



SALA DE DECISION PENAL

APROBADO ACTA 216

(Sesión del 27 de agosto de 2024)

Radicado: 05001-60-00207-2019-00939
Sentenciado: Jorge Alveiro Muñoz Paniagua
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años Agravados
Asunto: Defensa apela sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 30 de agosto de 2024

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE LA DECISION

La Sala decide del recurso de apelación presentado por la Defensa del procesado, en contra de la sentencia condenatoria proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se condenó a Jorge Alveiro Muñoz Paniagua como autor penalmente responsable de un concurso homogéneo del delito de Actos sexuales con menor de catorce años Agravado, imponiéndole una pena total de 162 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados penales.

2. ANTECEDENTES FACTICOS

Conforme reposa en el escrito de acusación, los hechos se presentaron entre el 17 de marzo de 2016 y el 26 de mayo de 2019, cuando la menor M.M.E¹ tenía entre 5 y 7 años, cada vez que visitaba la casa de su abuela paterna de nombre Omaira, ubicada en la Carrera 131 #66-31 del corregimiento San Cristóbal de esta ciudad. Allí el señor Jorge Alveiro Muñoz Paniagua, compañero sentimental de la abuela, aprovechaba la confianza que le tenía la familia de la menor, para realizarle diversos vejámenes sexuales cuando estaba a solas con la menor, consistentes en tocarle

¹ Se omite identificar a las menores por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de los delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU. Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia con lo enunciado en el Código de Infancia y Adolescencia.

con su mano la vagina por dentro de la ropa, poner la mano de la menor sobre su pene, exhibirle el pene cuando estaba en el baño y en el cuarto, hechos que se repitieron por lo menos en 30 oportunidades en diferentes momentos y espacios de la casa.

3. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 10 de marzo de 2021 ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación por el delito de Actos Sexuales con menor de catorce años Agravado, en concurso homogéneo (Artículos 209 y 211 #5), el imputado no se allanó a los cargos.

3.2. El 23 de junio de 2021 el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, donde el fiscal sostuvo los cargos imputados y el procesado no se allanó a los mismos.

3.3. El 20 de septiembre de 2021, el Ente Acusador hizo el descubrimiento probatorio y el procesado no se allanó a los cargos.

3.4. El 14 de febrero, 23 de marzo, 16 y 23 de mayo de 2022, se evacuó el juicio oral, en diligencia que culminó anunciando el sentido condenatorio del fallo.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Inició la *a quo* haciendo referencia a que para condenar se requiere que de las pruebas válidamente practicadas en juicio se desprenda certeza más allá de toda duda razonable sobre la ocurrencia del hecho acusado y de la responsabilidad penal del procesado.

Precisó que, en el caso en concreto, la Fiscalía acusó a Jorge Alveiro Muñoz Paniagua, de haber realizado diversos actos sexuales en contra de la menor cuando estaban a solas, actos que consistían en tocarle con su mano la vagina por dentro de la ropa, poner la mano de la menor sobre su pene, exhibirle el pene cuando estaba en el baño y en el cuarto, hechos que se repitieron presuntamente en al menos 30 oportunidades, en diferentes momentos y diversos espacios.

Conforme a la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal, le corresponde al funcionario judicial verificar la existencia de esos hechos y su posterior

adecuación al tipo penal, a su vez examinar si efectivamente se afectó el bien jurídico tutelado, es decir, si fueron antijurídicos y, por último, si de ellos se puede predicar la responsabilidad penal en cabeza del procesado.

La *a quo* se refirió al caso en concreto, con el fin de determinar la existencia del hecho, es decir los tocamientos libidinosos por parte del procesado en contra de la menor víctima, tales como tocarle la vagina por dentro de la ropa, poner la mano de ella sobre su pene y exhibirle el pene. Afirmó que la naturaleza de este tipo de delitos, no permite que existan testigos directos de la comisión delictiva, a excepción de la propia víctima, es decir que generalmente se queda sin diversidad de testigos directos u otros medios de prueba que acrediten lo ocurrido; en este caso, el testimonio único directo del hecho es el de la víctima, la menor M.M.E, testimonio que debe ser sometido a la apreciación bajo las reglas de la sana crítica, que permita verificar la credibilidad, coherencia de la declaración, para determinar si se superó el baremo impuesto para emitir sentencia condenatoria.

En atención a ello, se refirió la primera instancia al testimonio de la menor víctima M.M.E y a su credibilidad para asegurar que es verídico y que la teoría de la defensa, será desechada, pues no se consideró que la menor víctima haya mentido sobre los hechos referidos, porque se expresa con claridad y contundencia frente a los tocamientos libidinosos, y aunque no aportó fechas exactas, sí refirió momentos concretos, además ubica los hechos en un espacio concreto, que es la casa de la abuela Omaira.

Manifestó la *a quo* que la menor, frente al hecho investigado, no presenta dubitaciones ni contradicciones, hizo referencia a los aspectos más importantes de la agresión, concluyendo que la menor refleja lo natural del relato, sin dejar de lado el pudor e incomodidad con la que narró lo que vivió, de su declaración no se evidencia que se trate de mentiras, pues incluso en las diferentes ocasiones que le preguntaron por el acto delictivo, respondió sin dubitación ni contradicciones, sobre los elementos centrales del abuso, que coinciden con los hechos jurídicamente relevantes plasmados por el Ente Acusador en el escrito de acusación.

Se refirió a los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia para soportar probatoriamente la existencia de un hecho con la declaración única de la víctima, en primer lugar, manifestó que el relato de la menor es estructurado lógicamente, es persistente en la forma como ocurrieron los hechos, tanto los datos de modo, tiempo y lugar, por lo que insiste la *a quo* que la menor no presenta contradicciones en su declaración; diferente a posibles imprecisiones de fechas y hora, pero es que esto es apenas esperable, de una menor de dicha edad para el momento de los hechos (5 a 7 años), por lo que concluyó que su relato, es coherente internamente.

Posterior a ello se refirió a la corroboración periférica de la declaración, asegurando que existen hechos probados que coinciden con lo narrado por la víctima con el testimonio de la madre de la menor, Manuela Echeverri, como que no queda duda que el señor Jorge Alveiro Muñoz Paniagua, convivía con la abuela paterna de M.M.E y que usualmente era dejada en casa de su abuela Omaira, en semana, fines de semana, inclusive hasta el amanecer.

Seguidamente se refirió a Floralba Úsuga Gómez, abuela materna de la menor, la cual refirió a grandes rasgos que la menor iba mucho donde la abuela paterna, pero que después de un tiempo a la fecha le dijo que no quería ir, hecho que le llamó la atención, posteriormente se dio cuenta que Jorge Alveiro Muñoz la tocaba, la manoseaba y le alzaba la bata.

De las anteriores declaraciones concluyó la primera instancia que, pese a que es solo el testimonio de la menor la prueba directa, la declaración de la madre y de la abuela materna de la víctima, aportan indicios de corroboración, por ejemplo, llamó la atención de la *a quo* como ambas coinciden en que la menor desde hacía un mes, más o menos, venía con alteración en el comportamientos y sin querer volver a la casa de la abuela Omaira, lo cual era apenas lógico, pues un menor de edad no sabe cómo manejar una situación donde se siente ultrajado, pero por su poca edad no sabe el camino a seguir, pues es normal que sientan miedo a ser regañados o que no les crean. Además de otros aspectos, como que la menor víctima tenía una buena relación con su abuela Omaira y su compañero permanente Jorge Alveiro, que era una relación armónica, le brindaban mucho afecto y la consentían llevándola a lugares de recreo y a comer helado, de forma que se descarta algún móvil para querer hacerle daño al procesado, inculpándolo.

La *a quo* manifestó que no queda duda frente a la prueba de autoría de Jorge Alveiro, pues la menor siempre lo señaló como el perpetrador de los tocamientos y en concordancia con lo declarado por la abuela y la madre de la víctima, quedó claro que el autor era el compañero sentimental de la abuela, la señora Omaira. No acogió tampoco el cuestionamiento de la defensa, referente a que no se hizo prueba de reconocimiento fotográfico sobre el procesado y por lo tanto no es seguro que se trate del mismo.

De tal forma, consideró que se probó por parte del Ente Acusador que Jorge Alveiro realizó tocamientos en la vagina de la menor y el abuso consistente en poner las manos de la víctima en su pene; sin embargo, recalcó que cuando una condena se fundamenta casi únicamente en el dicho de la víctima, este ha de someterse a un mesurado, racional y ponderado análisis, se refirió a los criterios fijados por la Corte

Suprema de Justicia aseverando que todos concurrían, lo que permite alcanzar el grado de certeza acerca de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad penal del infractor.

Una vez verificada la tipicidad de la conducta, la *a quo* se refirió al dolo y la antijuricidad de la conducta, para determinar si en el *sub judice* concurre alguna causal de justificación o si por el contrario el proceder del acusado fue doloso, por lo tanto, culpable. Respecto al dolo, concluyó la primera instancia que Muñoz Paniagua tenía conocimiento que los tocamientos que le estaba realizando a la menor M.M.E tenían un contenido sexual, en consideración además de haberla sometido a que le tocara su miembro viril, deja claro que el procesado quiso llevar a cabo estos actos en contra de M.M.E, lo cual ocurrió en concurso homogéneo, por cuanto la menor es clara en referir que los sucesos se presentaron en múltiples ocasiones.

El Ente Acusador solicitó agravar la pena por el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, criterio que concedió la primera instancia al considerar que se probó que el procesado era pareja sentimental de su abuela paterna y convivían hace varios años, por ello estaba integrado a la familia y la madre de la menor y la propia menor lo consideraban como un integrante de la familia, un abuelito, tal como refirieron los testigos de cargo; en ese sentido, no le asiste razón a la defensa cuando exige una especie de tarifa legal al demandar la duda probatoria por no existir un reconocimiento fotográfico o en fila del procesado por parte de la víctima.

Refirió jurisprudencialmente por qué en este caso no es necesario un reconocimiento fotográfico, y concluyó que en la investigación y en el juicio solo existía un compañero sentimental de la abuela Omaira de nombre Jorge Alveiro Muñoz, y fue esa persona y no otra quien con sus actos abusivos lesionó el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de la menor víctima; por ello dictó sentencia condenatoria en contra de Jorge Alveiro Muñoz Paniagua.

5. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la defensa del procesado apeló argumentando, en primer lugar, que precisar fechas es un detalle fundamental para predicar la responsabilidad penal del procesado, teniendo en cuenta además que los demás testimonios fueron de referencia y que se echó de menos el dictamen médico y examen psicológico de la menor, que acreditaran el abuso; arguye que el no haber determinado las fechas, ni las veces que fue tocada, pues incluso afirmó

que nunca observó el miembro viril de su agresor, a su criterio disminuye la credibilidad del testimonio de la menor.

Seguidamente criticó que no se determinó ni identificó plenamente al procesado como el agresor, ni por parte de la menor, ni por parte de sus familiares, ya que la Fiscalía no indagó por ello, para sorpresa de la defensa la abuela paterna de la menor víctima, Omaira, no fue llamada como testigo, para que pudiese afirmar o negar la existencia del señor Jorge Alveiro Muñoz Paniagua y si era cierto que era su compañero permanente al momento en que presuntamente sucedieron los hechos. En concordancia a ello, frente al agravante el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, manifestó que no se probó por parte de la Fiscalía más allá de toda duda que el procesado fuera la pareja sentimental de la señora Omaira, abuela de la menor.

Manifestó que ni siquiera la Juez cuenta con el nombre completo de la abuela Omaira, por lo tanto, es un error que no puede traducirse en una sentencia de condena, más aún para un ciudadano que no está plenamente identificado en el proceso, pues ello atentaría con el debido proceso, la igualdad de las personas ante la ley y el derecho de defensa.

Se refirió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para afirmar que cuando se juzga la conducta humana, es preciso determinar en estricto sentido que es lo que se juzga, cuál es la adecuación típica que realmente corresponde, entre otros. Trajo a colación la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada el 27 de febrero de 1990 MP. Edgar Escobar López, para en pocas palabras soportar que para proferirse sentencia de condena debe hacerse sobre la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado, pues en la sentencia de condena no pueden existir dudas, ni probabilidades.

En conclusión, estimó que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada por el Ente Acusador y, en concordancia con lo expuesto, solicitó revocar la sentencia condenatoria proferida en contra de Jorge Alveiro Muñoz Paniagua y en su lugar, se dicte sentencia absolutoria en su favor.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver el asunto en cuestión según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

6.2. Problema Jurídico

Le corresponde a la Sala resolver si del testimonio de la menor víctima M.M.E, única testigo directa de los hechos, es posible sostener la sentencia condenatoria en contra Jorge Alveiro Muñoz Paniagua o si, en su lugar, en favor de la duda probatoria y la presunción de inocencia debe dictarse sentencia absolutoria en favor del procesado Muñoz Paniagua.

6.3. Valoración y solución al problema jurídico

6.3.1. Para dar respuesta al interrogante, debemos comenzar por delimitar y precisar el concepto de duda probatoria; en ese sentido, la sistemática procesal penal acusatoria, desarrollada armónicamente por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que no es cualquier duda la que debe llevar al operador judicial a declarar que la prueba practicada no es suficiente para que su convencimiento racional supere la exigencia impuesta por la ley, sino que, tal como lo ha dicho, *“puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenué o incida de alguna otra forma que resulte relevante”*³.

En ese sentido, el concepto de *“conocimiento más allá de toda duda razonable”* para proferir sentencia condenatoria, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional, se concibe en términos de certeza racional, no absoluta, es decir, fundada en la prueba lícitamente ingresada y practicada en juicio, respecto de los elementos esenciales del delito y la responsabilidad del procesado, convencimiento al que debe llegarse después del ejercicio intelectual de la valoración probatoria y que impone, de no lograrse, la aplicación del principio constitucional y legal del *in dubio pro reo* en favor del ciudadano llamado a juicio por el Estado; así ha dicho la Corte:

“(…) La convicción más allá de toda duda corresponde a un estado del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación del sujeto que aprehende y el objeto aprehendido. Impera recordar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal.

² Artículo 34 CP. De los tribunales superiores del distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial, conocen:

De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferían los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

³ Sentencia SP 1467 del 12 de octubre de 2016, Rad. 37174

(...)

*En consecuencia, solo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, **dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elemento de convicción ideales o imposibles**, ahí en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad en favor del procesado.*

*Así las cosas **no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta**, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son mínimos o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo condenatorio.⁴ (Subrayas y negrillas de la Sala)*

Precisado lo anterior, es oportuno referirse al tratamiento que la Corte Suprema ha dado a los delitos sexuales; de vieja data la jurisprudencia y la doctrina han establecido que el testimonio único de la víctima puede ser suficiente para llevar al Juez el conocimiento más allá de toda duda razonable, necesario para emitir sentencia condenatoria, tratándose de víctimas de delitos sexuales, las que por lo regular no pueden ofrecer más elementos de juicio que su versión de los hechos, ello siempre y cuando el mismo sea confrontado conforme los criterios del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal y decantada su credibilidad a partir de los postulados de la sana crítica.

Es por eso que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencialmente pautas de valoración probatoria, las cuales bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, permiten establecer el valor suasorio de la declaración de la víctima, por lo que se deberá probar **(i)** la ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima, que se deriven de relaciones preexistentes entre el presunto victimario y la postulada víctima, que pudieran sustentar la existencia de resentimiento o enemistad; **(ii)** la verosimilitud de la declaración, la cual hace referencia a que cuente con elementos de corroboración periférica en declaración o medios probatorios diferentes, y permitan fortalecer la versión aportada por la víctima, y **(iii)** la persistencia de la declaración, la cual debe ser coherente, consistente, sin contradicciones y ambigüedades.

En igual forma, el Tribunal Supremo de España, acogido en reiteradas decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que:

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal – SP 43262 del 16 de abril de 2015.

“Tales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad.

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”⁵

A pesar de lo anterior, es preciso recordar que tal como lo ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de niños, no solo por el hecho de serlo es imperioso creerles sin mayores explicaciones, pues no siempre que declaran dicen la verdad, por el contrario *“sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate”⁶* por lo que deben valorarse sus dichos sin prejuicios y atendiendo a las reglas fijadas por la citada corporación; ese cuidado especial permitirá al operador judicial no caer en extremos de postular que los menores nunca mienten o que siempre debe creérseles, ya que al igual que los adultos, los niños pueden ser altamente influenciables, mintiendo, tergiversando o alterando los hechos, con el fin de atender intereses particulares o inclusive por la manipulación de un tercero.

6.3.2. Declaración de M.M.E como prueba fundamental de cargos.

⁵ ATS 6128/2015.

⁶ Sentencia Rad. 35080 del 11 de mayo de 20211, reiterada en la Sentencia SP880-2017; Rad. 42656, M.P. Eugenio Fernández Carlier

Con fundamento en el marco teórico explicitado en precedencia, lo primero que debe valorarse en el caso en concreto para corroborar o desestimar la teoría de la defensa impugnante, es la credibilidad del testimonio de la menor M.M.E como prueba fundamental de cargos. M.M.E declaró que se encontraba en juicio *“por lo que paso en 2019 con Jorge (...) él me tocaba las partes íntimas cuando estaba durmiendo, cuando mi abuela estaba en la cocina o se iba a la tienda (...) él a lo primero me tocaba las partes íntimas y me cogía la mano para que le tocará la parte íntima a él”*⁷ refirió que esto sucedió muchas veces, durante el día y la noche, sucedía por dentro de la ropa y por dentro de su vagina, manifestó que a veces tenía la pijama que era como ancha y debajo de las rodillas y que él le metía la mano por debajo de la pijama, explicó que Jorge le cogía la mano y se la metía debajo de la sudadera que él tenía puesta o el blue jean y ella la sacaba y él se la volvía a meter.

Refirió que esto ocurrió en casa de su abuela, en aguas frías, en travesías, en Medellín y que ella se encontraba allá porque a veces su mamá *“tenía que trabajar y no tenía con quien dejarme y me llevaba allá”*. M.M.E describió con precisión de detalles la casa de su abuela, donde habría ocurrido la agresión sexual, refirió que la casa *“tenía dos cuartos, pero uno estaba desocupado del todo y el otro tenía la cama con el closet y el televisor, uno entraba apenas a la casa y estaba la sala y uno seguía derecho y la cocina y el baño”*⁸ manifestó que eso generalmente ocurría cuando su abuela estaba en la cocina haciendo la comida o cuando se iba para la tienda a comprar cosas para el desayuno y que no le contó a su mamá porque tenía miedo de que la regañaran.

Manifestó que eso no le gustaba, que se sentía muy incómoda y por eso casi no le gustaba ir allá, por lo que decidió contarle a su mamá, le contó una vez que ella la iba a llevar a la casa de la abuela Omaira y empezó a llorar diciéndole que no, refirió que su mamá *“se desesperó y me llevó donde mi abuela Flor (abuela materna) a ver si era verdad lo que yo estaba diciendo”*⁹. Por último, refirió que su mamá la llevó al psicólogo, pero que no volvió porque no le gustaba hablar de eso.

En virtud de lo anterior, el primer interrogante que se apresta a resolver la Sala será verificar la presencia de incredibilidad subjetiva derivada de posibles resentimientos o enemistades previas a la conducta punible, entre el agresor y el agredido, con el fin de descartar la intervención de intereses personales o de terceros en perjudicar al procesado; en el *sub iudice* tenemos que la menor víctima M.M.E negó haber tenido problemas con el procesado previos a los hechos denunciados, de hecho compartía tiempo con él, manifestando que *“jugaba caballito con Jorge, Jorge me llevaba por ahí a comprar cosas con él”* también jugaban caballitos en la cocina, él

⁷ Sesión de juicio oral del 23 de marzo de 2022 – A partir del minuto 9:00 a 10:30 aprox.

⁸ Sesión de juicio oral del 23 de marzo de 2022 – A partir del minuto 16:00

⁹ Sesión de juicio oral del 23 de marzo de 2022 – A partir del minuto 45:20

la montaba en sus hombros, la llevaba a comer helado junto a su abuela Omaira, por lo que es razonable pensar que existía una relación cercana con el procesado, ya que la mamá varias veces la llevaba allá, inclusive su mamá Manuela Echeverry manifestó que la relación entre la víctima y el procesado era *“súper bien, la verdad en la casa decíamos él es el abuelito de María, o sea él la vio nacer, era súper pendiente vengá que necesita la niña, que necesitas tu”* pues era una persona demasiado atenta, la verdad” y es por eso que considera la Sala que no existían relaciones enemistosas previas a los hechos denunciados entre la víctima y el procesado que influenciaran de alguna manera la construcción ficticia del suceso o un interés perverso con el fin de perjudicarlo, era muy cercano a la familia ya que inclusive la madre lo consideraba como el abuelo de la víctima.

Ahora frente a la verosimilitud de la declaración, la Sala considera que no es aislada, cuenta con corroboración periférica en pruebas independientes, más allá de la discusión sobre la crítica del apelante, la ocurrencia de los hechos se ve confirmada por el testimonio de su madre, Manuela Echeverry, que refirió *“la pareja de la abuela Omaira, le está tocando sus partes íntimas”*, respecto a cómo conoció la situación refirió que *“eso fue como un domingo o sábado, yo le había dicho hija voy a salir un momentico con unos amigos a ver un partido, te voy a llevar donde la abuela y cuando se termine el partido yo te recojo, y ella ahí fue que me empezó a llorar así “no, no me lleves para allá, por favor ma, no” y yo pero por qué, qué pasa y ella que no y que no y que no, y yo después de un rato le dije cálmate si no me cuentas que pasa igual te voy a llevar porque no me estás diciendo por qué, y ahí fue que me dijo es que no quiero ir porque Jorge me está tocando mis partes íntimas.”*

También refirió que *“ella siempre me decía ma es que era cuando ella (la abuela) se iba a la cocina o ella salía a comprar las cosas de la comida y me dejaba con Jorge y en esos momentos él aprovechaba y lo hacía”*.

Por su parte, la abuela materna Floralba Úsuga Gómez refirió que se enteró *“en marzo de 2019, no te puedo decir qué fecha porque la verdad no la recuerdo, pero la verdad eso pasó como en el 2019, un día cualquiera que la niña me contó pasa que cuando mi abuela se va para la tienda me levanta la bata y también me decía que él le ponía sus partes íntimas en las partes íntimas de ella, yo no podría creer, me quede asustada porque nosotros creíamos que estaba en una parte muy segura.”* Confirmó también que para la fecha de los hechos denunciados eventualmente la cuidaba su abuela *“siempre la cuida la mamá, pero un fin de semana ella siempre se quedaba con Omaira, porque a ella le gustaba mucho llevársela para allá”*

La madre de la víctima y la abuela materna coincidieron en afirmar que a la niña se le veía triste, pues su abuela manifestó que *“yo le preguntaba que cómo le iba que cómo estaba con la abuela, que bien, pero de un momento para acá ella ya no decía nada, se ponía a llorar y decía que se quería quedar conmigo, pero ella no decía nada, hasta*

el día que me contó, ya ahí fue que ella me contó lo que le pasaba con Jorge.” La madre de la menor dijo que “ella era muy achicopalada, ella ya no quería como hacer nada, en el colegio bajó las notas, entonces ella no llevaba trabajos, o se quedaba atrasada o mira mamá no quiero escribir, ya estaba muy retraída.”¹⁰

En atención a lo anterior, y además de que la defensa no impugnó la credibilidad de ninguno de los testigos de cargos, considera la Sala que la declaración de la menor no debe ser tachada como falsa, mentirosa o fantasiosa, no debe ser afectada en su valor suasorio ya que cuenta con corroboración en los demás medios probatorios incluidos en el acervo allegado por el Ente Acusador.

En cuanto a la persistencia de la incriminación, la víctima declaró que la pareja de su abuela paterna, el señor Jorge Alveiro Muñoz Paniagua la tocó en diversas oportunidades, en el año 2019, declaración que fue corroborada por los testigos de cargo, la madre de la víctima, su abuela materna, que no adolecen de incongruencias, aunque el censor alegó poca credibilidad en la declaración de la menor, al no referir las fechas exactas de las agresiones, la Sala no aprecia incongruencia alguna, pues lo que observamos es a una niña intentando recordar un hecho atroz que la marcó, pues tal y como lo indicó ella, se sentía incomoda y a pesar del tiempo transcurrido, fue coherente, consistente y espontánea en todas las instancias en las que tuvo que revivir el hecho victimizante, frente a su familia y en el estrado judicial.

Corolario a lo anterior, la declaración de la menor víctima M.M.E además de ser clara, coherente y precisa, iteramos, no fue desprestigiada durante el conainterrogatorio cruzado, cumplió el examen de valoración probatoria, además de que la defensa no logró impugnar su testimonio y por ello merece credibilidad, si bien es cierto que los menores pueden ser manipulados, no es lo que se observó durante el juicio, donde, como se manifestó, presenta una clara, consistente, coherente y reiterativa narración de lo que le sucedió. Dentro del juicio se probó que el procesado fue el abusador de M.M.E, y, de hecho, posterior a la denuncia Muñoz Paniagua desapareció, dejó de vivir con la abuela de la víctima, y tampoco compareció al proceso.

6.3.3. Ahora bien, argumentó el apelante en el escrito de alzada que la víctima no habría referido las fechas en las que fue tocada y que ello se constituye como un elemento fundamental para determinar la responsabilidad del procesado, ello teniendo en cuenta que tampoco existió dictamen médico; al respecto, no le asiste razón al apelante, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia *“a la víctima, en el presente caso, un menor de 14 años, que se sometido a una sorpresiva agresión*

¹⁰ Sesión de juicio oral del 23 de marzo de 2022 - A partir del minuto 1:15:50

sexual, no puede exigírsele exactitud en los detalles de la agresión”¹¹ ello en atención a sus derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Colombia y el Código de Infancia y Adolescencia, por lo que si bien la menor no refirió fechas exactas, si dio cuenta de momentos concretos, refirió que cuando ocurría su abuela estaba en diferentes lugares, además como lo dijo la *a quo* ubicó los hechos en un espacio concreto, como la casa de la abuela Omaira, ahora bien, frente al examen médico, considera la Sala que este no hubiese ofrecido mayores datos para la investigación, dado que la menor nunca manifestó que haya habido penetración, por lo que un eventual informe sexológico no hubiese ofrecido certeza de la existencia del hecho abusivo o no.

Así mismo alegó el censor que el hecho de que la menor haya afirmado que nunca observó el miembro viril del agresor merma su credibilidad, lo cual no es cierto puesto que como quedó probado en el juicio, el procesado cogía la mano de M.M.E y la llevaba hasta su miembro viril por dentro de su ropa, por lo que la víctima no tenía la manera de verlo, además de que nunca afirmó haber visto el pene de Jorge Alveiro, solo manifestó que el procesado cogía su mano y se lo hacía tocar, a pesar de que ella quitaba la mano, el volvía a cogerla y llevarla hasta su miembro.

También alegó el apelante que presuntamente dentro de la vista pública no se determinó ni se identificó plenamente a su defendido, ni por parte de la menor, ni por parte de la familia; olvida el defensor que la menor siempre señaló como abusador a la pareja sentimental de su abuela paterna Omaira, inclusive su madre y su abuela materna señalan como perpetrador a Jorge Alveiro Muñoz Paniagua.

Extrañó además la comparecencia de la abuela paterna de la menor, la señora Omaira, sin embargo, la abuela de la víctima también es pareja sentimental del procesado y es por ello que se encuentra amparada en el derecho de no declarar en contra de su pareja consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política y a su vez en el artículo 385 de la Ley 906 de 2004; es por ello que la no comparecencia de la abuela paterna de la víctima en juicio, no puede ser objeto de reproche por la Sala.

6.3.4. Del agravante por el numeral 5º del artículo 211 –aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor-.

El artículo 211 del Código Penal intensificó el reproché de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando, entre otras circunstancias:

¹¹ Sentencia SP-1944-2022 del 25 de mayo de 2022. Rad. 51527, M.P Hugo Quintero B.

“(…) 5. La conducta se realizará 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 unión libre.” (Subrayas y negrillas de la Sala)

De la interpretación literal se infiere que la anterior disposición aparejó la adopción de preceptos encaminados a evitar y sancionar más drásticamente situaciones de violencia padecidas al interior del seno familiar por cualquiera de sus miembros, esto, sin consideración de su género o edad.

En concordancia, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la causal del numeral 5º se configura cuando el agente ostenta una posición, carácter o cargo que le da una particular autoridad sobre la víctima, o también, cuando ese mismo carácter posición o cargo obliga a la víctima a depositar su confianza en el sujeto activo de la conducta.

En el *sub judice* encuentra la Sala que claramente entre la menor víctima y el procesado existía un alto grado de confianza, derivado de su parentesco con la abuela de la víctima y del hecho de que la madre Manuela Echeverry llevaba a la niña a la casa del procesado y la abuela Omaira a quedarse, ya sea porque trabajaba o iba a salir, lo que de cierta manera habría facilitado el abuso sexual contra su hija, a raíz de esa confianza que existía entre la madre de la víctima y tanto la abuela de la víctima como su pareja sentimental, en consecuencia la menor también habría depositado su confianza en su abuela Omaira y la pareja sentimental de ella.

Es por ello que considera la Sala que el procesado tuvo la real oportunidad, en términos de tiempo y espacio, debido a que la madre de la víctima Manuela Echeverry dejaba a M.M.E en casa de su abuela Omaira, cuando debía salir a trabajar o iba a salir con sus amigos, para que la abuela la cuidara con ayuda de Jorge Alveiro, es decir, la madre también depositó su confianza en la abuela Omaira y su pareja sentimental, Jorge Alveiro Muñoz Paniagua, para el cuidado de su hija M.M.E y, en virtud de esa confianza, el procesado habría aprovechado que la menor se encontraba en su casa y además que su abuela salía a la cocina a preparar la comida o a la tienda por las cosas del desayuno o la comida, para efectuarle esos tocamientos por los que fue acusado.

Así las cosas, para la Sala quedó demostrado más allá de toda duda razonable, que Jorge Alveiro Muñoz Paniagua, cometió los actos sexuales investigados en contra de la menor M.M.E, y aunque la defensa ataca la

sentencia alegando haber encontrado una serie de yerros en la valoración probatoria de la primera instancia, la Sala los desestimaré, teniendo en cuenta que los dichos de la menor fueron corroborados y verificados por el testimonio de su madre Manuela Echeverry y su abuela materna Floralba Úsuga Gómez, que aunque no fueron testigos directos de la comisión delictiva, aportaron detalles importantes sobre las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico y, por ende terminan por dar credibilidad a la versión entregada por la víctima, en consecuencia, la sentencia de primera instancia no merece ningún reproche y en atención a ello, habrá de ser íntegramente confirmada.

Con fundamento en lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley; **CONFIRMA** la sentencia condenatoria proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín en contra de **JORGE ALVEIRO MUÑOZ PANIAGUA**, conforme los argumentos presentados en la parte considerativa de la sentencia.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fe8c9342635d371916d5f25d97e518850bbf50df563e8154b7eab8cb58c0136a**

Documento generado en 28/08/2024 10:09:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>