

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

SENTENCIA PENAL No. 005-2023.

Radicado: 05 001 60 00248 2009 00967 -2a instancia

PROCESADOS: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITO: ACCESO CARNAL Y ACTOS SEXUALES CON
INCAPAZ DE RESISTIR
DECISIÓN: REVOCA
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE
ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Aprobado acta No. 072.

(Sesión del dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2023)).

Medellín, cuatro (4) de mayo mil veintitrés (2023). Fecha de lectura.

CUESTIÓN PREVIA

En protección de su intimidad, en la providencia se utilizaron las iniciales de los nombres y apellidos de la menor involucrada en este asunto.

ASUNTO A TRATAR

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa de los señores **RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA** y los hermanos **HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ**, contra la sentencia proferida por la señora **JUEZ SEGUNDA PENAL DEL CIRCUITO** de Itagüí, el 11 de mayo de 2021, en la cual los condenó como autores del delito de **ACTOS SEXUALES y ACCESO CARNAL CON INCAPAZ DE RESISTIR**, del cual fuera víctima la menor **KDR**¹ quien además presenta diagnóstico de síndrome de Down y retardo mental leve, imponiéndole a los hermanos **HENRY ALEXANDER y ROBINSON**

¹ con 11 años de edad para la época de los hechos.



ANDRÉS BERRIO MUÑOZ (Art. 210 inc. 2º C.P.) la pena principal de nueve (9) años de prisión, mientras que al padre de estos, RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, (Art. 210 inc. 1º y 2º C.P.) la pena de 14 años de prisión, así como la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, negándoles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural.

ANTECEDENTES

LOS HECHOS: Según la sentencia de primera instancia, para el 4 de julio de 2009, la señora Edilma de Jesús Restrepo Rico acudió a la Fiscalía General de la Nación a interponer denuncia penal al enterarse, por boca de su hija KDR, que sus vecinos RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ, los cuales habitaban la casa contigua a la suya, ubicada en la Calle 30 # 74-13 interior 125 del barrio San Pio de Itagüí, Antioquia, habían abusado sexualmente de ésta, quien para la época contaba con 16 años de edad y presentaba diagnóstico de síndrome de Down y retardo mental leve.

Así relata que, para la fecha de la denuncia, Katherine, amiga de la víctima y residente en la casa de los acusados, sus parientes, le pidió a Edilma de Jesús que le permitiera jugar con KDR, a lo cual accedió condicionándolas a que permanecieran en la acera, pero minutos más tarde notó que no estaban en ese sitio, por lo que preocupada empezó a gritarla por su nombre, ante el llamado, KDR salió de la residencia de los implicados y le manifestó que tenía ardor y dolor en la vagina, por lo que preocupada la desvistió y notó que la tenía enrojecida, razón para interrogarla, obteniendo como respuesta que en distintas oportunidades los aquí procesados la encerraron en esa casa, concretamente en la habitación de Katherine, para besarla en la boca, en la vagina y en las nalgas, así como para tocarle la vagina con la mano obligándola a tocarles el pene, abuso que se venía presentando de tiempo atrás, pues la niña solía jugar en esa casa con su amiga Katherine, describiendo que en una ocasión fue abordada en principio por

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



RODRIGO JAVIER, quien le dijo "*mamacita te amo, vamos a hacer el amor*", posteriormente la besó en la boca, le quitó la falda y la blusa y la besó en los senos y en la vagina. En otra ocasión estando en la residencia de esa familia éste le tocó con las manos la nalga, le quitó la ropa y con el pene le tocó la vagina, para después con las manos cogerle la vagina y los senos, mostrándole el pene y le pidió que le cogiera el pene y le realizará felación. En otra oportunidad le dijo que quería tener un hijo con ella, a lo cual le contestó que no quería tener bebés. En otro momento, cuando ella estaba menstruando, le dio duro con el pene por la vagina y cuando llegó a su casa buscó en el baño una toalla higiénica, pero no la encontró, ensuciando su calzón, por lo cual su mamá la regañó.

Mientras que **HENRY ALEXANDER**, en otra ocasión, aprovechando que KDR se encontraba sola pues no estaba Katherine, la llamó y le tocó la vagina, las nalgas y los senos, le quitó la ropa forzosamente y la besó en la boca, los senos y la vagina, también le agarró la mano y se la puso en el pene. En similares condiciones **ROBINSON ANDRES** la increpó, la llevó hasta su habitación y allí le tocó fuertemente la vagina y la besó en la boca.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por solicitud de la Fiscalía 234 Seccional de Itagüí, el 10 de marzo de 2014, el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Heliconia, Antioquia, ordenó la captura de los señores RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ.

El 18 de junio de 2014, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí, Antioquia se legalizó el procedimiento de captura y formulación de imputación a **RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ** por el concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (Art. 210 inciso 1º y 2º del Código Penal), cargos que no fueron aceptados; comoquiera que no se impuso medida de aseguramiento, se ordenó la libertad inmediata de estos imputados.

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



La Fiscalía presentó el escrito de acusación en contra de RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ el 15 de septiembre de 2014, habiéndole correspondido por reparto su conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, donde se realizó la audiencia de formulación de acusación el 20 de octubre de 2014.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2015, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí, Antioquia, se legalizó la captura y se formuló imputación en contra de **HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ** por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (Art. 210 inciso 2º del Código Penal), cargos que no fueron aceptados y como la Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, se ordenó su libertad.

La Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ el 15 de septiembre de 2014 y los acusó formalmente el 20 de octubre siguiente, por el concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (artículo 210 inciso 1º y 2º del Código Penal).

El 4 de marzo de 2015, con la misma radicación, la Fiscalía presentó el escrito de acusación en contra de HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir (Art. 210 inciso 2º del Código Penal) y el 23 de junio de 2015 se formuló la acusación.

La audiencia preparatoria para los procesados RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ se realizó el 2 de junio de 2016 y el juicio oral se llevó a cabo en tres sesiones, los días 2 de agosto de 2017, 19 de junio de 2019 y 11 de mayo de 2021, última fecha en la cual se anunció sentido del fallo condenatorio y se dio lectura a la sentencia, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación,

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



motivo por el cual conoce la Sala. La alzada se sustentó en forma adecuada, por escrito y en término.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, mediante providencia del 11 de mayo de 2021, condenó a **HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ** como autores del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (Art. 210 inc. 2º C.P.) a la pena principal de nueve (9) años de prisión, mientras a **RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA** lo consideró autor del delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (Art. 210 inc. 1º y 2º C.P.), condenándolo a la pena de 14 años de prisión, así como la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, negándoles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural.

Lo anterior, al encontrar suficientes los medios cognoscitivos aportados al proceso, requeridos para formar en el juez un convencimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad penal que cabe atribuirle a los justiciables por los delitos enrostrados.

En criterio de la Juez *a quo* quedó demostrado, en tanto no generó debate alguno en la medida en que el señalamiento fue directo y consistente, los vejámenes de contenido sexual que fueron ejercidos por los acusados RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ. Eso por cuanto en la entrevista realizada a KDR, la cual ingresara como prueba de referencia, se advierte que no hay dubitación, además de existir corroboración periférica, principalmente por el señalamiento directo que hizo la víctima delante de su progenitora, de la psicóloga que tomó la entrevista y del médico forense que hiciera la valoración sexológica, siendo posible consolidar el conocimiento que fueron los acusados los que realizaron las maniobras sexuales en la menor de edad.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



Refiere la Juez que con la entrevista rendida por KDR ante la investigadora de la Fiscalía, se logró probar que RODRIGO JAVIER, HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRES, por lo menos para el año 2009, aprovechándose de la condición médica de la ofendida, en reiteradas ocasiones la desnudaron a la fuerza, la besaron en la boca, en la vagina y en los senos, le tocaron la vagina, la indujeron a que les tocara el pene, en tanto que RODRIGO JAVIER, además, le introdujo el pene por la vagina y la obligó a practicarle sexo oral.

Consideró la falladora que de la prueba de cargo no se advirtió un ánimo distinto al de dar a conocer los hechos delictivos, sin contradicciones, lo cual no permite un miramiento serio que ponga en duda lo ocurrido. Frente a la discusión respecto a la fecha de la ocurrencia de esos hechos, se tiene probado con el testimonio de Edilma de Jesús Restrepo Rico que tan pronto su hija le reveló lo que en ese momento le había ocurrido, esto es cuando la llamó y salió de la casa de los vecinos, al tiempo que la ilustró de otros hechos ocurridos en el pasado, interpuso la correspondiente denuncia, lo cual ocurrió el 4 de julio de 2009.

Advirtió la Juez *a quo* que la víctima KDR es una fémina menor de dieciocho años y diagnosticada con síndrome de Down, características propias de un grupo de población que ha sufrido históricamente una doble discriminación, como mujer y como persona en situación de discapacidad. Como fue acreditado en el juicio con el médico Eugenio Sierra Martín, el diagnóstico de retraso mental moderado en la adolescente permitió concluir que presentaba dificultades para el aprendizaje, para comunicarse, para autocuidarse y para protegerse, situación que incrementa aún más la vulnerabilidad de ser víctima de agresión sexual.

Consideró que los procesados sometieron a KDR a la satisfacción de su apetito sexual, ejercieron su posición dominante de adultos, atentaron contra la dignidad de esta joven mujer, abriendo la brecha de discriminación y desigualdad, siendo más gravosa su conducta por el hecho de que la víctima se encontraba en

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



incapacidad de resistir pues presentaba estigmas de síndrome de Down y retardo mental leve.

Aduce que se estableció que, concretamente los hermanos HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRES, le tocaron a la menor la vagina, la besaron en la boca, los senos y la vagina, la despojaron de su ropa a la fuerza, aprovechándose de su condición de incapacidad de resistir; mientras que RODRIGO JAVIER le introdujo el pene por la vagina y la obligó a practicarle felación; comportamientos que se hicieron con dolo y a título de autores.

Concluyó que las pruebas practicadas en el juicio son coherentes y consistentes, permitiendo afirmar que el delito sí ocurrió, además de que existió la oportunidad, en espacio y tiempo, para que los acusados sometieran a los vejámenes sexuales a la menor víctima; en consecuencia, decidió impartir sentencia condenatoria, la cual fue motivo del recurso de apelación, por lo cual conoce la Sala del presente asunto.

APELACIÓN

El defensor de confianza de los condenados recurrió la decisión señalando que ante la negación de la prescripción por el *a quo*, deja la decisión sobre ese punto a criterio del *ad quem*.

Frente a la valoración probatoria, considera que no se hizo dentro de los parámetros de la sana crítica, pues la operadora de justicia no manejó el debate del juicio oral, lo cual considera que pudo sesgar esa valoración.

Adujo que la sentencia se fundamentó básicamente en la entrevista realizada a la menor KDR por la investigadora, quien no ejerció su labor como psicóloga, de la cual se desprenden elementos referenciales, mas no fueron corroborados, pues la propia transcripción deja una serie de inconsistencias que no pudieron ser confirmadas, por ejemplo en cuanto al número de personas, ya que allí se

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



menciona también a "Diego", pero no quedó establecido quién era éste; además, cuestiona que la denuncia hubiera sido mucho después de los hechos, razón por la cual no se pudieron verificar en tiempo, modo y lugar, lo cual genera dudas que debieron resolverse a favor de los procesados.

Pone de presente que según el Juez *a quo* esa entrevista corroboraba los hechos, de lo cual considera que no resulta posible, pues ni siquiera se sabe de forma cierta cuándo ocurrieron los mismos, ya que se trata de una denuncia realizada en el 2014, por hechos que al parecer ocurrieron en el 2008.

Considera que esa entrevista quedó en solo acreditaciones conclusivas de la investigadora, pero no fueron corroboradas de alguna forma con las demás pruebas; aunado a ello, en su criterio, se vulneró el principio *in dubio pro reo*, pues por las características de KDR, al padecer síndrome de Down, se puede concluir que es sólo apreciación y que bien pudo ser aleccionada por su madre debido a enemistades.

Aduce que la prueba recaudada no tiene el poder suasorio para emitir condena, no obstante, el Juez *a quo* no reconoce la duda; por el contrario, se refiere a aspectos relacionados con el respeto y protección a la mujer, parámetros que para la fecha de los hechos no estaban vigentes.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a los implicados.

NO RECURRENTES: La representante de víctimas, en su intervención como no recurrente, indica que la solicitud de la defensa en punto a la prescripción de la acción penal resulta inoperante, bajo el entendido de que el Art. 83 del Código Penal señala que se debe calcular la prescripción con el termino máximo de la pena fijada para el delito en particular y, para el caso que nos ocupa, tratándose de un acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (Art. 207 *ibid.*), se consagra

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



como pena máxima la de 20 años de prisión, lapso que será el determinante para calcular la prescripción.

En torno a la duda razonable que solicita el recurrente para amparar el apotegma de *in dubio pro reo*, resalta que la Fiscalía le mostró a la judicatura, más allá de duda razonable, la ocurrencia de los hechos de que fuera víctima su representada KDR, así como las circunstancias fácticas en que se desarrollaron, claramente expuestos y probados, lo cual apunta exclusivamente a la responsabilidad penal de los condenados HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ, RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ, los cuales fueron debidamente identificados.

Ahora, frente a la inconformidad con la entrevista, considera que se trata de un aspecto superado en sede de juicio oral, esto por cuanto el momento para la contradicción de la prueba debió hacerse durante su práctica, o debió ofrecer una mejor evidencia, pero ninguna de las dos situaciones se vivió en sede de juicio oral, sencillamente porque no existe mejor evidencia, ni existe evidencia contraria que desdiga la realidad de los hechos; lo que se logró en juicio simplemente fue establecer la verdad material y procesal.

Por lo expuesto, solicita confirmar la decisión adoptada en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, en consideración a que no media mérito alguno para revocarla. Se reitera sobre lo dicho en los alegatos presentados ante la primera instancia respecto a la reparación de las víctimas, quienes en parte se sienten reparadas emocional y psicológicamente cuando el agresor es sancionado por su conducta, esto hace sentir a la víctima importante para el Estado colombiano y así poco a poco ir recobrando la confianza.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

RADICADO:	2009-00967
PROCESADO:	RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS:	ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN:	REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN:	JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



Esta Sala es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el Art. 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, con las limitantes expresas que sobre el particular nos imponen los Arts. 31 de la Constitución Nacional y 20 inciso segundo del referido estatuto procesal.

Deberá la Sala ocuparse de los argumentos impugnatorios del defensor, atendiendo a una correcta lógica metodológica, en el siguiente orden: en primer lugar, sobre la ocurrencia del fenómeno de la prescripción de la acción penal, que de no declararla se deberá, en segundo, entrar a analizar la presunta vulneración al principio de inmediación por no haber sido el fallador quien presidió el juicio; para finalmente, de no encontrarse irregularidad alguna, referirnos a la responsabilidad penal de los acusados RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ.

1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

En criterio de la defensa, incluso antes de dictarse sentencia de primera instancia, se cumplió el término de prescripción de la acción penal, esto por cuanto no existió algún elemento indicativo del día exacto en que presuntamente ocurrieron los hechos, lo cual es determinante para establecer la ley aplicable. En ese sentido, la Ley 1236 de 2008, publicada en el diario oficial el 23 de julio de 2008, establecía para el acceso carnal una pena entre 4 y 8 años de prisión y para los actos sexuales entre 3 y 5 años y en el entendido de que los hechos ocurrieron en el 2008, concluye que de conformidad con el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal y 83 del Código Penal, operó el fenómeno de la prescripción.

Al respecto, se comparte totalmente el argumento expuesto por la Juez de primera instancia, pues como bien lo ha señalado la Sala de Casación Penal en interpretación de la norma que regula los términos de prescripción en delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, *"la modificación que introdujo la Ley 1154 de 2007, artículo 1º, a los artículos 83 y 84 de la Ley 599 de 2000, implica que el término de prescripción de la acción penal frente a los delitos a los*

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



que se refiere esa disposición es de veinte (20) años contados a partir de cuando la víctima cumpla la mayoría de edad. Durante ese lapso, puede la víctima denunciar (o un tercero) la ocurrencia del hecho, y el órgano encargado de la persecución penal ejercer sus funciones para el esclarecimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del suceso. Si en vigencia del plazo señalado en el precepto, la Fiscalía General de la Nación materializa una resolución de acusación o la formulación de imputación (dependiendo del régimen procesal penal de que se trate), el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal se interrumpe y comienza a correr de nuevo por la mitad del término común indicado en la norma, es decir, tendrá una duración diez (10) años.”

Para la Sala resulta acertado el análisis efectuado por la juez de primera instancia, teniendo en cuenta que la formulación de imputación de RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ se realizó el 18 de junio de 2014, momento en el cual se interrumpió la prescripción, contando nuevamente por el lapso de diez años, según lo cual la acción prescribiría el 18 de junio de 2024. En el mismo sentido, la formulación de imputación de HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ se realizó el 16 de diciembre de 2015, por lo que el término de prescripción se contabiliza hasta el 16 de diciembre de 2025.

No le asiste razón al recurrente al indicar que operó la prescripción porque para la época de los hechos no estaba en vigencia la norma que aumenta las penas en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad (Ley 1236 de 2008); en este punto es importante resaltar que de acuerdo a lo narrado por la denunciante, madre de la víctima, los hechos ocurrieron a mediados del año 2008, por lo que los términos que deben tenerse en cuenta son los que señala la Ley 1154 de 2007 que adicionó el inciso 3º al artículo 83 de la Ley 599 de 2000, según el cual *“Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”*. Esta ley fue publicada en el diario oficial 46741 de septiembre 4 de 2007, esto es, ante de la ocurrencia de los hechos, fijándose un

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



término de prescripción general para todos los delitos contra la integridad y formación sexual donde son víctimas personas menores de edad, indistintamente de cual sea la pena específica para cada tipo penal.

2. NULIDAD - PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN:

La Sala se referirá a la procedencia de la nulidad por falta de congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia, para ello es pertinente recordar que la declaratoria de nulidades procede en cualquier momento de la actuación procesal, sea de oficio o por solicitud de parte, cuando obviamente se advierta que no existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad que se avizora, pues en todo el proceso se debe velar por el respeto irrestricto de las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

De manera genérica, sin argumentación específica, el recurrente sugiere que en la presente causa se vulneraron los principios de inmediación y concentración, toda vez que el juicio oral fue presidido por una juez y el sentido del fallo y sentencia por una funcionaria diferente.

Al respecto tiene la Sala por indicar que, en reiterada jurisprudencia se ha indicado que *"el cambio de funcionarios a lo largo del juicio no vulnera dichos principios, pues, ello corresponde a diversas situaciones administrativas ineludibles, salvo que se demuestre real afectación de los derechos del acusado (CSJ SP, 13 may. 2018. Rad. 43257; CSJ SP, 12 dic. 2012. Rad. 38512, entre otras)."*²

Así las cosas, tenemos que el juicio oral se desarrolló en tres sesiones, las dos primeras (2 de agosto de 2017 y 19 de junio de 2019) fueron presididas por la doctora María Cristina Zapata Ruiz, mientras que la última sesión (11 de mayo de 2021) fue presidida por la doctora Liliana María Arias Uribe, oportunidad en la cual se presentaron los alegatos de conclusión, emitiéndose el sentido del fallo y

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP3948-2022, Radicación N° 58149, M.P. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN.



realizándose la audiencia de individualización de la pena, para luego de un receso efectuarse la lectura del fallo condenatorio.

Lo anterior para señalar que la misma Juez que escuchó los alegatos y emitió el sentido del fallo, fue quien a su vez dictó sentencia, que si bien no participó en el debate probatorio, el recurrente no argumentó en qué se concretó la presunta vulneración de los principios de concentración e inmediación como garantía procesal de sus prohijados; tampoco se advierte que esa situación hubiera generado alguna distorsión en la interpretación y análisis probatorio efectuado por la falladora, máxime cuando ésta tuvo acceso a los registros de audio y video del juicio oral, al punto que pudo conocer y pronunciarse sobre cada una de las pruebas incorporadas y los temas propuestos en las alegaciones finales.

Por lo expuesto, en criterio de la Sala, no se advierte vulneración alguna de los principios enunciados, en consecuencia, no se configura causal de nulidad en ese sentido.

3. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD

De acuerdo al problema jurídico planteado en la apelación, es menester que la Sala entre a determinar si el recaudo probatorio aportado al proceso es suficiente para probar más allá de toda duda que existió la conducta punible por la cual la Fiscalía formuló cargos en contra de los acusados, esto es por los delitos de acceso carnal y acto sexuales con incapaz de resistir, así como el grado de responsabilidad penal que cabe atribuirles por esos hechos a cada uno de los acusados; o, por el contrario, como lo reclama la defensa, el señor RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y sus hijos HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ, deben ser absueltos pues la prueba existente se muestra inane para condenar.

Resulta oportuno recordar que constituyen pruebas aquellas pertinentes y útiles, practicadas y controvertidas en audiencia de juicio oral y en presencia del juez, además deben ser sometidas a debate en audiencia, acorde a los principios de

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



publicidad, inmediación y contradicción; se exceptúan las estipulaciones probatorias, la prueba anticipada y la de referencia.

En cuanto al valor de las pruebas, es bien sabido que en el modelo de libre apreciación razonada o de valoración racional, acogido por nuestro sistema procesal penal, salvo contadas excepciones, no aparece fijado en la ley, por lo cual corresponde al intérprete su evaluación, lo que en modo alguno implica arbitrariedad de su parte, pues además de las garantías propias del debido proceso, dicho ejercicio se realiza con fundamento en las pautas que ofrece la lógica, la dialéctica, la ciencia y las reglas de la experiencia, dentro del sistema de valoración probatorio conocido como sana crítica, en virtud del cual la convicción judicial se obtiene a partir de un concienzudo, juicioso y crítico estudio de los medios de prueba, analizados de manera conjunta. Puede decirse entonces que hasta cierto punto el juzgador goza de libertad para justipreciar los medios de convicción y con base en el modelo indicado estimar su valor probatorio.

Como reiteradamente insiste la Magistratura en este tipo de procesos, no puede dejar de reconocerse que cuando se trata de la protección de la libertad sexual de niñas, niños y adolescentes, el Estado colombiano y la sociedad en general ha venido enfrentando decididamente esta problemática, propendiendo por la reivindicación de los derechos de esta clase de víctimas. Tampoco es ajena la Sala a la dificultad probatoria que entraña la investigación de estos delitos, procesos en los que se encuentran en tensión los derechos de las víctimas menores de edad, sujetos de especial protección constitucional, con los de los procesados.

Y es que este tipo de conductas penales suelen realizarse aprovechando los momentos de clandestinidad, cuando víctima y victimario se encuentran ocultos al escrutinio de otras personas; espacio que es aprovechado por los abusadores sexuales para dar rienda suelta a sus más primitivos y deleznable impulsos sexuales en contra de los menores de edad, interfiriendo de esta manera y a edades tempranas el normal desarrollo de las víctimas en dicha esfera del comportamiento humano.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



De allí que los testimonios de las víctimas resultan cruciales para llegar a la verdad de lo acontecido, pero ante su insuficiencia, el fallador deberá hacer uso de los demás elementos de juicio allegados a la actuación, escenario en el que adquiere una gran importancia el material probatorio indiciario. Se utilizará entonces la prueba de referencia excepcional a falta de prueba directa, acudiendo a la evidencia de corroboración de circunstancias concomitantes para el esclarecimiento de este tipo de delitos sexuales, así lo enseña la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³, pues de lo contrario, en no pocas oportunidades este tipo de conductas punibles quedarían en la impunidad. De ahí la importancia de la racionalidad con que se estudie cada en caso concreto. Para el presente asunto se está de cara al delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, punible que presenta tres conductas independientes y diferenciables, esto es que el victimario se aproveche de persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en **incapacidad de resistir**, condición esta que se predicó de la víctima y por la cual se acusó y condenó a los implicados, en el entendido que la protección en este tipo de ilicitudes se dirige al incapaz de resistir, que en términos genéricos abarca toda situación que inhibe a la víctima de toda posibilidad de rechazar la agresión sexual, esto por cuanto no tiene opción de decidir libremente entre aceptar o no el acceso carnal o el acto sexual, condición de la cual se aprovecha el agresor sexual quien se infiere, goza de la madurez suficiente para poder controlar sus más elementales y primitivos impulsos libidinosos.

Sea lo primero advertir que el punible imputado se encuentra descrito y sancionado en el artículo 210 del C.P., de la siguiente manera:

*"El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o **que esté en incapacidad de resistir**, incurrirá en prisión... Si no realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de..."*

³ Entre otras puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.



Sobre la calidad de víctima en este delito, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el Rad. 30546, decisión del 25 de noviembre de 2008, explicó:

"De acuerdo con el principio de reserva legal, la calidad de víctima en el delito de una parte de acceso carnal y de otra de acto sexual abusivo de que trata el artículo 210 del Código Penal en su cuerpo primero y segundo, no se consolida por el solo resultado objetivo de los comportamientos así descritos en dicha normativa.

Por el contrario, se exige como presupuesto o mejor entiéndase como requisito esencial que dichos fenómenos se hubiesen materializado en persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir.

Tratándose de la inconsciencia se comprende desde la perspectiva de lo general, que se trata de aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognoscitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto.

En lo que corresponde al trastorno mental, se entiende que dicho estadio como expresión de inimputabilidad, puede ser de carácter transitorio o permanente, eventos en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión sino en las facultades volitivas, es decir, en la libre autodeterminación o eventos de involuntabilidad y que corresponden a variadas manifestaciones, desde luego, sujetas a reconocimiento a través de prueba pericial médico científica.

A su vez, los comportamientos de que trata el artículo 210 se materializan en persona que "esté en incapacidad de resistir", estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición".

Posteriormente en providencia del 6 de mayo de 2009 proferida dentro del radicado 24055, la misma Corporación explicó:

"De la simple lectura del precepto, es obvio colegir que el tipo en comento requiere una calidad especial en el sujeto pasivo de la conducta, que puede obedecer (i) al estado de inconsciencia en el momento en que ocurre el acceso o acto de índole sexual; (ii) al trastorno mental que de manera transitoria o permanente ostente la víctima, siempre y cuando le represente un detrimento en las facultades intelectivas que le impida comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento en la

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



misma; o (iii) a una situación en la que la voluntad de la persona está completamente doblegada por el infractor.

(...)

En este orden de ideas, es viable colegir que, frente a la segunda situación prevista por el tipo (es decir, trastorno mental), la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con la facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000)“.

Como se puede observar de las jurisprudencias proferidas por el Tribunal de cierre, es necesario demostrar en el juicio que en el sujeto pasivo de la conducta se requiere una ingrediente especial que puede obedecer al trastorno mental que de manera transitoria o permanente ostente, siempre y cuando le represente un detrimento de las facultades intelectivas y volitivas que le impida comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento, es decir que tiene que ver con la capacidad psíquica de parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Así las cosas, deberá la Sala abordar los puntos objeto de apelación para lo cual tendrá que establecer, en un primer momento, no sólo si la Fiscalía al formular la acusación y la Juez *a quo* al momento de proferir la correspondiente sentencia, fundaron correctamente la norma aplicable al caso en concreto, sino que también delimitaron debidamente los hechos jurídicamente relevantes, así como su incidencia en el juicio de cara a las garantías de los aquí procesados y condenados en primera instancia, debiéndose establecer si esos hechos, realizados bajo determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar, se enmarcan en el tipo penal aludido, para ahí sí entrar al análisis probatorio respecto de los medios de prueba allegados al proceso con miras a dilucidar su naturaleza y poder suasorio, estableciendo si en dicho recaudo confluyen las exigencias legales para disponer la condena, cual fue la petición de la Fiscalía en el caso que nos ocupa.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



En este asunto la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y ROBINSON ANDRES BERRIO MUÑOZ el 15 de septiembre de 2014, acusándolos formalmente el 20 de octubre siguiente, por el concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (artículo 210 inciso 1º y 2º del Código Penal). Para luego, el 4 de marzo de 2015, radicar el escrito de acusación en contra de HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir (Art. 210 inciso 2º del Código Penal) y el 23 de junio de 2015 formuló la correspondiente acusación.

Debe resaltarse que la Fiscalía, a más de no concretar clara y concretamente cuál de las conductas descritas de abuso o acto sexual se le debe imputar a cada uno de los acusados, sin especificar en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se cometieron, no explicó en cuál de los contextos que describe el tipo penal estaba la víctima, esto es si se encontraba en estado de inconsciencia al momento en que ocurrieron los hechos, o en un estado de incapacidad de resistir la conducta del agresor, o si presentaba un trastorno mental que interfiriera su capacidad de comprender y consentir los actos o accesos sexuales de que dice fue sometida por sus agresores, lo cual obviamente viola el derecho de defensa de los acusados.

Mientras que la Juez de primera instancia, con providencia del 11 de mayo de 2021, condenó como autores del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir a los hermanos HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ (Art. 210 inc. 2º C.P.) a la pena principal de nueve (9) años de prisión, mientras a RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA lo consideró autor del delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (Art. 210 inc. 1º y 2º C.P.), a la pena de 14 años de prisión.

En criterio de la Juez *a quo* quedó demostrado, en tanto no generó debate alguno en la medida en que el señalamiento fue directo y consistente, los vejámenes de contenido sexual que fueron ejercidos por los acusados RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRES BERRIO

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



MUÑOZ. Agrega que en la entrevista realizada a KDR, la cual ingresara como prueba de referencia, se advierte que no hay dubitación, además de existir corroboración periférica, principalmente por el señalamiento directo que hizo la víctima delante de su progenitora, de la psicóloga que tomó la entrevista y del médico forense que hiciera la valoración sexológica, siendo posible consolidar el conocimiento que fueron los acusados los que realizaron las maniobras sexuales en la menor de edad.

Refiere que con la entrevista rendida por KDR ante la investigadora de la Fiscalía, se logró probar que RODRIGO JAVIER, HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRES, por lo menos para el año 2009, aprovechándose de la condición médica de la ofendida, en reiteradas ocasiones la desnudaron a la fuerza, la besaron en la boca, en la vagina y en los senos, le tocaron la vagina, la indujeron a que les tocara el pene, en tanto que RODRIGO JAVIER le introdujo el pene por la vagina y la obligó a practicarle sexo oral.

Como vemos supone la Juez *a quo* que por lo menos para el año 2009, fecha de la denuncia, los acusados ejecutaron los actos sexuales descritos en el fallo, esto es, respecto de los hermanos HENRY ALEXANDER y ROBINSON JAVIER, realizaron sobre la víctima tocamientos de la vagina y los senos, besándola también y la indujeron a que les tocara el pene, al parecer las mismas conductas para estos dos acusados; mientras que para el padre de estos, RODRIGO JAVIER, se dijo que la obligó a practicarle felación y le introdujo el pene por la vagina.

La juez se limitó a justificar, de cara a la discusión sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, que se probó con el testimonio de Edilma de Jesús Restrepo Rico que tan pronto su hija le reveló lo que en ese momento le había ocurrido y la ilustró de otros hechos delictivos de contenido sexual ocurridos en el pasado, de los cuales sindicara a sus vecinos, presentó denuncia el 4 de julio de 2009, fecha a partir de la cual presumió que, por lo menos para ese año, los mismos tuvieron ocurrencia, sin establecer clara y detalladamente cuáles conductas, en qué momentos y a quién se le debe atribuir cada una de ellas, todo se endilgó en forma genérica.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



Entonces se advierte por la Juez *a quo* que la víctima KDR es una fémina menor de dieciocho años y diagnosticada con síndrome de Down, características propias de un grupo de población que ha sufrido históricamente una doble discriminación, esto es, como mujer y como persona en situación de discapacidad. Que tal como fue acreditado en el juicio por el médico Eugenio Sierra Martín, el diagnóstico de retraso mental moderado en la adolescente permitió concluir que presentaba dificultades para el aprendizaje, para comunicarse, para autocuidarse y para protegerse, lo cual incrementa la vulnerabilidad para ser víctima de agresión sexual.

Así, consideró que los procesados sometieron a la menor de edad KDR a vejámenes sexuales, concluyendo que fue más grave la conducta de estos por el hecho de que la víctima se encontraba en incapacidad de resistir, pues presentaba estigmas de síndrome de Down y retardo mental leve.

Como corolario, marcó que se pudo establecer que, concretamente los hermanos HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRES le tocaron a la menor la vagina, la besaron en la boca, los senos y la vagina, la despojaron de su ropa a la fuerza, aprovechándose de su condición de incapacidad de resistir; mientras que RODRIGO JAVIER le introdujo el pene por la vagina y la obligó a practicarle sexo oral; comportamientos que se hicieron con dolo y a título de autores.

Argumenta que las pruebas practicadas en el juicio son coherentes y consistentes, lo cual le permite afirmar que el delito sí ocurrió, además de que existió la oportunidad, en espacio y tiempo, para que los implicados sometieran a vejámenes sexuales a la menor víctima.

Como vemos, la Juez de primera instancia nada hizo para corregir los errores que presentaba la acusación, para de contera proceder a adecuar a su modo las conductas endilgadas por la Fiscalía, concluyendo inexplicablemente que la víctima estaba en incapacidad de resistir por presentar síndrome de Down y retardo

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



mental leve, lo cual hizo sin que la Fiscalía haya demostrado que el diagnóstico que presenta la víctima se puede encuadrar en la categoría del *trastorno mental* de que habla la norma, mucho menos que por ese padecimiento no estaba en capacidad de comprender ni consentir válidamente una relación sexual, lo cual obviamente viola el debido proceso, consiguientemente los derechos de defensa y contradicción, así como el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

Veamos si de la prueba practicada la Fiscalía logró demostrar que la víctima padecía de un trastorno mental que le impidiera comprender y consentir las relaciones sexuales, esto por cuanto el delito por el cual se acusó requiere que la víctima padezca de un trastorno mental, transitorio o permanente, el cual afectaba sus capacidades intelectivas y que le impedían comprender y consentir una relación de carácter sexual, esto por cuanto no resulta suficiente que con padecer un trastorno del desarrollo intelectual asociado a síndrome de Down se pueda concluir que se está frente al sujeto pasivo de que habla el tipo penal, pues siempre se exigirá que exista una relación de causalidad entre el trastorno mental y la incapacidad psíquica para comprender las implicaciones del acceso o acto sexuales abusivos, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión, de acuerdo con las condiciones, características y circunstancias de cada caso en concreto, además que el sujeto agente conozca de esas particularidades y abuse de ese conocimiento para satisfacer ilícitamente su apetito sexual, lo contrario sería limitar, sin justificación válida alguna, los derechos sexuales y reproductivos de quienes tiene este padecimiento; así se ha reconocido jurisprudencialmente (SP5330 de 2018, Rad. 51692).

Así las cosas, fueron objeto de estipulación probatoria sólo la plena identidad los acusados. Ahora bien, dentro de la prueba practicada en el juicio, obran los testimonios de profesionales en medicina y psicología, además de que compareció la señora madre de la presunta víctima.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



Debe ponerse de presente que en el contexto propio de los delitos sexuales contra menores de edad, la jurisprudencia señala que se admite la denominada **corroboración periférica**, elemento de convicción que adquiere un papel preponderante y que hace referencia a aquel relato de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y que la víctima hace ante un determinado profesional, como ciertamente ocurrió en este caso al momento de recibirse la entrevista de la menor y hacer la valoración por los profesionales que asistieron al juicio.

La señora Edilma de Jesús Restrepo Rico, madre de la víctima, sobre los hechos señaló: "**PREGUNTA:** *¿Dónde estaba la niña Katherine cuando ocurrió lo que ocurrió y que usted acaba de narrar?* **RESPUESTA:** *por eso ella fue a la casa y ahí me dijo, ay, Doña Edilma, deje salir a Karen un momentico pa´ conversar con ella, entonces yo pues no le vi ninguna, pues no sospeché nada. Normal, porque ella ¿cierto? Ella siempre iba y conversaban y así, pero en la acera. Yo le decía muy clarito, yo le decía a ella, no se me vaya a entrar pa´ ninguna casa y le dije también a Katherine. Katherine no me la vaya a entrar pa´ su casa me hace el favor, por eso me fui tranquila y me metí al baño mientras tanto.* **PREGUNTA:** *esto que usted nos está contando ¿Cuánto tiempo duró usted en el baño?* **RESPUESTA:** *no pues 15 minutos, 15 minutos. (...) porque yo cuando salí del baño, yo ahí mismo empecé a llamarla, a llamarla y a llamarla y nada. Y la puerta cerrada. Yo dije, pero por qué esta puerta está cerrada, entonces ahí fue cuando yo pensé, seguro la mandaron a ella hacer un mandado y se llevó la niña.* **PREGUNTADO:** *esto que está pasando que está narrando ¿sucedió en que año? ¿Cuándo?* **RESPUESTA:** *En el 2008.* **PREGUNTA:** *¿usted recuerda qué época del 2008?* **RESPUESTA:** *no, el tiempo no Fiscal, ¿recuerda si fue al comienzo, la mitad o al final del año 2008? ¿qué recuerda usted?* **RESPUESTA:** *Testigo, eso fue como a mitad de año, como a mitad de año."*

Como vemos se presenta una grave contradicción entre la declaración de esta testigo con los hechos por los cuales se juzgó y condenó a los acusados, pues se



aseguró en la sentencia que los mismos ocurrieron, por lo menos, para el primer semestre del año 2009, mientras que la testigo los ubica en el año 2008, como a mitad del año, nada de lo cual se clarificó en el juicio, pues pudo obedecer a una confusión en la memoria de la declarante, pero que se insiste afecta el principio de congruencia y consecuentemente los derechos de defensa y contradicción.

Luego explicó la testigo que cuando le preguntó a su hija KDR qué había ocurrido, ésta le mencionó que Katherine la invitó entrar a la casa porque le iba a mostrar unos juguetes, momento en el cual entraron los acusados y la abusaron, sin saberse cuáles de ellos y en qué circunstancias fue que obraron en ese momento, limitándose a aducir que la víctima le dijo le dijo que le dolía, por lo cual la revisó y le vio enrojecida el área genital, de lo cual se infirió que existió oportunidad y espacio para que los procesados cometieran el delito.

Ahora bien, dentro de la prueba practicada en juicio se encuentra el testimonio de la profesional Gladys Díaz Aldana, investigadora-psicóloga del CTI, adscrita al CAIVAS de la Fiscalía General de la Nación, quien entrevistó a la menor KDR, utilizando el protocolo SATAC, evaluando lo que percibió en la menor respecto de simpatía, anatomía, reconocimiento de personas y concordancia de relatos.

Explicó que a la menor KDR la entrevistó el 7 de septiembre de 2009 y sobre los hechos señaló: *“KDR expresó que Rodrigo, Henry, Diego, el Hermano de Katherine y Robinson en total 4 hombres, la tocaban, expresó que Rodrigo la llamaba, le decía frente a frente mamacita te amo, vamos a hacer el amor, un día Karen estaba en su casa, en su pieza, sin ropa porque se iba a bañar, entonces Rodrigo la veía por la ventana desde la terraza de la casa de él, ese día Rodrigo le vio todo el cuerpo que ella estaba sin ropa, ese día Rodrigo no le dijo nada, se quedó callado, él tenía su ropa puesta. Un día ella estaba adentro de la casa de Rodrigo en la pieza de Katherine y Rodrigo le dio un pico o un beso en la boca y en la vagina, Karen se quitaba la falda, la pantaloneta y la camisa Rodrigo le chupaba los senos, también le tocaba la nalga con la mano y le daba picos en la nalga, le tocaba la vagina con el pene, Rodrigo le tocaba todo el cuerpo y ella le tocaba el*

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



cuerpo a Rodrigo. Rodrigo un día le mostró la cola que es lo mismo que el pene por la ventana. La cola de Rodrigo era grande, ese día la mamá no estaba, Katherine la llamó para Jugar, Katherine se salió de su casa, Rodrigo la llamó y luego fue y le chupó con la boca la cola a Rodrigo. Karen manifestó que un día don Rodrigo le dijo que él quería tener un hijo, pero él tiene esposa, KDR no quiere tener bebés porque tiene otro novio. Los hechos narrados por KDR ocurrieron en la pieza de Robinson donde había un camarote, allí también había un baño y KDR se bañó con Rodrigo en ese baño. Expresó que un día ella estaba enferma del periodo, Rodrigo le dio un puño muy duro en la vagina y le salió el periodo o la sangre, KDR buscó una toallita pero no había, luego su mamá la regañó por ensuciar los calzones, KDR no recuerda en qué lugar ocurrió este episodio, expresó que Henry el hijo de Rodrigo también la llamaba y le tocaba todo el cuerpo con la mano, le daba besos y le hacía todo, le tocaba todo Henry le quitaba la ropa a la fuerza, le daba besos en la vagina, los senos, la nalga, Henry le cogía la mano para que ella le tocara la cola o el pene, Henry la tocaba en la casa de Rodrigo, en la pieza de Rodrigo, en una pieza donde hay dos camarotes, Robinson el hermano de Henry e hijo de Rodrigo, también le tocaba todo su cuerpo y le cogía la mano a ella para que le cogiera la cola, el resto ocurría en la pieza donde duerme Robinson y Henry donde hay un camarote, no le contó a nadie lo que estas personas le hacían, porque le daba pena con la mamá. Un día ella entró a la casa de Rodrigo porque iba a buscar a Katherine para jugar, Katherine no estaba, Rodrigo le vio todo el cuerpo, la casa Rodrigo está al frente de la casa de KDR, finalmente afirmó que Diego un primo de Katherine le dio un beso y ya nada más, expresó que ninguna otra persona diferente a Rodrigo a Robinson y a Henry y Diego le han hecho algo igual o parecido.”

Como se puede otear de la versión de la investigadora psicóloga del CTI, con quien se ingresó la entrevista que se le realizó a la menor, en principio cuatro hombres de esa casa la tocaban, para luego aclarar que “Diego” sólo le dio un beso y nada más, poniendo de presente, además de las presuntas relaciones sexuales de que era víctima por parte de sus vecinos, que RODRIGO le dio un puño en la vagina y la hizo sangrar, por lo que la mamá la regañó por ensuciar los calzones, sin

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



haberse aclarado si fue que la golpeó con el puño o con el pene, contradicciones que en este momento procesal no se pueden resolver.

Si bien es cierto resultan significativas a las manifestaciones que sobre los hechos hace la víctima, de manera personal y directa, también lo son las atestaciones que a su vez rinden sobre lo percibido directamente al recibir la respectiva declaración y al valorar a la afectada, profesional que si bien no es testigo directo de los hechos relatados por la víctima, sí lo es de lo percibido personal y directamente, por lo cual la transmisión de esa información a la Juez resulta de suma importancia para el juicio, esto es la versión que da sobre los hechos objeto de investigación, al igual que las observaciones y las conclusiones que obtiene como profesional, una vez escuchada y evaluada la persona, basándose en los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que domina y, que como tal, lo autorizan para dar una opinión calificada.

No obstante, esta profesional de la psicología se limitó a recibir la narración de la menor, pero nada indagó sobre el trastorno mental padecido por ésta, mucho menos sobre su capacidad para comprender las implicaciones de la conducta sexual o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Igualmente, dentro de la prueba practicada en juicio se encuentra el testimonio del doctor Eugenio Sierra Marín, médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal, quien realizó el examen sexológico a KDR, evaluando clínicamente el estado físico de la menor y recibiendo de parte de ella el relato sobre la ocurrencia de los hechos.

El 5 de junio de 2009, este profesional realizó el reconocimiento médico legal sexológico a la menor KDR, recibiendo el relato de la misma víctima, quien le indicó "(...) *estaba en mi casa don Rigo me llamó y Henry, Katherine me invitó a la casa, yo fui a la casa de ellos. Me dijo mamacita te amo y vamos a hacer el amor, me metió la mano por debajo de la ropa, me tocó la vagina, don Rigo y Henry me empujaron a la cama de Katherine, me dieron picos en la boca, me tocaron los*

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



senos por debajo de la ropa, me tocó la nalga, ellos me quitaron la ropa me dieron picos en la boca y en la vagina, don Rigo y Henry me metieron el pene en la vagina muchas veces y yo lloré”.

Además, indicó que la paciente presenta estigmas de síndrome de Down, por lo cual presenta ciertos aspectos físicos, como fascia epicanto inverso, manos cortas, pulgares separados, ángulos sucrales (sic) hacía arriba, alteración cognitiva en el cálculo, juicio e inteligencia. No obstante, advirtió que el síndrome no está muy pronunciado en la articulación del lenguaje, porque la menor presenta facilidad de expresión de ideas.

Agregó que KDR, al momento de la evaluación, tenía una edad clínica aproximada mayor de los 17 años y menor de 18 años, a través de los parámetros de peso, talla, erupción dentaria y caracteres sexuales secundarios. Además, no encontró lesiones que permitieran establecer una incapacidad médico legal, ni se encontraron signos recientes de manipulación genital, encontrándose un himen anular íntegro, no elástico; no se hallaron signos de embarazo ni tampoco de contaminación venérea, se sugirió una valoración por psiquiatría forense por las condiciones de la paciente y se expidió una orden para establecer los exámenes de rigor que se utiliza en el protocolo para saber si había contagio de enfermedades de transmisión sexual.

Advierte el médico que, por el hecho de no encontrar lesiones en los genitales de la menor, se pueda descartar la manipulación de los mismos, es decir, no desvirtúa el relato de la menor de los sucesos ocasionados presuntamente por los señores RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ.

Como se puede vislumbrar, a este profesional de la medicina la presunta víctima le indicó que fue accedida carnalmente por don *Rigo* y *Henry*, quienes le metieron el pene por la vagina muchas veces, haciéndola llorar, no obstante, al examen encontró un *himen anular íntegro y no elástico*, explicando que ese hecho no

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



desvirtúa el relato de la menor en cuanto que pudo ser sujeto pasivo de conductas sexuales por parte de los acusados. Como se puede observar, en un primer momento, a este testigo la menor le comentó no sólo fue RODRIGO JAVIER (don Rigo) quien la accedió carnalmente, sino que también lo hizo su hijo HENRY ALEXANDER, lo cual genera otra incoherencia de imposible explicación para este momento.

De otro lado, considera la Sala que el resultado de ese examen sexológico no hace más o menos probable la existencia de los hechos denunciados, pues según el médico legista, ese hecho no desvirtúa el relato de la menor; no obstante, llama la atención, por lo menos en tratándose de los accesos carnales que fueran acusados y juzgados, que no se haya presentado desfloración en la fémina, pues lo habitual es que la membrana himeneal, cuando no es elástica (himen complaciente), se rompa al mantener la primera relación sexual, mucho más, para este caso, donde según la menor se lo informó al galeno, fue víctima de múltiples penetraciones con el pene en la vagina y de parte de dos hombres diferentes, nada de lo cual se clarificó en el juicio.

Debe resaltarse que el galeno puso de presente que la víctima tenía una edad clínica mayor a los 17 años y menor de los 18, no obstante, nada dijo sobre si esta, por el déficit cognitivo que padece, está o no en capacidad de comprender las implicaciones de una conducta sexual, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Además, se puso de presente que la víctima, pese a su condición, presentaba signos menos severos de la trisomía 21 debido a que se expresa fluidamente, siendo así su retraso mental más leve, lo cual hacía necesario, con mayor rigor, establecer si la menor estaba en capacidad de comprender la relación sexual, de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión y, eventualmente, de consentirla.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



No se puede soslayar que la víctima para el momento de los hechos había superado los 16 años, es decir que no se le puede tratar como menor de 14 años, límite en que el legislador presume la incapacidad de consentimiento en las conductas de abuso sexual, entonces respecto de esta fémina no se puede presumir la falta de capacidad para consentir una relación sexual.

En ese sentido vale la pena recordar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en estos casos la sola constatación del padecimiento no permite concluir que quien lo sufre se encuentra en el supuesto calificador del sujeto pasivo exigido para la configuración del delito contenido en el Art. 210 del C.P.

Ha indicado la Sala de Casación Penal que el padecimiento de un trastorno mental de quien participa de un intercambio sexual no puede provocar por sí solo una respuesta punitiva, a no ser que este hubiera sido abusivo, pues ello sería "(...) *aceptar que la constatación objetiva de un trastorno mental determina fatalmente la ilicitud de cualquier interacción erótica de quien lo sobrelleva supondría la negación de su dimensión sexual, lo cual implica nada menos que su deshumanización.*"⁴

Así mismo, se pronunció la Corte acerca de la capacidad de consentimiento de la relación sexual en una persona que padece un trastorno mental:

*"(...) la incapacidad de consentir al intercambio sexual derivada de un trastorno mental es un hecho - no un elemento de la responsabilidad penal - que integra una descripción típica como circunstancia calificadora del sujeto pasivo y, en tal virtud, es tema de prueba en los procesos adelantados por la posible comisión del delito analizado. Nada obsta, pues, para que el perito conceptúe al respecto. Desde luego, ello no significa que el juez quede necesariamente vinculado por lo que sobre el particular dictaminen los expertos o deba acoger su dicho irreflexivamente. Como sucede con cualquier otra prueba, le corresponderá establecer su mérito conforme los criterios de valoración individual y conjunta fijados en el Código de Procedimiento Penal."*⁵

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 567 de 2022, Rad. 52207. M.Ponente. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁵ *Ibidem*.



De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que en este tipo de delitos no se puede perder de vista lo siguiente:

*"(i) asumir a priori que cualquier discapacidad mental impide tomar decisiones en el ámbito sexual, trasgrede los lineamientos de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad", claramente orientada a la inclusión y al desarrollo integral de quienes tienen dicha condición; (ii) lo anterior adquiere mayor relevancia si se trata de una persona con una discapacidad leve, pues es razonable pensar que bajo esa condición pueden desarrollarse satisfactoriamente múltiples facetas del ser; y (iii) en estos casos, el Estado debe obrar con especial cuidado, para lograr un punto de equilibrio entre la protección que debe brindársele a las personas vulnerables y la evitación de intromisiones inadecuadas en su vida privada."*⁶

Para la Sala, en el caso concreto, sólo se acreditó que la presunta víctima padecía de un trastorno mental, nada más. Es decir que la Fiscalía sólo demostró que la menor KDR, para la época de los hechos, tenía 16 años, más no acreditó, más allá de toda duda razonable, que no estaba en capacidad de comprender las implicaciones de las conductas sexuales, ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión, insistiendo en que la falta de capacidad no se puede presumir por el solo hecho de padecer un trastorno mental, como así se consideró en la sentencia recurrida.

En criterio de la Sala, se insiste, hay insuficiencia de prueba frente a uno de los elementos estructurales del delito, pues no es posible que, como lo hiciera la Juez *a quo*, partir de la base que la incapacidad para resistir se asocia al síndrome de Down, el cual implica un retraso mental leve, no obstante que las pruebas practicadas en el juicio lo único que mostraron es la existencia del retraso, mas no de la incapacidad para consentir la relación sexual, máxime cuando se está frente a una persona mayor de 14 años y que a decir del médico legista, a pesar de su condición, presentaba signos menos severos de la trisomía 21 (causa aproximadamente el 95% de los casos de síndrome de Down), pues se expresa fluidamente, lo cual hace su retraso mental sea más leve.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 2232 de 2021, Rad. 54660. M.Ponente. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.



En este punto debe la Sala poner de presente que, de acuerdo con el informe de la primera entrevista rendida por la víctima ante Gladys Díaz Aldana, psicóloga adscrita al CAIVAS, la profesional plasmó en dicho documento: *"(...) se sugiere de manera respetuosa, solicitar evaluación por estado de salud mental y desarrollo cognitivo y determinar si sus habilidades y limitaciones asociadas y si éstas pueden explicar la dificultad para evocar de manera secuencial ordenada y coherente en el tiempo sus experiencias vividas."*

También el médico forense en su informe pericial manifestó la necesidad de hacer un dictamen pericial acerca del estado de salud mental de la víctima, así lo indicó: *"(...) se sugirió una valoración por psiquiatría forense por las condiciones de la paciente y se expidió una orden para establecer los exámenes de rigor que se utiliza en el protocolo para saber si había contagio de enfermedades de transmisión sexual."*

Resulta inexplicable para la Sala cómo fue posible que ambos profesionales, quienes tuvieron la oportunidad de evaluar a KDR, sugirieran realizarle una pericia sobre el estado de su salud mental, debido al síndrome de Down padecido por ésta, con la cual se hubiera podido establecer si estaba o no en la capacidad de dar su consentimiento en una relación sexual; no obstante, nada hizo la Fiscalía por dilucidar este punto, pues como lo hemos puesto de presente, la situación descrita es un elemento estructural del punible por el cual se acusó, sin que sea suficiente que se asocie indefectiblemente la situación de incapacidad de resistir en quienes padecen este síndrome, debiéndose demostrar ineludiblemente que la fémina, para la época mayor de 14 años, estaba en incapacidad de consentir unas relaciones sexuales.

Debe indicarse que las pruebas pericial y testimonial practicadas no permite diferenciar si KDR no estaba o no en capacidad de comprender las relaciones sexuales o si no estaba en condiciones de consentir las mismas, habiendo sido puesta en situación de vulnerabilidad, todo lo cual genera dudas sobre la incapacidad de resistir.

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



Conforme a la Jurisprudencia citada, así como las probanzas y el análisis realizado, con base en la prueba traída al juicio, no se logró demostrar en un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable, los requisitos que se exigen para proferir sentencia de condena, al no probarse en el juicio en forma suficiente la responsabilidad de los procesados como presuntos autores de los hecho de los cuales se les acusó, contándose con la entrevista de la menor, ingresada como prueba de referencia, que por los graves vacíos y contradicciones que presenta no lo hacen fiable, además de que no se demostró por la Fiscalía que KDR no estaba en capacidad de comprender las relaciones sexuales o si no estaba en condiciones de consentir las mismas, en el caso de que se hubieran dado; en consecuencia, impera reconocer a favor de los ciudadanos RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y sus hijos HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ, el principio fundamental que como garantía se consagra en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que establece la presunción de inocencia y su correlato del *in dubio pro reo*, que impone que toda duda se resuelve a favor del procesado, desarrollado por el artículo 7° del estatuto procesal penal así:

"ARTÍCULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda".

Con estas anotaciones se debe concluir que existe en este momento procesal dudas insalvables sobre la posible responsabilidad de los acusados RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA y sus hijos HENRY ALEXANDER y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ, en los delitos que se les atribuye, las cuales se deben resolver a su favor, en atención al principio universal de *in dubio pro reo*, por lo cual, al no haberse desvirtuado su presunción de inocencia, se deberá revocar la sentencia condenatoria apelada por la defensa.

RADICADO: 2009-00967
 PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
 DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
 DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
 ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
 M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



De cara a la decisión adoptada, es necesario llamar la atención de la Fiscalía, pues como entidad encargada de investigar y acusar debe, entre otras actuaciones, dirigir y coordinar las funciones de policía judicial en orden a demostrar la ocurrencia del hecho denunciado, tomando las medidas necesarias no sólo para aproximarse en lo posible a la verdad de lo ocurrido, sino que también para estructurar el delito por el cual se va a acusar; para el caso, estaba en la obligación de probar la incapacidad de consentir de la víctima, de lo cual existe amplio precedente jurisprudencial, como se anotó con antelación, debiéndose en estos casos observar la mayor diligencia posible en protección de las mujeres víctimas de estos aberrantes delitos, lo cual va en consonancia con las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en los diferentes instrumentos internacionales suscritos para la protección de la mujer⁷ y que por falta de la debida actividad se deja de conseguir una verdadera declaración de justicia, por lo cual, considera la Sala que se debe oficiar a la Dirección de la Seccional de Fiscalía de Antioquia, acompañando copia de esta providencia, para que se impartan las recomendaciones necesarias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: PRIMERO. REVOCAR** el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, por el cual se condenó a los procesados **RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA, HENRY ALEXANDER BERRIO MUÑOZ y ROBINSON ANDRÉS BERRIO MUÑOZ**, por las conductas punibles de **actos sexuales y acceso carnal con incapaz de resistir**, en su lugar se les **ABSUELVE** de los cargos formulados en el escrito de acusación. **SEGUNDO. DISPONER** la libertad inmediata de los citados, en razón con este proceso, para lo cual se librarán los oficios pertinentes, disponiendo que la Juez de primera instancia se ocupe de cancelar las ordenes de captura existentes, así como las anotaciones a que haya lugar. **TERCERO.** Remitir copia de esta sentencia a la Dirección Seccional de Fiscalía de Antioquia para lo fines puestos de presente con

⁷ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres -Convención de Belem do Pará.



antelación. Decisión aprobada por la Sala y leída en audiencia celebrada para tal efecto, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos de ley.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente

En permiso

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

RADICADO: 2009-00967
PROCESADO: RODRIGO JAVIER BERRIO GAVIRIA Y OTROS
DELITOS: ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ITAGÜÍ
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA