citados derecho al debido proceso, particularmente en su arista de defensa; de suyo arbitraria, rompiendo sin lugar a dudas con la congruencia; procediendo de un lado el fallador a modifica la acusación al excluir dos causales de agravación sin exponer el motivo de su postura oficiosa, a lo que le sumó el adicionar una causal por la que no se le solicitó condena, y que en consecuencia debe finalmente ser excluida de los cargos por los que habrá de responder el acusado, de lo cual se encargará esta Sala en esta sede en respeto de los brocardos mencionados más arriba.

Vale insistir entonces en que, si acaso consideró el fallador de primera instancia que la agravante que decide unilateralmente incluir en clara contravención del debido proceso –principio de congruencia–, se encontraba más que probada, dicha circunstancia no habilitaba incluirla en la sentencia de condena, pues de esta forma se da al traste con la mencionada y trascendental figura.

Hechas las anteriores claridades en punto de la aplicación del principio de congruencia, y tras determinar la Sala que frente al delito de acceso carnal violento cometido bajo la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5° del art. 211 de la obra sustantiva penal, que fue por el que se dictó condena válidamente no se observa disonancia alguna, y los dislates en que incurre el fallador de primer grado en cuanto a dictar sentencia por un delito y por una circunstancia de agravación punitiva por los que no se le solicitó condena, pueden ser corregidos por esta sede sin necesidad de sacrificar el trámite adelantado, con las caras consecuencias que ello conlleva, se hará extensivo el análisis vertido en cuartillas anteriores y que resulta procedente para corregir las falencias de los apartes de la sentencia criticada, y se precederá a realizar el respectivo ejercicio de dosimetría penal, con lo que considera esta Colegiatura, se conjura los yerros detectados, retornando el proceso a los cauces de la legalidad.

Sin embargo, considera la Sala que este es el momento para realizar un llamado de atención al juez de primera instancia, quien vale decir, en el anuncio de sentido de fallo manifestó que el ente persecutor solicitó condena por las agravantes 4° y 5° del tantas veces citado artículo 211 del C. Penal,

desconociendo inexplicablemente en el fallo apelado, como se dijo, dos de las agravantes endosadas por el ente persecutor, agregando una nueva, para dictar finalmente sentencia por un delito por el que tampoco se le pidió condena; todo lo cual comporta una inexcusable trasgresión del principio de congruencia en materia penal, y demuestra una gran falta de atención, o desinterés en la realidad procesal que le correspondió conocer en virtud del caso puesto a su consideración, y que en últimas dio al traste con la mencionada garantía.

Previo entonces a que la Sala se aplique en la anunciada redosificación punitiva, tras dejar de lado como quedó claro y resulta obligatorio para la Sala, el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, resulta imperativo que la Colegiatura proceda con el análisis de la prueba debatida en la vista pública y determine si permanece incólume la presunción de acierto y legalidad de la sentencia en relación con la conducta punible de acceso carnal violento incluida en la decisión de condena.

Con miras entonces a circunscribir la decisión a los motivos de esta parte del disenso, resulta imperativo traer a colación el contenido del artículo 205 del Codex Sustantivo, por el que se formuló imputación, acusación y finalmente se solicitó y se dictó condena.

El modelo típico que describe la conducta de acceso carnal violento agravado es del siguiente tenor literal:

“ARTICULO 205. ACCESO CARNAL VIOLENTO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

...

2. El responsable tuviera cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o que la lleve a depositar en él su confianza.

(...)

5. <Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, **o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes.** Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”. (Negrillas nuestras).

Ilícito aquí investigado que según lo planteado contiene dos elementos a saber: el acceso carnal y la violencia empleada para acometer la conducta desvalorada por la ley penal.

Sobre lo primero, no se discute por parte del binomio defensivo la ocurrencia de por lo menos un encuentro sexual entre el acusado y la víctima, así como lo que hace a la paternidad del hijo de la menor que logró determinarse con prueba científica positivamente en el caso del enjuiciado; la inconformidad estriba entonces en relación con el momento en que ello acaeció, y el número de encuentros carnales que finalmente tuvo la pareja, alegando la defensa que el amancebamiento se produjo cuando la víctima tenía quince años, y no desde los doce como lo sostiene el señalamiento incriminatorio.

Pues bien, oteado lo que se dijo sobre este puntual aspecto, encuentra la Sala que el testimonio de la menor resulta ser la piedra angular, central que soporta la sentencia de condena aquí analizada, y que su aunado análisis con el resto de material probatorio permite reconocerle plena credibilidad, en tanto los demás testimonios lo rodean de fuerza y le imprimen a su dicho gran capacidad suasoria, permitiéndole estimar a la primera instancia que existió más de un encuentro íntimo con penetración por vía vaginal y con el hasta viril del procesado, y que dichas vejaciones iniciaron cuando la menor tenía doce años, extendiéndose hasta que se produjo el embarazo de la misma y el sujeto activo se enteró de dicha circunstancia, cesando en sus execrables intenciones cuando la joven tenía quince años.

Señaló clara y contundentemente la testigo que para la época en que iniciaron los ataques solo había estado en la intimidad con el acusado, y que existe una prueba de ADN, costada incluso por la familia de su abusador, que permitió identificarlo como el padre de su prole; que, ante los rumores, el mencionado grupo deseaba despejar cualquier duda al respecto.

Circunscribiendo además con total claridad y contundencia la testigo el periodo de los abusos desde que tenía doce años hasta que quedó en embarazo del varón, noticia que le comunicó a la edad de quince años, aproximadamente a los dos o tres meses de haber alcanzado dicho rango evolutivo, aprovechando el acusado dicho momento para proponerle que tomara un purgante a lo que ella se negó rotundamente, quedando clara su contrariedad porque a partir de que este se enteró de su estado de gravidez, adviera: "yo no existía en la casa para él" (sic); sencillamente, su padrastro le dejó de hablar, la hizo a un lado; siendo ello una muestra efectiva de la extrema posición que asumió el agresor sexual tras advertir la gravedad de los hechos y las consecuencias que su comportamiento le podría acarrear, y que difícilmente podría ocultar con el nacimiento de un hijo.

En relación con la frecuencia en que ocurrían los ataques, afirmó categóricamente la joven al acudir a la sala de audiencias: "... cada que al señor se le diera la gana de tocarme, como mi mamá siempre trabajaba y llegaba por la noche, entonces eso siempre ocurría como en las horas de entre las seis de la tarde que él llegaba de trabajar, siete, como hasta las siete y media, siempre era a esa hora" (sic). Como puede verse los abusos ocurrían con gran frecuencia e indiscutiblemente eran propiciados por el adulto, aprovechando la eventual ausencia de la progenitora de la víctima, aquellos espacios de soledad, alejados de la mirada de terceros.

Continua la testigo narrando en detalle el primer evento de abuso al que la sometió la pareja sentimental de su madre, el cual habría ocurrido en la residencia familiar, luego que este enviara a una de las hermanas de la menor a recargar una tarjeta del sistema de transporte metro a unas doce o quince cuadras de su casa, según le confió la propia hija del acusado; aprovechando además el adulto que su otro hijo biológico se encontraba jugando cerca de la casa con algunos amigos.

Fue así como procedió a lanzarla a una cama, le tapó la boca con las manos para evitar que gritara, y la tomó por los brazos para contrarrestar la inicial resistencia que ofreció la pequeña. De esta manera la persona que la crio junto a su madre desde que tenía pocos meses de nacida, procedió a acariciar sus zonas erógenas y la penetró por vía vaginal cuando apenas

contaba con 12 años de edad, asegurando sin dubitación alguna que todos los encuentros sexuales que vivió con esta persona incluyeron penetración por la mencionada zona anatómica.

Particularmente recuerda un episodio en el que los mencionados hijos de su padrastro se encontraban en la sala contigua y observaban la televisión, por lo que su agresor se cercioró de que no pudieran ingresar a la habitación colocando un cajo como método para dificultar el ingreso a la estancia, procediendo a accederla carnalmente mientras ella simplemente guardaba silencio.

En otra ocasión en el que su madre se encontraba en la ciudad de Cartagena en busca de oportunidades laborales, el adulto la recogió en casa de una tía y la llevó hasta un inmueble de propiedad de la abuela que para la época se encontraba deshabitado y nuevamente tuvieron relaciones sexuales. De otra parte, señala la testigo que tras quedar en cinta inició una relación sentimental con un joven llamado Sebastián, quien además fue el primero en enterarse de su estado de gravidez, pues cometió el error de mentirle asegurándole que el hijo era suyo: "... porque a mí me daba mucha vergüenza decir lo que me estaba ocurriendo y más que era el hijo del señor" (sic).

Para aclarar la situación, dice la testigo, la familia del joven le realizó una prueba de ADN al pequeño cuyos resultados arrojaron que no era hijo de Sebastián. Y tras develarse lo relacionado con los ultrajes, su madre insistió en que el acusado se practicara una prueba similar, empero este negaba las acusaciones, y solo fue hasta que la propia familia del varón costó la prueba que accedió a ello y se pudo confirmar que era el padre del bebé.

De otra parte, manifiesta que el enjuiciado vivió en su casa hasta febrero de 2017, cuando Sebastián contactó a su madre y le contó lo que sabía sobre su embarazo, a raíz de lo cual la fémina le pidió al procesado que se fuera de la casa. No niega que en otras oportunidades la pareja ya se había separado; en una ocasión, tras observar la mujer que el adulto le daba un pico en la boca a la víctima; sin embargo, el adulto le pidió perdón y la convenció de que eso no había pasado realmente, que vio mal, a pesar de lo

cual la menor no se opuso a que aquel regresara a la vivienda, pues, en sus palabras, sus otros hermanos que sí eran hijos biológicos del abusador votaron a favor de que este regresara a la casa; sumado a ello, pensó que esta persona había cambiado y que no la seguiría abusando, pero afirma que se equivocó.

Se le escuchó decir claramente además que el acusado la manipuló psicológicamente diciéndole que si contaba lo que estaba pasando entre ellos nadie le creería: “tenía mucho miedo que mi mamá pensara que yo tenía una relación con él, de que mi mamá no me creyera, de que todo el mundo se diera de cuenta, de que todo el mundo me juzgara y muchísimas cosas más que sienten todas las mujeres que son abusadas” (sic). Sus sentimientos hacia el compañero sentimental de su madre, dice, mutaron, ya que al principio lo concebía como un verdadero padre y luego le generó: “malas sensaciones” (sic).

En una clara muestra de liberación, manifestó que sintió alivio al contar en juicio lo que había pasado, indicando además que su comportamiento frente a esta persona era: “normal” (sic), y que su forma de revelarse consistió en recurrir a los: “vicios” (sic); era muy rebelde y grosera; la marihuana la relajaba, incluso fumaba previo a que el varón llegara del trabajo, agregando un aspecto que rememora y conecta con su adicción, y es que en veces esta persona la regañaba porque encontraba la casa impregnada con el olor de la planta; de ahí que cuando en vez tratara de no ausentarse, de no estar presente para evitar los abusos, pero no siempre era posible dejar el hogar.

Pues bien, como lo concluyó la primera instancia, el aunado análisis del testimonio de la menor con el resto del caudal probatorio permite afirmar que convergen en la deponente características propias de un testigo digno de toda credibilidad y, contrario a lo que sostiene la apelante, no resulta errado el mérito suasorio que se le reconoce en el fallo impugnado, el tener como cierto el sistemático abuso sexual que vivenció a manos del acusado, previo a que cumpliera catorce años y hasta que su agresor se enteró de su estado de gravidez; pero, además, que dichos abusos estuvieron prevalidos de violencia física y psicológica, máxime cuando en el ejercicio defensivo la contraparte no logra desvirtuar ni refutar sus dichos, siendo inobjetable el

directo y contundente señalamiento que realiza en contra del aquí procesado, de manera clara, natural y persistente.

Al igual que para el juez singular, y tras auscultar y escuchar con atención la deponencia de la víctima, para esta Sala de Decisión Penal esta ofrece un relato hilvanado y detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los ataques, asegurando con contundencia y sin ambigüedades que el sujeto activo, y no otro, fue quien, a pesar de haberla criado desde que tenía unos cuantos meses de nacida no tuvo reparo en hacerla presa de sus deseos libidinosos, iniciándola en prácticas sexuales a pesar de su corta edad y hasta los quince años cuando se enteró que la había embarazado, circunstancia que a todas luces le molestó y lo puso en contra de la menor, pretendiendo desentenderse del asunto y evadir las consecuencias legales de su proceder, haciéndola a un lado e ignorándola mientras se encontraban en la residencia familiar y hasta que finalmente tras demostrarse que era el padre de la criatura que dio a luz su hijastra fue expulsado del hogar familiar.

Pero, además, y como pudo verse en acápites anteriores, el elemento de la violencia intrínseco al tipo penal bajo análisis se observa prístino, ninguna duda surge en torno a dicho tópico del juicio de tipicidad analizado. No se requieren grandes esfuerzos intelectivos para entenderlo presente en este asunto, como quiera que la menor relató claramente cómo en el primer encuentro sexual su atacante le tapó la boca para que no gritara, tomándola además de las manos para contrarrestar la inicial resistencia que presentó, la oposición que al inicio del ciclo de violencia sexual se presentó de parte de la agredida, pues, en sus palabras, no quería que el adulto la tocara, aceptando que en lo sucesivo aquella cesó, se volvió dócil, permisiva, dando a entender de esta manera que asumió una actitud resignada y pasiva frente a la nueva realidad impuesta por quien hasta ese momento había considerado como un "padre" (sic).

En este punto debe hacerse un paréntesis para que la Sala recuerde que la jurisprudencia especializada enseña que el pretender descalificar el comportamiento sexual asumido por el menor de edad en este tipo de casos deviene en una inaceptable revictimización, pues la ley presume que la

persona que aún no ha alcanzado los catorce años no cuenta con la capacidad de disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales; de ahí que cualquier insinuación, y que pretenda trasladar o endosar responsabilidad al menor que es sujeto pasivo de delitos sexuales se erige desacertada y estéril en términos de resultados jurídicos.

Retomando la evaluación que viene decantando la Corporación sobre lo estudiado, tampoco puede pasar inadvertido que sin lugar a dudas el acusado ejerció otro tipo de manipulación y violencia sobre su víctima, más indirecta, subrepticia, y si se quiere elaborada, constitutiva de maltrato psicológico y moral, insinuándole que si contaba lo que estaba ocurriendo nadie le iba a creer, y que su madre y ella podrían afrontar serias consecuencias si alguien se enteraba de sus encuentros íntimos.

En definitiva, la credibilidad de la joven tampoco resultó minada, quedando claro así mismo, que la hoy mayor de edad no tenía un motivo para incriminar falsamente al acusado de haberla abusado desde que tenía doce años; para señalar falsamente que el adulto a quien veía como una figura paterna, como la persona que junto a su madre la cuidó y crio desde pequeña, violentó su derecho a la libertad, integridad y formación sexual.

En lo que hace al número de encuentros sexuales que sostuvo con el adulto, aunque no pueda precisar una cifra, es persistente y clara en señalar que ocurrían con bastante frecuencia, "casi a diario" (sic), o cuando le apetecía a su abusador; comportamiento recurrente y casi que consuetudinario que persistió desde sus doce años y hasta que superó el rango de los quince y quedó embarazada del adulto, sin que el hecho de que tampoco haya logrado precisar las calendas o interregnos en que el ciclo se interrumpió por diversas razones, constituya motivo de descredito de lo dicho por la deponente. Esto último se daba, por ejemplo, cuando el adulto se separaba temporalmente de su pareja sentimental, abandonando temporalmente la residencia familiar. En todo caso, de su testimonio se desprende sin dubitación alguna que, tras reintegrarse al hogar, a pesar de las esperanzas de la agredida frente a un posible cambio de actitud del adulto, las vejaciones continuaron y no pararon hasta que entró en estado de gravidez.

Como puede colegirse, las críticas en torno a ciertas inconsistencias en la que la testigo habría incurrido, devienen insuficientes y estériles para poner en tela de juicio o derruir su contundente señalamiento en contra del procesado. Así, explicó suficientemente y de manera creíble que no recordaba si para la época del primer abuso el adulto envió a su hermana a una tienda, o a recargar una tarjeta para el transporte público de metro, y, en últimas, tal como se vio en apartados anteriores, habría sido la propia parentela de la agredida quien le aclaró que la envió hasta una estación del mencionado sistema de transporte masivo. De esta forma la mencionada crítica no deja de ser insular, insustancial, y, por ende, sin vocación de prosperidad.

La testigo fue consistente igualmente al referirse a ciertos aspectos como las características de los encuentros sexuales, los sitios de su cuerpo que su atacante acariciaba y la zona anatómica por la que finalmente la penetró con el miembro viril; así mismo sobre los lugares en que ocurrieron los ataques, señalando la residencia del grupo familiar como de uso cotidiano para dichos fines, e incluso un inmueble de propiedad de su abuela que se encontraba desocupado; también sobre la manera en que el varón preparaba o disponía el escenario para estar a solas con ella, alejado de cualquier interferencia indeseada y del escrutinio público o familiar, ocultando los hechos mediante la manipulación y las amenazas.

De tal manera que, tras develarse lo que venía ocurriendo, tal circunstancia generó la desintegración del grupo familiar que había estado unido durante dieciocho años. Es así como para esta Sala de Decisión Penal, la narrativa sobre la forma en que se dieron a conocer los acontecimientos investigados, al igual que sobre los datos objetivos de la situación: "permiten tenerla como una vivencia y no como una fantasía", invento, engaño, o estratagema tendiente a incriminar falsamente de hechos tan graves al enjuiciado, máxime cuando, se itera, no se probó motivo abyecto, inquina o venganza en su contra, y por el contrario no cabe duda que la víctima lo tenía y veía como su padre de crianza durante tantos años, a lo que se suma que como bien lo señala el juez singular en el fallo atacado, bastaba con que la menor afirmara que había sido abusada mediante violencia para no generar una mala imagen frente a su madre y entorno cercano, siendo innecesario que

señalara que venía siendo objeto de estos comportamientos ultrajantes desde edades tempranas. Como puede colegirse el argumento defensivo relacionado con lo dicho en precedencia se cae por su propio peso.

Ahora, tal como acostumbra la Sala en este tipo de casos en los que la víctima acude al foro de fondo y describe en detalle lo ocurrido, resulta oportuno referirnos a la importancia que desde la jurisprudencia se le ha reconocido a su testimonio, así como al material indiciario que permite corroborar la versión inculpativa, y le suma peso a lo averado por la menor, con más veras cuando a pesar de los esfuerzos de la defensa del enjuiciado, dicha deponencia no resulta refutada, tampoco minada su credibilidad con base en alguno de los criterios consagrados en el art. 403 de la ley 906/04, tal cual lo analizado.

Al respecto puntualizó el Máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en sentencia T-554/03:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor”.

Como puede verse, es ampliamente reconocido que el testimonio del menor agredido sexualmente se erige en material de invaluable importancia para conocer la forma en que se presentaron los abusos por parte de su atacante, y de acuerdo a lo visto más arriba, para la Sala no existe duda que la víctima fue objeto de vejaciones sexuales por parte del acusado que incluyeron violencia física, recuérdese que adujo que al inicio del ciclo de vejaciones, y por lo menos en una oportunidad, el adulto le tapó la boca y la tomó de por

los brazos para evitar su repulsa, y así mismo dejo clara la existencia de un claro componente de violencia psicológica o moral, consistente en amenazas y manipulación para silenciarla, todo lo cual se corrobora y conecta con el resto del material de cargo, perfilando la posibilidad de estructurar el juicio de reproche jurídico penal en su contra, permitiendo descartar la pretextada ausencia del elemento normativo que consagra la fórmula prevista en el art. 205 del C. Penal, o la ausencia de violencia en el comportamiento del agente y que exige el referido dispositivo legal como elemento descriptivo, y que en últimas se encuentra conectado con el principio de legalidad que se realiza cuando se agota el juicio de tipicidad como apartado ineludible del injusto típico.

En procura de una mejor inteligencia de la problemática abordada, y como es costumbre de este cuerpo colegiado, es preciso significar igualmente que la jurisprudencia especializada tiene decantado que para validar la versión de este tipo de testigos, víctimas de vejaciones sexuales por parte de un adulto, se precisa la aplicación del criterio de **coherencia narrativa**¹⁷, para deducir que no sólo su testimonio lo era, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba resulta ampliamente concordante, y ello precisamente es lo que encuentra esta Magistratura ocurre en el sub examine.

Esto ha dicho el máximo tribunal al respecto:

“En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”¹⁸.

Es así que cuando las declaraciones de los menores víctimas de este tipo de conductas punibles, como en el caso presente se realizan de manera consistente, estructurando un relato discursivamente coherente, advirtiendo además que se expresa de una manera natural, espontánea, honesta y que en casos como el analizado la testigo describe los hechos conforme los percibió y alcanzó a procesar de acuerdo a su edad, entorno, capacidades e

¹⁷ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783. aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

¹⁸ Cfr. CSJ., SP. Providencia del 19 de enero de 2011, Rad. 30073.

idiosincrasia, esto es, a sus particulares características que la identifican como individuo, y aquellas que rodeaban su entorno social, familiar, estudiantil y personal, expresando con seguridad y claridad lo acaecido, elaborando un discurso circunstanciado, coherente, hilvanado, cohesionado, sosteniendo en el tiempo la incriminación, a lo que se suma que el recuento se encuentra concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, a lo que en veces se suma que existe prueba de corroboración periférica, sin haber sido refutado con éxito ni impugnada con acierto la credibilidad del testigo, resulta digno de toda confianza y se le debe reconocer en consecuencia todo el mérito suasorio.

Como se dijo, el testimonio de la menor resulta corroborado con lo dicho por los demás testigos de cargo, particularmente por lo expresado por su progenitora, quien refiere cómo a finales del año 2016, de buenas a primeras el acusado le propuso matrimonio y se casaron en diciembre de la mencionada anualidad, enterándose en enero del año siguiente que este había abusado de su hija, considerando que la idea de formalizar la relación le surgió al adulto: "por hacer las cosas bien, pues al derecho" (sic). Sin embargo, a diferencia de lo que opina la testigo y según la forma cronológica en que según los diferentes testigos se desarrollaron los acontecimientos que ocupan la atención de la Sala, también podría decirse que de acuerdo a los criterios de la experiencia la inesperada postura del acusado bien pudo responder a una estrategia para tratar de minimizar lo que venía venir tras enterarse del embarazo que finalmente no pudo evitar, no obstante su inequívoca intención de suministrarle lo que el mismo denominó como un purgante a la niña, como se verá más adelante al auscultar en su testimonio.

Y es que enseña la experiencia que, ante la inminencia de un mal, el ser humano trata de minimizar o evadir las consecuencias que le sean o considera adversas, y esto fue lo que precisamente hizo el acusado tras enterarse que su hijastra, a quien venía accediendo carnalmente desde hacía un buen tiempo, había quedado en embarazo.

Manifestó igualmente por su paso por el estrado la deponente que se enteró de los hechos en enero de 2017, afirmación que coincide con lo dicho por la

víctima, además de lo atinente a la separación temporal de la pareja, por dos o tres meses, luego que, advera, creyó haber visto que el adulto besaba a su hija, aunado a ciertas discusiones por los gastos del hogar que el varón afirmaba que venía asumiendo solo. Sin embargo, manifiesta que no puede asegurar con certeza que en verdad su ex pareja besara a su prole, pues en aquella oportunidad caminaba detrás suyo, y al ser este un hombre de buena estatura, dicha circunstancia le impidió ver claramente la escena; empero, finalmente decidió separarse, pues en últimas aquella situación le generó desconfianza. Otro tanto puede decirse en relación con la prueba de ADN gracias a la cual se confirmó que el acusado es el padre del hijo que dio a luz la víctima.

De otro lado afirma que tras regresar de su periplo por la ciudad de Cartagena de Indias en donde buscaba una oportunidad laboral notó un comportamiento extraño en su hija, no comía bien, le realizaron una prueba de embarazo que salió positiva, presumiendo que la criatura era de Sebastián, el novio que para aquel entonces tenía su hija prole, sin embargo se escuchaban comentarios que afirmaban lo contrario, por lo que la familia del joven le realizó un examen de ADN al niño gracias al cual se confirmó su verdadera procedencia.

Fue ahí cuando este joven le pidió perdón por no contarle antes lo que sabía sobre el embarazo de su hija, y le confió que esta le había manifestado a su vez que el padrastro la abusaba. La testigo le pidió explicaciones al acusado y lo confrontó con la menor, decantándose el enjuiciado por negar los hechos. Pasados dos o tres días lo denunció en el CAIVAS de la Fiscalía, en donde le ordenaron que el agresor no podía continuar compartiendo el mismo techo con la víctima, dejando este la que venía siendo la residencia familiar.

A su vez puntualizó que no llegó a observa actitudes "raras" (sic) entre los involucrados en estos hechos. Otros aspectos puntuales en los que resulta confirmando lo dicho por su hija, aunque de manera más general, lo que hace a su horario de trabajo de diez de la mañana a nueve de la noche, y que los abusos iniciaron cuando la menor tenía doce o trece años, notando un cambio en la niña, que pasó de muchas "risitas" (sic), de ser alegre,

vivaracha, a comportarse de manera rebelde y consumir marihuana, vicio al que la arrastraron las malas amistades, comentándole finalmente la niña que lo había hecho por escapar de la realidad, cuando sabía que el adulto iba a llegar a la casa. Afirma igualmente la deponente que algunas veces la notaba aislada.

Advera que el novio de la víctima se enteró que al parecer no era el padre de la criatura por medio de una compañera de estudio de su hija. De esta manera se iniciaron los comentarios que llevaron a la familia de este joven a practicarle a su nieto una prueba de ADN, puntualizando que la relación afectiva de aquella con Sebastián inició en el año 2014. Su prole en medio de una discusión de menores le habría manifestado a una compañera de estudio: "...por ahí, por medio de Facebook que Karen le había dicho a la pelaita que el niño era hijo del novio de ella o del marido no sé" (sic). De otro lado, cuando decidió regresar la primera vez con el procesado, el sujeto pasivo de la criminalidad investigada contaba con doce o trece años. Y manifiesta que durante la semana que duró su viaje a Cartagena le pagó a una hermana para que cuidara de sus hijos; fue para la época en que se separó la primera vez del acusado; este fue por los niños y se los llevó, reclamándole a su regreso por la actitud asumida.

Explicando lo que supo sobre el referido episodio, afirma que al parecer el adulto llamó a la casa de su hermana, dijo que le iba a comprar unas camisetas de un equipo de futbol a los niños, pero finalmente solo pidió que enviaran a la preadolescente; desconoce cuántos días compartió la pequeña con su padrastro, junto a otra hermana de la niña y una prima; para ese entonces su prole ya contaba con quince años. Aclara que se separaron por segunda ocasión por ciertos inconvenientes económicos; fue allí cuando se presentó lo de su viaje a la ciudad de Cartagena en busca de oportunidades laborales, aprovechando que en dicha urbe reside la abuela materna de la víctima, y concluye señalando que su proyecto consistía que en caso de encontrar trabajo sus hijos viajaran a reunirse con ella.

Ahora bien, en lo que respecta al criticado testimonio de la investigadora del CTI, CLARINDA YATES POMARES, psicóloga de profesión, dicha deponente refiere que entrevistó a la menor en febrero de 2017, a la edad de

17 años., confiándole esta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los ultrajes en su contra.

Pertinente resulta entonces significar que en relación con esta clase de testigos tiene discernido la jurisprudencia especializada:

“Tratándose de menores víctimas de agresiones, el sistema judicial penal requiere del apoyo de personal auxiliar, psicólogos, médicos, técnicos, peritos, funcionarios que fungen como fuente directa del conocimiento de los hechos, cuyo aporte se constituye en medio de convicción apreciable...

En síntesis, el Juez colectivo incurrió en errático razonamiento cuando se sustrajo a contemplar la coherencia del dicho de la niña, las manifestaciones físicas de dolor (obsérvese el relato de la denunciante) y los resultados del examen sexológico con el argumento de que la víctima no declaró ante el funcionario judicial los hechos que de manera coherente reveló a su abuela, a su mamá y al médico legista.”¹⁹

Sin embargo, oteado el plenario y escuchados los respectivos registros de audio, lo primero que hay que decir es que queda claro que la testigo desarrolló labores investigativas dirigidas a entrevistar a la víctima, y que contaba con las credenciales para el efecto, empero, en segundo lugar, no puede pasar inadvertido para este tribunal que la jurisprudencia ha señalado en este tipo de casos y de manera consistente que el contenido de los mencionados documentos que en verdad pueden considerarse verdaderas declaraciones anteriores, solo puede ingresar al juicio cuando la víctima no comparece a la vista pública, o cuando por alguna circunstancia no se acude al juicio, o incluso cuando a pesar de acudir no se encuentra disponible, agregamos nosotros²⁰.

Precisando los anteriores derroteros esto dijo el juez plural al respecto:

“Al margen de lo anterior, tampoco es acertado afirmar que la Ley 1652 de julio 12 de 2013 establece que la entrevista forense es una «prueba autónoma», pues en la sistemática de la Ley 906 de 2004 que gobierna la presente actuación, prueba solo es aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes, de

¹⁹ CSJ. SP. Sentencia Radicado Nro. 29.678 del 5 de noviembre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

²⁰ Piénsese, por ejemplo, en la causal exceptiva consagrada en la parte final del art. 438 de la ley 906/04, el denominado evento similar.

conformidad con el principio de inmediación –art. 16 ídem– y según lo reglado en los artículos 377, 378 y 379 de la normativa en cita.

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo –art. 392, literal d) ibídem– o para impugnar su credibilidad – arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem–, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de «elemento material probatorio» y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, «podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado».

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante «Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código».

En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste «como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió»²¹; surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004.²²

²¹ CSJ, SP, AP, 28 ago. 2013, rad. 41764.

²² CSJ, SP, AP5013-2014 del 27 de agosto de 2014, rad. n° 44066.

Conforme a lo visto, queda claro que la entrevista de la menor de edad que en virtud de lo dispuesto en la ley 1652/13 -que esencialmente se ocupó de las entrevistas forenses realizadas a menores de edad víctimas de delitos sexuales- ostenta la calidad de elemento material probatorio y de prueba de referencia excepcionalmente admisible en casos en los que no se cuente con la víctima en el juicio, ello con miras a evitar su revictimización. De ahí que, ante la comparecencia del menor al juicio y su disponibilidad para ser interrogada y contrainterrogada, su entrevista solo podía utilizarse con la finalidad para la que sirve toda declaración anterior, así este vertida en un documento, cual la de impugnar la credibilidad o refrescar la memoria del testigo.

La temática planteada, esto es, la aducción y estimación como prueba directa de la declaración brindada por el menor, fuera del juicio, y que fuera vertida en entrevista, fue abordada más recientemente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia manteniendo la línea de pensamiento vista más arriba:

“Dos problemas, en relación con la legalidad se plantean en el referido reproche: i) la aducción y su estimación como prueba directa de la declaración brindada por el menor, fuera del juicio, ante las psicólogas que lo valoraron; y...

En lo que atañe con el primero de aquellos aspectos, debe decirse que en verdad es un criterio admitido de manera pacífica por la Sala que, con independencia de la naturaleza de la prueba pericial, las declaraciones que realizan las víctimas ante los expertos sobre las circunstancias que rodearon los hechos, constituyen prueba de referencia, porque una cosa son esas manifestaciones y otra muy distinta la prueba que sirvió de medio para su incorporación en el juicio oral²³.

Por lo tanto, las manifestaciones previas al juicio oral se consideraran prueba de referencia conforme satisfagan los presupuestos que la ley establece en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, en la medida que se trate de «(i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (v) cuando no es posible su práctica en el juicio»²⁴.

“De esa manera, bajo este supuesto del carácter de prueba de referencia de las declaraciones previas al juicio oral del menor D.S.LL.B. ante las sicólogas Carolina Zuluaga Medellín y Luz Stella Paipilla Jiménez, el problema jurídico transita en el terreno de su admisibilidad, resultando claro que en virtud del interés superior del menor de edad, el bloque de

²³ CSJ, SP. AP-5785-2015, 30 septiembre de. 2015, rad. 46153.

²⁴ CSJ, SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

constitucionalidad y la jurisprudencia de esta Sala, sus declaraciones previas al juicio oral, en especial cuando son víctimas de delitos sexuales, se conciben como prueba de referencia admisible. Así lo ha precisado la Sala:

“De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468.

La anterior doctrina fue consolidada por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, donde, de nuevo, hizo un completo recorrido por los tratados internacionales y las normas internas que consagran la obligación del Estado de proteger a los niños en el contexto del proceso penal, principalmente cuando han sido víctimas de abuso sexual.

Al analizar la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, la Corte resaltó la obligación de considerar el principio pro infans en las decisiones que deben tomar los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de protección posible a los menores víctimas de abuso sexual: dijo:

Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedó visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional²⁵ proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

²⁵ Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad más adelante.

En tal sentido, hizo énfasis en los pronunciamientos proferidos en el plano internacional donde se resalta que los juicios por delitos sexuales pueden resultar tortuosos para las víctimas, lo que es incompatible con la obligación que tiene el Estado de brindar especial protección a los niños, principalmente cuando su edad y la naturaleza del delito hagan obligatoria la intervención en bien de la protección de su dignidad, integridad y demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013, donde se regula la forma como debe tomarse la entrevista a los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización.

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que 'bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión'.

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida^{26...}

Por lo tanto, se ha concluido que son razones de índole constitucional las que habilitan el uso de estas declaraciones como pruebas de referencia dentro del juicio penal, pero en todo caso no pueden reputarse como pruebas directas, como equivocadamente lo asumieron los juzgadores.

Ahora, de conformidad con el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, un fallo condenatorio no puede sustentarse exclusivamente en prueba de referencia, pero en este caso es evidente que aunque se le dio especial relevancia a estas pruebas, los falladores acudieron también a las conclusiones indiciarias que reafirmó con la credibilidad de lo expuesto por el menor, cuyo ataque necesariamente ha debido emprender el casacionista para lograr el decaimiento del fallo impugnado.²⁸

²⁶ La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

²⁷ en CSJ. SP, oct. 28 de 2015, rad. 44056 (en el mismo sentido SP, mar. 16 de 2016, rad. 43866).

²⁸ CSJ. SP. Auto del 12 de abril del 2018, radicado AP1453.-2018, 44632. M. P. Patricia Salazar Cuellar.

Teniendo en cuenta las enseñanzas y derroteros vertidos en las glosas jurisprudenciales traídas a colación, y tras escuchar los respectivos registros de audio y trasegar por la foliatura que compone el expediente del caso, queda claro para la Sala que las partes y el director del juicio permitieron que a través de la investigadora ingresara lo que escuchó decir a la víctima en relación con la forma en que ocurrieron los hechos objeto de debate, información que sin lugar a dudas constituye prueba de referencia inadmisibles si se tienen en cuenta las circunstancias advertidas más arriba y en las que no insiste la colegiatura para no tornarnos repetitivos.

En consonancia con las glosas transcritas y el análisis consignado en cuartillas anteriores, refulge nítido en consecuencia que esta segunda instancia no puede valorar la parte de lo dicho por la testigo que resulta prueba de referencia inadmisibles en el juicio, en tanto la menor de edad acudió y ofreció su testimonio en la vista pública, en lo que le asiste razón a la censura.

No obstante, lo dicho no da lugar a tener por desacreditado el testimonio de la investigadora, máxime cuando no se atacaron sus credenciales o la idoneidad para realizar la tarea investigativa encomendada, o el desarrollo de su trabajo en términos objetivos, simplemente en orden a una debida valoración de su testimonio se restringe la que puede ser objeto de valoración al apartado del referido dicho que constituye prueba directa, quedando descartado además, y en eso le asiste razón a la crítica del fallo de primera instancia, cualquier posibilidad de valorar los conceptos emitidos como si actuara como perito, condición en la que indudablemente no fue llamada a juicio, teniendo en cuenta además que tampoco se habilitó la práctica y el ingreso de la entrevista realizada a la paciente.

En conclusión, es un hecho inconcuso que en verdad esta clase de testigo ostentan una doble connotación, ya de testigos directos de aquello que alcanzan a percibir de manera personal y directa por los órganos de los sentidos al momento de entrevistar a la víctima y que como tal puede ingresar a juicio sin el cumplimiento de condiciones especiales, e indirecto de aquello que la menor le reveló sobre la forma en que ocurrieron los ataques

sexuales en su contra que no puede ingresar sino de forma excepcional, según lo visto.

En otras palabras, la información que de ordinario y por este medio probatorio se puede ingresar a juicio se contrae a aquello percibido directamente por el testigo, y, excepcionalmente, a lo que escuchó de terceros y como tal constituye prueba de referencia que de ordinario deviene inadmisibile para fundar un fallo condenatorio.

Colofón a ello, se itera, tras escuchar los respectivos registros de audio no llama a duda que en la práctica probatoria la defensa y el juez permitieron que ingresara a juicio material de referencia a través del medio criticado, esto es, del testimonio de la investigadora del CTI de la Fiscalía, sin embargo, considera igualmente este cuerpo colegiado que tras realizar el consecuente ejercicio valorativo y retirar del análisis el material de referencia, en el proceso subsiste suficiente material probatorio que permite emitir fallo en contra de los intereses del acusado.

Y es que puede decirse que a la prueba directa se suma aquella a la que el derecho español le tiene acuñado el término de prueba de “corroboración periférica”, que indudablemente hace más creíble la versión de la víctima, bajo circunstancias que encuentra la Sala se ajustan y resultan razonables, atendidas las particularidades del caso bajo análisis.

Continuando con la valoración de los testimonios de cargo, resta señalar que tras despejar el anterior punto de la apelación, al igual que para la a quo, para esta Sala el testimonio de la víctima ofrece plena credibilidad, no solo desde la perspectiva individual, en cuanto al sujeto que lo rinde, la forma y su contenido, sino porque empalma a la perfección con la restante prueba testimonial de cargo válidamente ingresada a juicio, y que da cuenta de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a los hechos atribuidos al ciudadano llamado a responder en juicio criminal por agredir sexualmente a la otrora menor de edad.

Pasando ahora en la prueba de descargo, se tiene que el acusado renunció a su derecho a guardar silencio, y de lo dicho por este en juicio se extracta lo siguiente:

Señala que sostuvo una relación amorosa con la menor entre finales de 2013 o inicios de 2014, y hasta finales del 2016 o principios de 2017, la cual habría iniciado justo cuando la madre expulsó a la joven de su casa junto a otra de sus hermanas, esta última hija biológica del encausado, y ello se produjo luego que se descubrió que las jóvenes mentían cuando decían que se iban a estudiar. Las menores se fueron para el barrio Santa Cruz. La víctima había tenido muchos problemas con su madre ya que la mujer pensaba internarla para tratar su adicción a las drogas. Fue en ese momento en que comenzó a llamarlo para que le suministrara dinero con el cual cubrir los pasajes para trasladarse hasta su colegio.

Advera que se dirigía hasta la casa que la familia de la niña tenía desocupada, y fue así como empezaron a: "surgir las cosas" (sic), los sentimientos entre ambos. En total fueron unos cinco encuentros sexuales que incluyeron acceso carnal con el hasta viril, pero solo fue hasta la tercera visita que pasaron de los besos a la cópula. Tras esto el adulto regresó a la casa familiar, afirmando que en esta residencia no tuvieron sexo.

Para la fecha del último encuentro íntimo la joven tenía 14 o 15 años, ocurrió en enero, o febrero de 2015, cuando las jóvenes vivían con una tía y su madre estaba en Cartagena; él le iba a comprar una boleta para que fuera a ver el partido de un equipo de Fútbol "El Nacional" (sic), del que la menor era hincha, no pretendía comprarle la camisa de dicha escuadra como lo afirma la testigo. Asegurando que su relación era tan buena con su hija y su hijastra que las adolescentes le pidieron a la progenitora que las dejara ir a quedarse con él al barrio Manrique, pues en la casa de la tía ubicada en el sector de Moravia soportaban una difícil situación ya que en algunas oportunidades no tenían que comer.

Se enteró del embarazo por la madre de la menor, quien tras su arribo de Cartagena le manifestó que había soñado que su hija se encontraba en cinta, que la veía muy delgada, que debía purgarse, encargándolo de ofrecerle un

laxante, lo cual no era raro ya que continuamente “purgaban” (sic) a sus hijos, pero la adolescente se negó a recibir el medicamento. Su pareja sentimental decidió corroborar lo del embarazo mediante una prueba de sangre que arrojó resultados positivos, suponiendo que la criatura era del novio de la menor de nombre Santiago.

En referencia a los acontecimientos previos a la develación de la paternidad del hijo de la víctima, averó que los padres de la pareja sentimental de su hijastra se presentaron en la casa de la familia con una joven que afirmaba que la menor le había confiado que Sebastián no era el padre del niño, que en realidad era del cónyuge de esta fémina llamado Yair, con quien aquella sostuvo relaciones sexuales en alguna oportunidad al quedarse en la residencia de este varón, de tal manera que exigían que les permitieran realizarle una prueba de ADN al niño, la cual finalmente se materializó con las consecuencias conocidas.

A los dos o tres meses el joven Sebastián se contactó con la madre de la ofendida, y le dijo que el acusado podría ser el padre porque habría abusado de la hijastra durante la estancia de la progenitora en la ciudad de Cartagena, época para la que la jovencita contaba con 15 años. Explica que en su momento negó la paternidad del niño porque no sabía si efectivamente era suyo; y que al ser confrontado con la menor atinó a decir: “yo no digo nada porque yo no quiero indisponerlas a las dos” (sic), refiriéndose a la madre y a la víctima.

En aquel entonces le subsistían dudas al respecto, pues la víctima había estado con varios hombres en la intimidad aseverando que la primera vez le manifestó que el niño era del mencionado Yair, y recordó que en varias ocasiones tuvo que buscarla en la residencia de esta persona ya que se encerraba con este hombre. De otra parte, asegura que madre e hija sostenían una complicada relación afectiva, que la menor se iba a ver partidos de fútbol sin el consentimiento de aquella y regresaba a los dos o tres días. Por el contrario, él sostenía una excelente relación con la joven, tanto así que cuando se iban a ir a vivir sin él al barrio Moravia, la víctima y una medio hermana de esta le pidieron a la denunciante que las dejara quedar con él, a lo que este se negó por su condición de consumidoras que

permanecían en la casa permitiendo el ingreso de hombres, y que no tenía tiempo para andar cuidándolas.

Recaba en que tenía una estrecha, excelente, y en ocasiones permisiva relación con la adolescente que se dice agredida, quien le habría confiado que se encontraba arrepentida, y que la demanda la interpuso su progenitora. Circunstancia que igualmente le habría confiado en privado a una sicóloga en desarrollo de las audiencias iniciales agotadas en una Comisaría de la ciudad. Le confirmó así mismo que algunos familiares le habrían dicho que si retiraba la “demanda” (sic) se metería en problemas e iba a parar a la cárcel.

Y al ser cuestionado por su interrogador, acepta que en cierta época permitió que su compañera sentimental corriera a la víctima y a su hija Vanessa de la residencia familiar, a sabiendas de que en la calle corrían peligro, y explica que lo hizo porque eran un mal ejemplo para el niño pequeño de la pareja, principalmente por el consumo de drogas, a lo que se suma que no podía desautorizar a la madre, era necesario que “escarmentaran” (sic).

En lo que hace al consumo de drogas por parte de la menor violentada, sostiene que inició a la edad de doce o trece años, y que la joven se hizo novia de Sebastián a finales del año 2013 o 2014, no lo recuerda bien, pero sabe que terminaron de enemigos, y que inicialmente le habría dicho al joven que él la habría violado cuando la mamá se encontraba en la ciudad de Cartagena, variando posteriormente dicha versión por aquella según la cual la venía abusando desde que tenía doce años, después afirmaron que desde los trece.

Finalmente acepta que durante las relaciones íntimas no usaban métodos de planificación, aclarando que en el transcurso de unos cuatro o cinco meses sostuvo a su vez unas cinco o seis relaciones sexuales con la fémina, siempre en la casa de unos familiares de su hijastra que se encuentra ubicada en el barrio Santa Cruz de la ciudad de Medellín, inmueble que para la época se encontraba desocupado, sin desconocer que obró mal al sostener relaciones de naturaleza sexual con su hijastra.

Otros testigos que se sumaron a la tarea defensiva, los dos hermanos del acusado y un jefe inmediato en una empresa en la que el varón laboró antes de ser privado de su libertad por cuenta del presente proceso.

Los primeros refieren que observaban una relación normal entre el adulto y la menor, limitándose a dar fe del buen comportamiento y calidad humana de su consanguíneo, a quien se refieren como un padre cariñoso con todos los niños del núcleo familiar, asegurando que el hijo de estos nació cuando la joven ya tenía quince años. Agregando HUMBERTO ESPINOSA CASTAÑO, que se enteró que su hermano era el padre del hijo de la víctima tras sostener inicialmente esta que el papá era un joven del barrio, afirmando posteriormente que lo era un novio de nombre Sebastián; finalmente mediante prueba de ADN se demostró que su hermano era el padre. Lo que noticia en estrados, fue como se lo escuchó contar al propio inculcado.

Da cuenta a demás este testigo de un episodio, un viaje familiar en el año 2015 en el que la víctima pidió expresamente movilizarse, entre otros, en el mismo vehículo con el acusado. Otro aspecto que resulta trascendente, es que al igual que el anterior testigo, otro de los hermanos del procesado, ALBERTO ESPINOSA CASTAÑO, acepta que no presenció encuentros sexuales entre la pareja.

Es evidente, además, que, por ser parientes, en los mencionados testigos subsiste interés en favorecer al inculcado, y ante lo precario de su conocimiento sobre los hechos, mal podría llegarse sobre la base de los mismos a una conclusión exculpatoria, a lo que se suma que tampoco generan las serias dudas que encuentra la impugnante.

Similares reparos pueden formularse en relación con el testimonio del comerciante MANUEL ALEJANDRO RAMÍREZ PÉREZ, quien informa que el acusado laboró en una bodega de estampados en el centro de la ciudad de Medellín, teniéndolo como jefe inmediato entre 2016 y 2018, en un horario de siete de la mañana a seis de la tarde, observando que hasta el lugar y en varias oportunidades arribó la víctima para visitar al acusado, más no logró escuchar lo que hablaba ni indagó por sus motivaciones, asegurando que el hecho se repitió en tres o cuatro oportunidades. Tan solo esto conocer y

puede transmitir el referido testigo sobre los hechos que ocupan la atención de esta Sala.

Como puede colegirse fácilmente, tras aplicar el método de la sana crítica, las contradicciones de los testigos de cargo planteadas por la apelante, y que han quedado resueltas de manera previa, no son de relevancia frente a la conducta punible en la que como ha quedado acuñado sólo se hallaba inmerso el acusado, quien acepta el acceso carnal, y la menor K.G.M.C., quien fuera la ofendida con dicho comportamiento contrario a derecho. Más allá de las afirmaciones del procesado, no se cuenta con material que respalde su teoría exculpatoria, y la posibilidad de visitas a su sitio de trabajo, no genera la duda razonable de la que habla la jurisprudencia como para deruir o poner en entre dicho la fuerte tesis incriminatoria, minar la credibilidad de la víctima, o desechar de tajo su testimonio, en síntesis, no tienen el vacilar efecto pretendido por la defensa del procesado.

En este punto de la hilatura, y ubicándonos en otro apartado de la censura, debe hacerse una mención aparte a la carga de la prueba en la sistemática acusatoria, como quiera que las falencias investigativas que la apelante le achaca a la Fiscalía, en verdad son suyas, pues tal como lo enseña la literatura especializada a diferencia de la sistemática procedimental penal anterior, ley 600/00, en la que el ente persecutor tenía la carga de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, bajo la sistemática acusatoria:

*“el actual sistema de enjuiciamiento convoca al estrado defensivo a participar activamente en los actos de investigación, como que al fiscal en aras al principio de investigación objetiva, que con tanto ahínco invoca la defensa, está en la obligación de velar por el esclarecimiento de la verdad, lo que no se traduce en llevar a juicio la totalidad de los elementos que puedan surgir en el proceso investigativo”.*²⁹

Siguiendo esta misma línea interpretativa, en el auto AP8308-2016, rad.49.050 del 30 de noviembre de 2016, M. P. José Luís Barceló Camacho, el alto tribunal plantea lo siguiente:

²⁹ CSJ, SP. Auto 32.405 del 11 de noviembre de 2009.

“El fiscal instructor de la Ley 600 debe efectuar una investigación integral (artículos 20 y 134), con imparcialidad en la búsqueda de la prueba (artículo 234), mientras que tal mandato no existe para el fiscal de la Ley 906, quien simplemente debe adelantar la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito y, en caso de formular acusación, debe hacer descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios que posea, incluso los que sean favorables al procesado (artículos 15 y 142-2). Del artículo 250 de la Constitución Política fue eliminado el inciso según el cual: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado [...]”. En la Ley 600 el fiscal es director del proceso durante la etapa de sumario o instrucción y cuando inicia el juicio se convierte en sujeto procesal (artículos 26 y 400). El Fiscal de la Ley 906 siempre es parte.”

Es así como con ayuda de las glosas traídas a colación podemos afirmar que la crítica perfilada a demostrar que la Fiscalía incumplió de algún modo su deber en términos de descubrimiento o aporte de pruebas, al igual que la mayoría de las formuladas por la impugnante carece de soporte jurídico bajo la arquitectura de la sistemática acusatoria.

De tal forma que atendiendo a la secuencia de los hechos acreditados con el material testimonial y las estipulaciones logradas por las partes, refulge que el enjuiciado, y no otra persona es el llamado a responder en este juicio criminal; que fue este quien intervino indebidamente en ámbitos propios de la libertad, integridad y formación sexual de la menor de edad, y que precisamente el relato de la víctima, resulta refrendado por la demás prueba de cargo, existiendo “coherencia de la declaración incriminatoria en las varias oportunidades en que fue expuesta”, en sus aspectos centrales o nucleares, sobre las circunstancias de toda índole en que rutinariamente era abordada sexualmente por el enjuiciado.

En todo caso es claro que la balanza debe inclinarse favorablemente a favor de la tesis defendida por el ente persecutor, dado el peso y fuerza de la prueba de cargo, no obstante su frugalidad, pues no puede olvidarse que en este tipo de casos con excepción del propio abusador, generalmente el único testimonio directo de los hechos lo puede suministrar el sujeto directamente afectado con la criminalidad, en contraste con la debilidad y falta de contundencia del material exculpatorio, que ni siquiera alcanza para sembrar duda sobre una posible relación amorosa del procesado con la víctima, y que según las huestes defensivas se habría dado cuando esta tenía quince años

y no antes, y que incluyó relaciones carnales en una cinco o seis oportunidades, como lo sostiene el procesado sin mayor respaldo.

De esta forma, es inobjetable que sin fundamento alguno y con base en meras conjeturas carentes de respaldo probatorio de peso, pretende la recurrente desvirtuar lo declarado por los testigos de cargos, quienes aportan elementos de juicio para el mejor conocimiento de los hechos y para confirmar la veracidad de los dichos de la joven agredida, olvidando la recurrente que respecto de su particular teoría del caso, no sólo le corresponde una fuerte carga argumentativa, sino probatoria, de modo que, si su pretensión era mostrar incongruencias de peso, contradicciones sustanciales o suministrar elementos de convicción, ofreciendo mejores y más creíbles testigos, debió asumir una tarea proactiva al respecto y no solo pasiva, o de simple confrontación del que considera limitado o frugal material probatorio allegado por el ente persecutor, presentando medios de prueba perfilados a la mencionada tarea, infirmando de contera lo dicho esencialmente por la propia ofendida directa en este asunto.

Después del análisis del material probatorio abordado por la Sala, resta decir que ninguna duda la asalta en relación con la materialización de la conducta punible de acceso carnal objeto de juzgamiento, y mucho menos de su autoría en cabeza del justiciable, así como de la violencia física y moral desplegada en desarrollo de tal comportamiento, y de la estructuración de la causal de agravación punitiva por la que se emitió fallo de condena, no sólo porque la prueba de cargos al ser analizada individualmente y en conjunto así lo revele, sino porque evidentemente la tesis defensiva no encontró respaldo alguno, ni se aportó una contundente prueba exculpatoria.

Así las cosas, es claro que, al menos en lo que hace al delito de acceso carnal violento agravado cometido en concurso homogéneo sucesivo, y contrario a la opinión de la apelante, el juicio del juez singular no se observa errático, en tanto se demostró más allá de toda duda -superando de esta forma el estándar legal fijado en el artículo 7°, 380 y 381 de la ley 906/04 por el legislador para emitir fallo de condena- su ocurrencia en los términos de la acusación y la responsabilidad que le asiste al procesado en el mismo, conclusión que, según lo visto más arriba, conduce a que se modifique el

fallo criticado y la Sala se aplique necesariamente en la redosificación punitiva de las consecuentes penas impuestas al acusado en sede de primera instancia, garantizando y materializando de esta derechos que resultan pilares del sistema acusatorio cual el debido proceso, defensa, estricta tipicidad y legalidad de los delitos y las penas.

Como se anunció, la Sala se aplicará a continuación en el ejercicio de dosimetría penal, sin posibilidad de desmejorar la situación del enjuiciado en respeto de la garantía ínsita a la condición de único apelante de la abogada que representa sus intereses en este juicio.

REDOSIFICACIÓN PUNITIVA

Lógicamente, y según lo visto en acápites anteriores de este proveído, la pena impuesta en el fallo de primera instancia sufre la modificación respectiva al quedar sin efectos lo que hace a la condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

Realizado el respectivo descuento punitivo la Sala partirá de una sanción privativa de la libertad de 144 meses de prisión, correspondiente al extremo inferior de penas plausibles de imponibles por el delito de acceso carnal violento del art. 205 de la obra sustantiva que va de 144 a 240 meses de prisión, respetando en esto la posición asumida por la primera instancia en razón de no habersele deducido circunstancias de mayor punibilidad al procesado, lo que de entrada no genera dificultad en orden a la aplicación del principio de *no reformatio in pejus*

Ahora bien, el a quo solo dictó sentencia por una de las circunstancias de agravación punitiva prevista en el art. 211 de la obra sustantiva, de todas aquellas por las que igualmente hicieron parte de la acusación y por las que se demandó sentencia, a saber la contenida en el numeral 5° del mencionado dispositivo normativo; en consecuencia, tal como se anunció más arriba, indiferente del número de agravantes la pena de la que se parte sufre un aumento de una tercera parte a la mitad, lo que aplicando las disposiciones del canon 60 *ibidem* se traduce en los siguientes extremos punitivos: 192 en el extremo inferior y 360 en el techo.

De ahí que la Sala parte de 192 meses de prisión (la pena mínima, como lo hizo el a quo), a los que se debe sumar otro tanto en atención a la aplicación de la teoría de los concursos, para el caso en virtud del concurso homogéneo sucesivo de conductas punibles materializado por el agente, art. 31 del C. Penal, optando la Magistratura por imponer dos (2) años en atención a los múltiples sometimientos carnales, como la gravedad y daño que conlleva esta conducta, quantum que se respeta en orden a no desmejorar la situación del acusado por ser la defensa única apelante.

En total se impone una pena de 216 meses de prisión, y por el mismo lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas de que trata el inc. 3° del dispositivo 52 ibíd.

SUBROGADOS PENALES Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS

Vale significar que en audiencia de individualización de pena y sentencia del art. 447 de la ley 906/04, las partes guardaron silencio en lo que hace a subrogados penales y mecanismos sustitutivos.

Ahora, debido al monto de pena imponible, objetivamente no se cumple en el caso de la especie con el requisito objetivo que demanda el artículo 63 de la obra penal, en tanto la sanción privativa de la libertad impuesta se encuentra muy por encima del límite de 48 meses de prisión contemplado en el mencionado dispositivo normativo, a lo que se suma que por tratarse de delitos sexuales en contra de un menor de edad subsiste prohibición legal expresa que impide el reconocimiento de esta u otra gracia liberatoria, o mecanismo sustitutivo como la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 de la ley 599 del 2000.

En consecuencia, JOHN JAIRO ESPINOSA CASTAÑO debe continuar detenido para el descuento efectivo de las penas aquí modificadas.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia condenatoria en lo que tiene que ver con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, y se **CONFIRMA** la decisión de condena respecto del concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal violento agravado de que trata el artículo 205 del C. Penal, y canon 211, numeral 5° de la misma obra sustantiva, imponiéndole al acusado JOHN JAIRO ESPINOSA CASTAÑO una pena de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, y por el mismo término la inhabilitación de derechos y funciones públicas de que trata el inciso 3° del artículo 52 ibídem, de conformidad con los argumentos expuestos por la Sala en la parte motiva de este proveído.

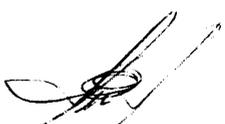
SEGUNDO: NEGAR la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad de que trata el artículo 63 del C. Penal, y la prisión domiciliaria del canon 38 ejusdem, por los motivos expuestos en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: DEVOLVER al juzgado de origen la actuación para que se realicen las anotaciones de rigor.

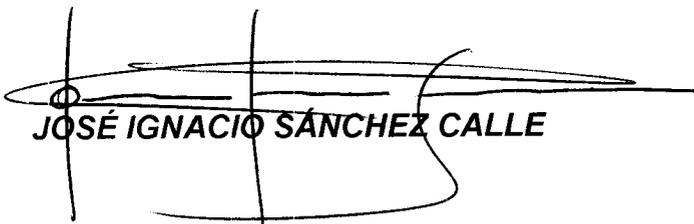
CUARTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE