



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

| |
|---|
| PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869 |
| DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado |
| PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ |
| PROCEDENCIA: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín |
| OBJETO: Apelación sentencia condenatoria |
| DECISIÓN: Modifica |
| M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz |
| Sentencia Nro. 019 |
| Aprobada Acta Nro. 094 |

Medellín, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO POR TRATAR

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia Nro. 024 proferida el once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022), por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín, en la que declaró penalmente responsable a **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** por la comisión de las conductas punibles de Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo con los artículos 208 y 209 del Código Penal, imponiendo una pena de ciento cincuenta (150) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos jurídicamente relevantes fueron consignados en la sentencia de primera instancia, de la siguiente manera:

*"Los hechos ocurrieron en el transcurso del primer semestre del año 2020, momentos en los cuales el señor **FRANCISCO JAVIER ARISTIZABAL MUÑOZ**, veía y acechaba a la menor de edad J.C.L., de 6 años para esa anualidad, cuando jugaba en las afueras de la residencia y calles aledañas a esta, ya que son vecinos, al estar domiciliados en el barrio El hueco, corregimiento de San Cristóbal del municipio de Medellín; oportunidades que aprovechó el señor **ARISTIZÁBAL MUÑOZ** para llevarla a su residencia ubicada en la calle 62c #133 – 34 del referido corregimiento, donde en dos ocasiones le realizó tocamientos en su parte íntima y el día 13 de junio de 2020 la sometió a acceso carnal al introducir sus dedos en la vagina de la menor víctima J.C.L."*

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Trece Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, el doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020) se llevó a cabo audiencia de legalización de captura. La fiscalía le comunicó a **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** que estaba siendo investigado como presunto responsable de la comisión del concurso de conductas punibles de Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo con los artículos 208 y 209 Código Penal, sin que aceptara el cargo lanzado. Se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

El cuatro (4) de enero de dos mil veintiuno (2021), la fiscal del caso presentó escrito de acusación en contra del imputado señalándolo como probable responsable de los delitos imputados y le correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín. El veintiuno de (21) de enero siguiente, se agotó la audiencia de formulación de acusación.

Luego de un aplazamiento, el veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021) se instaló e inició la audiencia preparatoria, que se continuó el seis (6) de agosto y culminó el diecisiete (17) de ese mes y año.

El juicio oral se adelantó los días diecinueve (19) de noviembre y dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), veinte (20) y treinta y uno (31) de enero, veinticinco (25) de febrero, tres (3) y treinta y uno (31) de marzo, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), momento en que se presentaron los alegatos de conclusión.

El dos (2) de agosto de ese año, se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio y dio trámite a la audiencia de individualización de la pena.

El once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022) se dio lectura a la sentencia, frente a la que la Defensa interpuso recurso de apelación. Por último, mediante auto del treinta y uno (31) de agosto, se concedió la apelación ante esta Corporación y se dispuso su envío.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

LA PROVIDENCIA APELADA

La juez de primera instancia encontró el conocimiento más allá de duda razonable a partir de lo manifestado por la menor J.C.L. en el juicio oral, versión que halló creíble al detallar con claridad la forma como ocurrieron los hechos. Según la juez, los narró de manera clara y coherente, al igual que los ocurridos con anterioridad y los presentados luego de la revelación de lo ocurrido.

Luego trajo a colación algunos argumentos acerca de la tesis del testigo único frente a los delitos de índole sexual, para señalar que hubo prueba de corroboración suficiente. Así, partió de lo declarado por la madre quien percibió de manera directa lo indicado por la ofendida, así como sus cambios comportamentales, motivo por el que la niña debió recibir tratamiento psicológico.

Recordó lo narrado por las galenas que atendieron a la víctima para indicar que existe persistencia coherente en su relato y aunque las profesionales no encontraron rastros de lesión en el examen físico, esta situación no excluye el abuso sexual que se haya podido presentar. Por último, abordó lo dicho por la investigadora judicial que le realizó entrevista a la agredida.

Con todo, dijo, la prueba de cargo es coherente entre sí, reviste de mayor convicción lo manifestado por la víctima, pues la corrobora en todos sus aspectos, de ahí que estén acreditados dos hechos, el primero donde hubo tocamientos por encima

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

de la ropa, y el segundo, cuando le quitó las prendas de vestir y le introdujo los dedos en la vagina.

Seguidamente, abordó los testimonios ofrecidos por la defensa –*que ponen al acusado en otro lugar a la hora en que se dijo ocurrió el último hecho*–, para concluir que entre ellos hay contradicciones acerca de las franjas horarias, el motivo de la celebración, las personas que le realizaron el reclamo al encartado luego de lo ocurrido, las manifestaciones relacionadas por la falta de realización de examen sexológico a la menor y dudas relacionadas con los supuestos problemas previos entre el procesado y la madre de la menor.

Por eso, consideró que la tesis defensiva relativa a poner al acusado en otro lugar la noche de lo ocurrido, no cuenta con el valor suasorio suficiente para debilitar la teoría de cargo pues hay prueba suficiente de lo ocurrido.

Frente a los reparos efectuados por la defensa, argumentó: (i) no hubo irregularidad alguna ni aleccionamiento a la víctima en la entrevista rendida; (ii) la menor en todas sus salidas fue clara en narrar lo ocurrido y a pesar de que ante la investigadora del CTI sólo habló de un evento, lo cierto es que fue amplia en el juicio oral de hablar de los otros sucesos; (iii) la médico legista a pesar de no encontrar rastros o marcas en el cuerpo de la menor, no descartó lo ocurrido; (iv) aunque la galena que evaluó a la menor en la Unidad Intermedia de Metro Salud de San Cristóbal señaló que no había variaciones en su estado de ánimo y/o comportamiento, se demostró que la víctima requirió de tratamiento psicológico; (v) a pesar de que no se encontró rastro en el cuerpo de la

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

menor acerca de lo ocurrido, la médico afirmó que esta circunstancia no indica que no se hayan presentado, y (vi) fueron varias las contradicciones en los testigos de la defensa que no permiten otorgarles credibilidad suficiente.

Por lo anterior, no existió motivo alguno que permita dudar de la versión de la víctima y, por el contrario, la consideró veraz, creíble y con respaldo suficiente por lo que acreditada está la comisión de las conductas punibles, por lo que emitió sentencia condenatoria en contra del procesado.

DE LA APELACIÓN

La defensora del encartado recordó la teoría del caso en la que prometió demostrar que los hechos del trece (13) de junio de dos mil veinte (2020) no ocurrieron porque el acusado se encontraba en otro lugar, fue así que presentó testigos que dieron cuenta de esa situación, además que fue el procesado quien había entregado las llaves de su casa porque unas personas iban a ver el primer piso que estaba en arriendo y él vivía en el segundo. Aspecto que no fue tenido en cuenta en la decisión de primera instancia.

Tampoco se destacó que la descripción del inmueble presentada por la madre de la menor no era posible darla, dado que no conocía el inmueble.

En la narrativa que dio la niña a la investigadora que le realizó la entrevista, se mencionó sangrado por el

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

tocamiento, lo que no encuentra coherencia en su relato, en especial, cuando la médico que la atendió le encontró himen intacto, sin estar en presencia de lesiones anteriores en la vagina, así como tampoco se puede desprender de las estipulaciones probatorias que efectivamente la infante estuvo en tratamiento psicológico.

Se dejó de lado el motivo para instaurar la denuncia, esto es, los problemas presentados entre el procesado y la madre de la víctima.

Consideró que existen motivos que permiten dudar de la versión rendida por la ofendida, pues la prueba de corroboración da cuenta de inconvenientes anteriores, la falta de rastros en el cuerpo de la menor y la negativa de esta al ver valorada en Medicina Legal.

Por lo anterior, concluyó que el examen probatorio no permite tener convicción racional acerca de los elementos de la responsabilidad penal, sin que se haya desvirtuado la presunción de inocencia del encartado, y solicitó sea revocada la decisión de primera instancia, ordenando la libertad inmediata de su representado.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son las competentes para decidir los recursos de apelación

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

interpuestos en contra de las sentencias proferidas por los Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este evento se ajusta a la previsión legal pues la providencia sometida a nuestro conocimiento fue proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín, despacho adscrito a este distrito.

Hay, en nuestro criterio, sustentación suficiente para que podamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, siendo límite de nuestra intervención, conforme a la técnica del recurso, los aspectos cuestionados por la recurrente.

El problema jurídico planteado por la recurrente se relaciona con la valoración probatoria efectuada por la primera instancia, pues sostiene que para el trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** se encontraba en un lugar completamente diferente al sector El Hueco del corregimiento San Cristóbal, esto es, estaba en una celebración familiar en la residencia de su padre en el barrio Robledo Villa Sofía de la ciudad de Medellín, por lo que no pudo haber realizado la conducta punible que se reprocha, aunado a que no hay suficiente prueba que permita tener como acreditados los hechos contenidos en la acusación.

En aras de darle un orden lógico a la solución del problema jurídico planteado, estimamos pertinente desde ya precisar que se hará un estudio inicial acerca de la valoración probatoria efectuada por la juez de primera instancia, y abordar lo relativo al

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

planteamiento de la hipótesis alternativa verdaderamente plausible que ubica al procesado en otro sitio al momento del hecho llevado a cabo el trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), seguidamente, se analizará la materialidad del delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y finalmente, si hay lugar, realizar una redosificación de la pena.

DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

Sea lo primero indicar que en delitos como el que aquí se juzga, donde se presenta un atentado contra la formación e integridad sexual de un menor de edad, esto es, cuando hay una afectación a la dignidad y su autonomía ética, se ha reconocido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que la versión dada por estos goza de *especial relevancia y de elevado mérito persuasivo*¹, sin embargo, no significa que sus dichos no puedan ser objeto de censura o crítica por parte del fallador, en tanto, el Código de Procedimiento Penal establece una regulación acerca de la forma como debe ser valorado un testimonio.

No debe dejarse de lado que conforme al artículo 402, el testigo únicamente podrá declarar acerca de lo que, en forma directa y personal, haya podido observar o percibir, y, para su valoración se deben seguir las reglas del artículo 404, esto es, deberá tener en cuenta:

“los principios técnico-científico sobre la percepción y la memoria, y especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las

¹ Véase entre otras: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2944 del 12 de agosto de 2020, radicado 55663; Sentencia SP1721 del 15 de mayo de 2019, radicado 49487.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”.

El testimonio de los menores ha sido objeto de bastantes pronunciamientos por parte del órgano de cierre en lo penal, en especial por el tratamiento legal que se le ha dado en razón al reconocimiento de su especial protección constitucional. Así ha indicado:

“En ese margen hay que convenir en que el testimonio de los menores de edad ha sido tratado con una delicada ductilidad atendiendo la reconocida primacía constitucional de sus derechos (artículo 44 de la Constitución Política)², pero eso no autoriza que su declaración se pueda analizar por fuera del conjunto probatorio, o excluyendo pruebas o mutilando otras, o al margen de toda crítica, en perjuicio de los derechos del acusado, pues como también lo ha expresado la Sala:

“Lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria.”³

O, más recientemente:

“Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediablemente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los

² [Cita inserta en el texto transcrito] Cfr., por todos, y en detalle, CSJ. SP, del 11 de julio de 2018, Rad, 50637.

³ [Cita inserta en el texto transcrito] CSJ. SP del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, reiterada en SP del 10 de octubre de 2.007, radicado 24.110.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal..."⁴,⁵

Para el caso de los delitos atentatorios contra la libertad, formación e integridad sexuales donde son víctimas menores de edad, la clandestinidad en la que suceden los hechos –*por regla general*–, lleva a que la versión del agredido sea determinante en aras de dilucidar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se presenta la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado.

En virtud al principio de libertad probatoria, señalado en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, y del sistema de libre persuasión racional que se regula en la Ley 906 de 2004, no se hace necesaria la existencia de una prueba específica en aras de llevar al juez al convencimiento más allá de toda duda, exigido en el artículo 381. Tampoco se descarta que al fallador le baste un testimonio único para lograr ese grado de conocimiento para la emisión de un juicio de reproche.

Sin embargo, dada la dificultad probatoria que se presenta en este tipo de delitos y de víctimas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al retomar algunos conceptos del derecho español, ha traído la importancia de las pruebas de corroboración periférica de los hechos, así ha argumentado:

"Pero en los casos en los que no quedan huellas físicas, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la

⁴ [Cita inserta en el texto transcrito] CSJ. SP del 11 de junio de 2018, radicado 50637. En igual sentido, y en detalle, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2944 del 12 de agosto de 2020, radicado 55663, al retomar lo indicado en la Sentencia SP1721 del 15 de mayo de 2019, radicado 49487.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la víctima. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

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. (SP1525-2016)”⁶**

De manera particular, ha concretado estos criterios para tenerse en cuenta al momento de abordar el estudio de las incriminaciones dadas por los menores víctimas de agresiones sexuales, así:

a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP108 del 30 de enero de 2019, radicado 51672

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones" (CSJ. SP, abr. 11 de 2007, rad. 26128)"⁷.

Todo lo anterior, con la finalidad de revestir de plena credibilidad las manifestaciones de los menores y así sustentar el grado de conocimiento establecido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para la emisión de una decisión de condena adversa a los intereses del procesado y así no afectar la prerrogativa constitucional de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

Para entrar a estudiar el caso objeto de apelación, debemos señalar que la acusación y posterior condena impuesta por la primera instancia a **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** se fundó en la realización de tocamientos de índole sexual a la menor J.C.L. en una oportunidad, así como cuando, el trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), le introdujo los dedos de su mano en la vagina de la víctima, lo que derivó en la realización del delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Dentro de los argumentos de la parte recurrente encontramos que su disenso radicó únicamente en debatir lo ocurrido el trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), sin que nada se haya mencionado acerca de la comisión de la conducta de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años que también fueron objeto de reproche jurídico penal por la primera instancia, de ahí que, por el principio de limitación, no sería dable analizarlo. Salvo la natural afectación de garantías de derechos fundamentales que, valga la pena indicar, no está acreditada.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5395 del 6 de mayo de 2015, radicado 43880.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Hecha la anterior precisión, debemos partir de lo narrando por J.C.L. acerca de lo ocurrido la noche del trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), cuando, según su exposición, se encontraba en la calle jugando con sus amiguitas cerca de la tienda, por una bajada, luego de que a ellas las regresaron a sus hogares, ella se dirigía para su casa, vio cuando *Aristi* iba a coger la moto *–describió que estaban ubicadas en un coso como un parqueadero donde las colocaban como en filita–*, pero la tomó por detrás *–de acuerdo al registro audiovisual, la menor gesticuló como si la estuviera abrazando–*, le tapó la boca *–por eso no pudo gritar–*, la llevó hasta la casa de él, para lo que debió abrir primero una reja blanca y luego la puerta del inmueble, allí la amarró de las manos *–dijo no recordar si fue con una tira o una cinta–*, le bajo los pantalones, y sin ropa, le tocó la vagina con las manos, *le metió los dedos*.

Al ser interrogada acerca del sitio donde ocurrió el hecho, manifestó haber sido en la pieza de la casa de su agresor, la que describió como el ingreso a partir de unas escalas, luego vio un colchón con ropa tirada, una mesa, la sala no tan grande y la cocina pequeña, sin tener claridad acerca de la existencia de dos o una cama. Fue enfática en referir que lo ocurrido fue en la cama, cuando ella estaba acostada y él sentado.

Respecto de la ubicación en tiempo, adujo que para la declaración tenía siete años, pero cuando ocurrió el suceso contaba con seis.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Al día siguiente del hecho, el domingo catorce (14), le contó lo sucedido a su madre y luego a su abuela, ellas llamaron a la policía y de ahí la llevaron al hospital.

Recordó igualmente el hecho de que *Aristi*, su agresor, le indicó que, si le decía a su mamá, mataba a su mamá y a su papá.

En aras de dotar de plena credibilidad a la versión de la menor víctima, por el ente acusador se aportó prueba de corroboración periférica de sus dichos, tales como el cambio comportamental que tuvo, la llegada de la autoridad a la residencia de la ofendida, su traslado hacia el servicio de salud para la activación del protocolo de atención, y la persistencia de su señalamiento.

Leidy Johanna López Pescador, madre de J.C.L., refirió que el día que se enteró de lo ocurrido notó un cambio en su hija, pues ella era una niña imperativa, charlatán y juguetona, pero ese día la vio comiéndose las uñas, entonces le preguntó acerca de lo que le ocurría, sin recibir inicialmente respuesta positiva, pero que, al hacerle una serie de preguntas dirigidas, logró establecer que la habían *tocado*, por lo que, luego de indagarle acerca de su grupo familiar cercano, su hija le dijo que había sido *Aristi*.

Su hija, expuso, realizó un relato de lo que le había pasado, frente a lo que aceptó que reaccionó mal, dirigiéndose hacia la casa de *Aristi* y alegando con él.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Frente al particular hecho de los cambios comportamentales de su hija, recordó que después de ocurrido el suceso, ella empezó a decir que quería ser un niño, quiso que le cortara el cabello, que le pusiera una cachucha o un gorro, usar ropa ancha, por lo que debió acudir a tratamiento psicológico con el que ha podido avanzar en algunas cosas, como, por ejemplo, para el momento de su declaración, su hija volvió a usar prendas de color rosado y dejó de usar gorra.

Al continuar con el relato de lo que pasó cuando conoció lo ocurrido, narró que mientras ella estaba *alegando* con el procesado, llegó la Policía a la casa y la niña se trasladó con su mamá –*la abuela de la menor*– al hospital, por lo que, al regresar al inmueble y enterarse, se dirigió hasta el centro de salud, pero no pudo ingresar dadas las restricciones derivadas de la pandemia ocasionada a nivel mundial a causa del virus del Covid-19, por lo que volvió a ver a su hija a eso de las 5:00 de la tarde, luego de que le dieran la alta médica.

La atención de salud recibida por la menor al día siguiente del hecho, también fue referenciada por la galena de la Unidad Intermedia de Metro Salud de San Cristóbal, *Aura Mercedes Martínez Tovar*, quien señaló haber laborado el catorce (14) de junio de dos mil veinte (2020), prestando sus servicios en esa unidad, y recordando que la atención de J.C.L. derivó del arribo en compañía de su abuela, plasmando en la historia clínica el relato dada tanto la menor como por su acompañante.

En relación con la inspección vaginal, no encontró erosiones, escoriaciones, contusiones, hematomas, ni heridas,

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

fracturas, quemaduras, de ahí que no haya encontrado trauma en el himen e igual resultado frente a la verificación anal.

Al ser interrogada frente a la ruptura del himen por la introducción de los dedos en la vagina, respondió que depende del himen de la persona, de manera que, para el caso particular, insistió en que el himen no tenía signos de trauma que pudiera haber dado una señal de que hubo manipulación en ese momento, de ahí que no pueda descartar tocamiento, pues fue relatado por la menor.

Obsérvese entonces que tenemos elementos que permiten corroborar o ratificar los dichos de la menor, en la medida en que su madre conoció lo ocurrido luego de notar cambios comportamentales en J.C.L., de ahí que fue interrogada acerca de lo sucedido y logró descubrir el atentado de índole sexual de la había sido víctima, lo que, creemos, sumado a los cambios en su vestimenta, permite ratificar esta circunstancia.

Igualmente, el relato de la médico adscrita a la Unidad Intermedia de Metro Salud de San Cristóbal –*corregimiento de Medellín*– corrobora la atención en salud que recibió J.C.L. al día siguiente de ocurrido el último suceso.

En el relato ofrecido, encontramos que la menor se hallaba ubicada en tiempo y espacio, pues habló que los hechos se desarrollaron en el sector El Huevo del corregimiento de San Cristóbal. Ubicando la casa del acusado, al frente de una tienda y describió su interior. Además, reconoció que eso sucedió cuando tenía seis años.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Leidy Johanna López Pescador fue enfática en señalar que residió junto con su núcleo familiar en el sector aludido por la menor. La ubicación de la tienda y de la vivienda del acusado, están ratificados con los dichos de *Ricardo Jaramillo Rojas*, *Carlos Andrés Cano Monsalve*, *María Daniela Arteaga Sierra* y el procesado.

Aunque la recurrente intente hacer ver alguna inconsistencia entre el relato de la víctima con la descripción del inmueble dado por *Sandra Milena Aristizábal Muñoz*, de lo manifestado por esta testigo, tenemos que, contrario a lo argumentado, lo que hace es ratificar tanto el ingreso al inmueble como la distribución interna, pues afirmó que fue por una reja blanca, luego al segundo piso, que consta de dos habitaciones y sala en obra negra, aspectos que también fueron referidos por la menor en su relato.

Frente a la edad de la víctima, además de estar ratificado por su madre, *Leidy Johanna López Pescador*, también quedó documentado en la historia clínica de atención médica de *Aura Mercedes Martínez Tovar* –reiterada por el galeno *Héctor Hernán López Giraldo*–, la médico legista *Yessica Díaz Casas* y la investigadora *María Soriana Nieto Ramos*.

De otro lado, encontramos persistencia en el señalamiento dado por J.C.L. hacía el procesado, pues desde el primigenio momento en que ocurrió la revelación de lo ocurrido hacía su madre y su abuela, siempre hizo referencia a su vecino *Aristi*. Tal incriminación se reiteró en el relato a la médico legista *Yessica Díaz Cañas*

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

y en la entrevista brindada ante la investigadora *María Soriana Nieto Ramos*.

Además, como se vio, la menor en desarrollo del juicio oral reiteró que el autor de los hechos no era otro que *Aristi*.

Aunque la ofendida siempre se haya referido a su agresor como *Aristi*, dentro del juicio oral se estableció sin duda que el nombre de esta persona era **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ**, aquí procesado.

Leidy Johanna López Pescador indicó en su deponencia que *Aristi* era la persona que ella denunció, esto es, a *Francisco Javier Aristizábal*. Lo anterior, tiene consonancia con el apodo referido por los testigos *Joninson Andrés Cano Cano*, *Carlos Andrés Cano Monsalve* y *Sandra Milena Aristizábal Muñoz*, frente a cómo se conocía al procesado en el sector de El Hueco del corregimiento de San Cristóbal, por lo que no hay discusión de que se trata del aquí acusado.

Aunque se haya planteado algún ánimo de animadversión, enemistad o rencor por parte de *Leidy Johanna López Pescador* hacía **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ**, por la falta de manejo de las heces de las mascotas de la primera y una posible retaliación por no haberle alquilado un inmueble para residir, pues así lo refieren los testigos de descargos, lo cierto es que ese sentimiento no se encuentra en el relato ofrecido por la menor J.C.L. para crear una falsa incriminación

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

hacia el encartado, la infante fue clara en advertir que el problema que se presentó entre su mamá y el procesado fue *por lo que me pasó a mí*.

Incluso, de la narrativa de la señora López Pescador se extrae que ella aceptó haber reaccionado mal al momento de enterarse de lo ocurrido.

En esas condiciones, no advertimos circunstancia alguna en el relato de J.C.L. que nos permita tener algún ánimo vindicativo en contra del encausado, menos aún para idear o fabular una historia como la narrada, máxime cuando sus dichos se encuentran revestidos de fiabilidad y ratificación en los demás medios de prueba aportados.

Hemos de precisar que la corroboración periférica de los hechos no implica necesariamente que haya una verosimilitud exacta en el relato dado por la menor, sino que también lleva intrínseco que las circunstancias internas –*acerca de la ocurrencia del hecho*– y externas –*relacionadas con la veracidad de las circunstancias que lo rodean*– de la narración hagan que la versión de la menor esté revestida de fiabilidad suficiente para sustentar una condena, esto es, para contar con un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad penal en los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Para nuestro caso, el señalamiento directo realizado por J.C.L. acerca de lo ocurrido se encuentra ratificado en los demás testigos de cargos, pues dan cuenta de la ubicación temporo

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

espacial de los sucesos, así como de sus cambios comportamentales y de lo ocurrido al momento de la revelación a sus parientes, situaciones que corroboran de manera interna y externa su exposición, lo que permite dar la fiabilidad suficiente para emitir condena contra de **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ**.

DE LA HIPÓTESIS DEFENSIVA

Como anticipamos, debemos indicar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que, dentro de las atribuciones de la defensa, entre otras, está la de plantear hipótesis alternativas verdaderamente plausibles que puedan dar lugar a la existencia de una duda razonable acerca de la responsabilidad penal del acusado⁸, así ha explicado:

"De otro lado, la Sala también se ha referido al rol de la defensa en el actual sistema de enjuiciamiento criminal. Al respecto, ha destacado la posibilidad de proponer hipótesis factuales alternativas (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 5 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras), así como de llevar a cabo los actos de investigación que considere pertinentes para obtener el respaldo de las mismas.

Sobre esa base, ha concluido que el tema de prueba está conformado por la hipótesis factual de la acusación y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando opta por esa estrategia (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

En la misma línea, ha resaltado que existe duda razonable si concurren (con la hipótesis de la acusación) propuestas factuales que desvirtúen la responsabilidad penal, siempre y cuando puedan ser catalogadas como verdaderamente plausibles, esto es, que tengan un soporte razonable en las pruebas practicadas en el juicio oral (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 4 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras)"⁹.

⁸ Véase entre otros: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1467 del 12 de diciembre de 2016, radicado 37175.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020, radicado 52227.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Bajo ese cometido, la defensa de **ARISTIZÁBAL MUÑOZ** pretendió ubicarlo, la noche del trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), en la residencia de su padre –Luis Javier Aristizábal Díaz– en una celebración que se extendió hasta altas horas de la noche. Sin embargo, de un análisis de la prueba, no encontramos que los dichos de sus familiares y amigos tengan la fiabilidad suficiente para lograr derruir los dichos de la menor, antes analizados.

De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia han catalogado a los familiares o parientes del procesado como testigos con interés en el proceso, los que, si bien no están prohibidos en el sistema de persuasión racional regulado en la Ley 906 de 2004 –dada la abolición de tarifa legal para la adopción de una decisión por el fallador, salvo la establecida en el inciso segundo del artículo 381 C.P.P.–, se ha exigido por el juzgador la aplicación objetiva de los presupuestos señalados en el artículo 404 respecto de la apreciación de su testimonio, porque a pesar de contar con cierta parcialidad tendiente a beneficiarlo, también es claro que su relato puede tener algún contenido de verdad. Por tanto:

“Para la Corte no hay duda que, por regla general, es viable asumir que, los familiares de un procesado procuran expresar datos favorables a su pariente, pero esa pauta no puede constituirse en un postulado ineludible que impida al funcionario judicial apreciar el testimonio acorde a los criterios definidos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, en concreto, los principios técnicos científicos sobre la percepción y memoria, así como los procesos de rememoración y el comportamiento del testigo durante su exposición.

Es cierto que ese tipo de declaraciones deben valorarse con especial medida y cuidado, sin embargo ello no significa que al juzgador le esté permitido demeritar, en todos los eventos, su contenido, partiendo de la sola relación consanguínea o civil entre deponente e inculcado. Por el contrario, es obligación del fallador exponer,

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

de acuerdo a los lineamientos establecidos en el señalado canon, los motivos por los cuales no acoge esas narraciones.”¹⁰.

En esas condiciones, consideramos acertado el planteamiento efectuado por la juez de primera instancia para demeritar los testimonios presentados por la defensa respecto de la celebración en la que se encontraba el acusado aquella noche, pues, en efecto, se encuentran una serie de contradicciones que no permiten otorgarles valor suasorio suficiente para sustentar la hipótesis alternativa verdaderamente plausible pretendida.

Compartimos el hecho de que no hay homogeneidad acerca de la hora del supuesto arribo de **ARISTIZÁBAL MUÑOZ** a la casa de su progenitor. De un lado, *Luis Javier Aristizábal Díaz* aseguró que su hijo llegó a eso de las 6:00 de la tarde –*al punto que relaciona la llegada de su hijo con la salida de los empleados que para ese momento tenía en la fábrica de confecciones*–, afirmación dada por el procesado, sin embargo, *Joninson Andrés Cano Cano*, dijo haber salido con su amigo desde el corregimiento de San Cristóbal a eso de las 6:00 de la tarde con destino al centro de la ciudad de Medellín y posteriormente arribó donde el padre de su amigo a eso de las 8:00 de la noche.

Aunque se haya dicho que le dejó las llaves del inmueble donde habita a su vecino de la tienda, *Ricardo Jaramillo Rojas*, para que este se las entregara a los nuevos inquilinos que se iban a mudar al primer piso del inmueble –*pues se explicó por Sandra Milena Aristizábal Muñoz que en el primer piso había una casa grande que les pertenece a los hermanos y que estaba pendiente de alquiler*– lo cierto es

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP del 15 de abril de 2020, radicado 49672.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

que esta entrega de las llaves en nada incidía ni limitaba el ingreso de **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** a su vivienda, pues sus testigos fueron claros en advertir que el procesado vivía en el segundo piso de la edificación y sin que la entrada sea necesariamente por la casa que estaba próxima a rentarse, salvo al ingreso común por la reja que lindaba con las escaleras.

Así, por más que se le haya entregado las llaves de la casa de la vivienda del primer piso a Ricardo Jaramillo Rojas, el ingreso del apartamento donde vivía el procesado era independiente de este, por lo que no había limitación alguna para su arribo.

Lo anterior, se refuerza, cuando *Joninson Andrés Cano Cano* y el encartado indicaron que llegaron al inmueble a eso de las 4:00 de la mañana, sin que hayan pedido la entrega de las llaves a Jaramillo Rojas, es decir, no tenían ningún tipo de limitante para ingresar al apartamento a la hora que quisiera, lo que también es indicativo que nada le impedía haber ingresado con la menor J.C.L., conforme con su narrativa.

Joninson Andrés Cano Cano y *Ricardo Jaramillo Rojas* aludieron a que el motivo de la celebración era el cumpleaños del padre de **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ**, y a pesar de que el primero estuvo en esa celebración, el procesado, *Yenifer Natalia Bolívar Cano* y *Luis Javier Aristizábal Díaz* al unísono indicaron que era por la celebración del día del padre.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

También hay inconsistencia relacionada con que las personas que estuvieron departiendo aquella noche. Mientras *Joninson Andrés Cano Cano* sostuvo que estuvieron todos los hermanos – entre cuatro o cinco – del encartado, *Yenifer Natalia Bolívar Cano* afirmó que se encontraba un vecino –a quien su padrastro le estaba arreglando una motocicleta–, su esposa, *Luis Javier Aristizábal Díaz* –su padrastro–, el acusado, su amigo –al referirse a *Joninson Andrés*– y cree que su mamá.

Luis Javier Aristizábal Díaz referenció a las personas que se encontraban esa noche, y sólo habló de su hijo, su amigo *Joninson*, su hija después de que llegó de trabajar y su esposa que eventualmente bajaba para llevarles algunos pasantes. Nada dijo acerca del supuesto arreglo de la motocicleta a un vecino. Frente a este punto, señaló que quien había acababa de arreglar una motocicleta era su hijo **FRANCISCO JAVIER**, y precisamente el vehículo de su amigo *Joninson*, pero *Joninson Andrés Cano Cano* en ningún momento resaltó esta circunstancia.

Como se puede ver, encontramos contradicciones e inconsistencias en el relato de los testigos de descargos, que impiden considerar la hipótesis alternativa propuesta por la defensa como plausible. Por el contrario, consideramos que es más una coartada tendiente a ubicarlo en otro sitio distante del hecho, que no son dignas de crédito. Desde luego es probable que luego de lo acontecido haya acudido el acusado a casa de su padre.

Adicionalmente, luego de ocurridos los sucesos, se plantearon una serie de acciones desarrolladas al día siguiente.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Situaciones que tampoco son dignas de credibilidad y que también están revestidas de contradicciones e inexactitudes.

En ese sentido, *Luis Javier Aristizábal Díaz* precisó que su hijo llegó a su casa, el domingo catorce (14) de junio, a eso de las 8:00 o 9:00 de la mañana, luego de haberse presentado el problema en San Cristóbal. Sin embargo, *Joninson Andrés Cano Cano* dijo haberse despertado a eso de las 10:00 de la mañana y, señaló, que luego de haber desayunado, fue que se originó la discusión en el barrio, por lo que después salieron para la casa del papá del enjuiciado. *Ricardo Jaramillo Rojas* también señaló esta franja horaria.

Tampoco hay claridad acerca del lugar, las personas y los elementos usados para recriminarle a **FRANCISCO JAVIER** de lo ocurrido. De un lado, *Joninson Andrés Cano Cano* manifestó haber visto desde la plancha de la casa de su amigo, cuando *Leidy López* llegó con el papá de la niña a la tienda que queda al frente del inmueble con un machete a hacerle el reclamo por lo ocurrido. *Ricardo Jaramillo Rojas*, refirió que el procesado estaba en su casa, llegó *Leidy López* con una cuñada –*detrás arribó el papá de la niña*–, con un cuchillo, lo llamó, y al bajar al ingreso de la vivienda le hizo el reclamo, e incluso le lanzó algunas piedras. Por último, el procesado indicó que llegó *Leidy López* con varias personas más a ponerle problema, sin referir ningún elemento adicional.

Aunque *Carlos Andrés Cano Monsalve* también habló del problema, este testigo señaló que no estuvo para ese momento y que todo lo que supo fue porque estaban especulando los vecinos, es decir, sus manifestaciones no son una percepción directa del

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

hecho, por lo que mal haríamos en otorgarle valor suasorio frente a este punto en particular.

Así entonces, no tenemos claridad acerca de quiénes fueron las personas que le recriminaron a **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** sobre lo ocurrido la noche del trece (13) de junio de dos mil veinte (2020), para nosotros lo que está demostrado es que Leidy Johanna López Pescador fue directamente a él para reclamarle. Tampoco quedó establecido qué elementos se usaron, pues se habló de un machete, de un cuchillo y de piedras, y menos, donde ocurrió este suceso, si fue en la tienda o en la casa del procesado.

Por último, llama la atención lo reseñado por *Luis Javier Aristizábal Díaz* –padre del acusado– respecto a la falta de práctica del examen sexológico a la menor, pues según su narrativa, el domingo catorce (14) de junio, en la estación de policía de San Cristóbal, los agentes del orden le manifestaron que J.C.L. no se había dejado hacer el examen de medicina legal.

Sin embargo, en el plenario se demostró que la menor J.C.L. fue evaluada al medio día del catorce (14) de junio en la Unidad Intermedia de Metro Salud de San Cristóbal por la médico Aura Mercedes Martínez Tovar, tal como se ha visto ampliamente en esta providencia.

La valoración médico legal a cargo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses estuvo en cabeza de la doctora Yessica Díaz Casas, quien la realizó el dieciséis (16) de junio, y

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

fue en esa cita médica en la que J.C.L. se negó rotundamente para la práctica del examen.

Así entonces, no es posible, ni creíble, ni mucho menos conforme con la realidad, las manifestaciones dadas por Luis Javier Aristizábal Díaz frente a este punto, pues la realidad indica que la menor efectivamente fue evaluada el domingo catorce (14) de junio, y que se negó rotundamente a la valoración médico legal del dieciséis (16), por lo que tales aseveraciones no cuentan con respaldo alguno.

En razón a todas estas contradicciones e inexactitudes no es posible atender los requerimientos de la defensa frente a la valoración de los testimonios con los que se pretendió elaborar una hipótesis alternativa verdaderamente plausible, pues como dijimos previamente, a pesar que la coherencia interna y externa no requiere que haya una verosimilitud exacta de lo narrado, sí debe estar revestida de mayor credibilidad o fiabilidad, pero, reiteramos, los testigos de descargos no pueden ser dignos de ella y por ende, debemos demeritarlos frente a la tesis presentada por la fiscalía.

DE LA DEGRADACIÓN DE LA CONDUCTA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS

En este punto, contrario a lo referido por la juez de primera instancia, consideramos que el hecho ocurrido el trece (13) de junio de dos mil veinte (2020) no configura la conducta punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sino que la acción

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

desplegada por **ARISTIZÁBAL MUÑOZ** se enmarca en el supuesto de hecho de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

Recuérdese que el artículo 212 del Código

Penal indica:

“Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

El contenido de esta disposición fue ampliamente abordado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que concluyó:

“El anterior referente jurisprudencial y doctrinal, así como el contenido del artículo 212 del Código Penal, al igual que la descripción de la anatomía genital femenina elaborada en precedencia, permite establecer que el acceso carnal, por la vía vaginal, se estructura desde el momento en que se ha accedido o franqueado la región vulvar, entendida esta como la región limitada por los labios mayores — incluidos estos— pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría la conducta de actos sexuales.

(...) de allí que se diga que el acceso a la vía vaginal supone “atravesar los órganos genitales externos de la mujer” (ibid. rad. 41948). Es así que cuando la introducción del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo del agente u objeto, “franquea la apertura vulvar”, como lo describe la doctrina, o atraviesa las estructuras genitales externas, se configura el acceso carnal, esto es, la invasión a la esfera genital íntima de la víctima, y se entiende que el sujeto activo ha ido más allá del tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría un acto sexual diverso del acceso carnal.

(...)

Ahora bien, menos complejidad ofrece el concepto de “vía” —término que, como se dijo en precedencia, no es de carácter normativo, sino que corresponde ser decantado por la jurisprudencia— a la hora de definir el acceso carnal que se produce por las aperturas oral o anal, pues en estos casos no existe -como en el caso de la vagina- un conjunto de órganos o estructuras que las antecedan, de los que se

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

pueda afirmar que configuren la vía para llegar a tales conductos. Se dirá, entonces, que el acceso por las vías bucal o anal se materializa, en el primer caso, con la introducción del miembro viril en la boca, esto es, cuando aquel traspasa la línea de los labios, o, en el segundo, cuando el dicho miembro, o cualquier otro miembro u objeto, lo hace en la apertura anal.

No se desconoce la dificultad práctica que pueda generarse, en un caso concreto, para distinguir la conducta que constituye acceso carnal de aquella que configura un acto sexual diverso, debido a la común objetividad que podría revestir el comportamiento: téngase en cuenta que, en últimas, el acceso carnal es una modalidad de acto sexual, tal como se desprende de la redacción de los artículos 206 y 209 del Código Penal; estas normas sancionan la realización de actos sexuales "diversos del acceso carnal" en cualquier persona mediante violencia (art. 206), o bien en persona menor de catorce años, en su presencia o su inducción a esa clase de prácticas (art. 209).

Así, no cabe duda que un tocamiento de connotación sexual, por fuera de las vías vaginal, oral o anal, también puede significar para la mujer un atentado contra su dignidad, intimidad e integridad sexual. El elemento diferenciador está, entonces, en el dolo del agente y también en el grado de afectación del bien jurídico, en el entendido de que el acto de penetración —con el pene, una parte del cuerpo o un objeto— de alguna de las cavidades mencionadas, debido a su idoneidad para ser utilizadas con propósitos sexuales, supone un franqueamiento o disrupción hacia un espacio anatómico que naturalmente se presenta más o menos oculto o cerrado, y cuyo traspaso o rebasamiento, por consiguiente, resulta altamente menoscabante de la esfera sexual de la víctima, y representa un mayor grado de agresión o daño al bien jurídico, que aquel que —teniendo también una connotación sexual— no acarrea una penetración, de allí su mayor punibilidad.

El elemento característico del acceso carnal, diferente al del acto sexual, es, entonces, la penetración de la cavidad anatómica vaginal, anal u oral —del miembro viril, de otra parte del cuerpo humano u otro objeto en los dos primeros casos, y el pene exclusivamente en el último—, en el entendido de que el miembro, la parte del cuerpo del agente, o el objeto comprometido en la conducta, se emplea de forma penetrante o de manera sucedánea a la penetración sexual"¹¹.

La anterior descripción se hace necesaria para entender que en la única evaluación al sistema genital de J.C.L., realizada por Aura Mercedes Martínez Tovar, médico adscrita a la Unidad Intermedia de Metro Salud de San Cristóbal, no encontró *–reiteramos–*

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3938 del 22 de marzo de 2017, radicado 44441.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

erosiones, escoriaciones, contusiones, hematomas, ni heridas, fracturas, quemaduras, de ahí que no haya encontrado trauma en el himen.

Aunque no se puede desconocer que eventualmente pudo existir el ingreso de algún elemento por la cavidad anatómica vaginal que pudiera consumar el delito acusado, lo cierto es que según lo sostuvo la galena, no hay elemento que pueda soportar la penetración por vía vaginal de los dedos del acusador.

En ese sentido, consideramos que dada la edad de la menor J.C.L. y su inexperiencia frente a temas sexuales, bien pudo haberse presentado una confusión acerca de la penetración de los dedos de **ARISTIZÁBAL MUÑOZ** en su vagina, con los tocamientos efectuados directamente sobre su área genital realmente ocurridos la noche del trece (13) de junio de dos mil veinte (2020).

La prueba recaudada y vista hasta el momento, no nos permite concluir, más allá de cualquier duda, que se haya producido fehacientemente la penetración de los dedos de **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** en el área vaginal de J.C.L., pues como bien lo sostuvo la doctora *Aura Mercedes Martínez Tovar*, dentro de su exploración anatómica en el cuerpo de la menor no encontró hallazgo alguno y por ende no puede descartar lo referido por ella.

No sobra destacar que en este caso no hubo una valoración médico legal a J.C.L., porque como lo explicó *Yessica Díaz Casas*, el dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020) se le presentó a la menor para evaluación, sin embargo, luego de ser interrogada acerca

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

de los hechos, la paciente le manifestó que no se iba a dejar realizar el examen físico genital, y que, a pesar de explicarle la importancia del procedimiento, se negó a su práctica.

Aunque la realización del reconocimiento médico legal hubiese sido una prueba idónea para la acreditación de la conducta punible *–por ser la mejor evidencia al respecto–*, lo cierto es que la menor dentro de su autodeterminación no quiso ser sometida nuevamente a una exploración de esta naturaleza *–recordando que inicialmente fue evaluada por la doctora Martínez Tovar–*, por lo que en razón al bien jurídico tutelado por el delito y la prevalencia del interés superior del menor *–artículo 44 de la Constitución Política–*, así como para evitar la revictimización de los menores, no se insistió en su práctica, aspecto que respeta sus garantías fundamentales.

Se reclama la falta de atención de la falladora acerca de una posible mancha de sangre en la ropa interior de J.C.L., sin embargo, olvida la recurrente que la menor en el juicio oral no hizo mención alguna a esta circunstancia, menos aún su madre, por lo que, de haberse presentado, pudo haber hecho más viable la penetración de los dedos por la cavidad vaginal de la menor, pero lo cierto es que no fue demostrado y, por ende, tampoco podemos afirmar que se haya presentado.

En ese orden de ideas, aunque, iteramos, no se haya demostrado, como lo exige el artículo 381 de la ley 906 de 2004, la realización de la conducta de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sí encontramos acreditado *–para el suceso descrito del trece*

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

(13) de junio de dos mil veinte (2020)– la ocurrencia de un acto sexual abusivo con menor de catorce años, conforme al artículo 209 del Código Penal, pues insistimos, **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** realizó tocamientos con sus manos en el área genital de la menor J.C.L.

Esta degradación en la calificación jurídica de la conducta, no afecta el principio de congruencia, en la medida en que las circunstancias fácticas no han sido modificadas, sino que únicamente se realiza una disminución en la calificación de la conducta punible, cuya nueva atribución jurídica es de menor entidad, amparando idéntico bien jurídico tutelado y frente a la que también tuvo la posibilidad la defensa de pronunciarse, al punto que –como se verá a continuación– propendió con la estructuración de una hipótesis alternativa que podía dar al traste con la tesis acusatoria.

Con todo lo analizado hasta el momento, tenemos que, al hacer un análisis integral de la prueba recaudada en el juicio oral, nos lleva a tener por acreditada la consumación del concurso de las conductas punibles de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

En esas condiciones, los reparos efectuados por la defensa no tienen la entidad suficiente para revocar la decisión de primera instancia, por ende, **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** debe responder por la comisión del concurso de la conducta punible de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de conformidad con el artículo 209 del Código Penal.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

En consideración a lo expuesto, estimamos necesario realizar la redosificación de la pena impuesta a **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ**, esto es, por la declaratoria de responsabilidad únicamente por la comisión del concurso del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, señalado en el artículo 209 del Código Penal.

Así entonces, tenemos que quien realice los actos sexuales diversos del acceso carnal tendrá una pena que oscila entre nueve (9) y trece (13) años, en otras palabras, entre ciento ocho (108) a ciento cincuenta y seis (156) meses, con un ámbito de movilidad de cuarenta y ocho (48) meses, y cuartos comprendidos por doce (12) meses, así:

El primero comprendido entre ciento ocho (108) a ciento veinte (120); los cuartos medios entre ciento veinte (120) y un (1) día a ciento cuarenta y cuatro (144); y el cuarto máximo fluctúa entre ciento cuarenta y cuatro (144) meses y un (1) día a ciento cincuenta y seis (156) meses.

En atención a lo señalado por la juez de primera instancia, debemos partir del primer cuarto y, respetándole los argumentos presentados respecto de las circunstancias del inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, debemos fijar la pena en su mínimo, esto es, **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ** deberá descontar la pena de ciento ocho (108) meses de prisión.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

Siguiendo con lo argumentado frente a la comisión del concurso de conductas punibles, encontramos que la primera instancia realizó un aumento de seis (6) meses a la pena señalada para el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, este valor implica, luego de realizar las operaciones aritméticas correspondientes, un aumento porcentual del 4.2% de la pena, por ende, al seguir con los parámetros de la falladora, debemos realizar un incremento en esa misma proporción, esto nos arroja un total de cuatro (4) meses y quince (15) días.

En definitiva, **ARISTIZÁBAL MUÑOZ** debe descontar una pena de **ciento doce (112) meses y quince (15) días** de prisión, con idéntico término para la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo restante, rige el fallo de instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia Nro. 024 proferida el once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022), por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín, en el sentido de que se condena a **FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ**, como autor penalmente responsable del concurso de la conducta punible de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, previsto en el artículo 209 del Código Penal.

PROCESO: 05001 60 00207 2020 00869

DELITO: Acceso carnal y Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL MUÑOZ

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Modifica

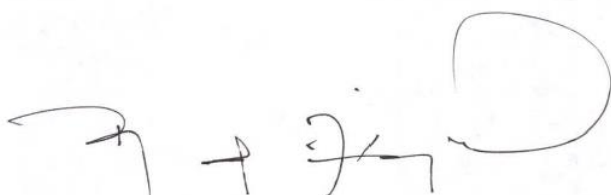
SEGUNDO: En consecuencia, se le impone una pena de **ciento doce (112) meses y quince (15) días** de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término.

TERCERO: En lo demás permanece incólume la decisión de primera instancia.

CUARTO: Esta sentencia de segunda instancia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación que deberá interponerse en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes. Quedan partes e intervinientes notificados en estrados judiciales.

La lectura de la providencia, conforme lo permite el artículo 164 de la Ley 906 de 2004, es delegada, en forma expresa por la Sala, al Magistrado Ponente.

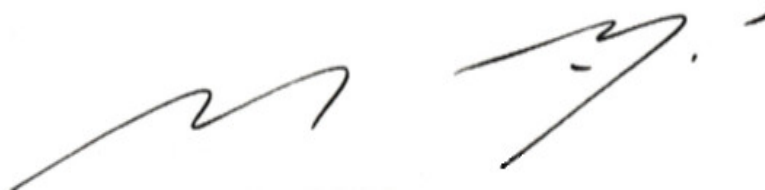
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado