

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000248201611901
Procesado: Oscar Hernán Rojas Medina
Delito: Acceso Carnal con menor de 14 años agravado – Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 36 Aprobada por acta No. 130 de la fecha
Decisión: Revoca parcialmente
Lectura: Jueves, 15 de diciembre de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 29 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Ant., que condenó al señor **Oscar Hernán Rojas Medina** en calidad de autor del concurso heterogéneo de los delitos de acceso carnal con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años, ambos agravados y le impuso una pena 17 años de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Entre febrero de 2015 y octubre de 2016, el señor **Oscar Hernán Rojas Medina**, en distintas oportunidades realizó tocamientos libidinosos consistentes en tocarle sus genitales, senos, lamerle la vagina e introducirle su pene en la boca a la menor L.T.S. quien es hija de su ex compañera permanente, y quien para la fecha de los hechos contaba de 11 a 12 años de edad. Estos hechos se presentaron en la vivienda que compartían el acusado con la menor.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 14 de agosto de 2018, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Barbosa Antioquia, la Fiscalía General de la Nación solicitó expedición de orden de captura en contra de **Oscar Hernán Rojas Medina**, petición que fue avalada por ese despacho, haciéndose efectiva la aprehensión del ciudadano y siendo legalizado ese procedimiento el 18 de agosto de esa anualidad, ante el mismo Juzgado; acto seguido, el ente acusador le formuló acusación al señor **Rojas Medina** por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado (arts. 208, 209 y 211 # 2 y 5 del C.P.). Al imputado se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de carácter intramural.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 12 de octubre de 2018, correspondiendo el conocimiento de las diligencias, por

reparto, al Juzgado Penal del Circuito de Girardota, quien presidió la verbalización de la acusación el 8 de marzo de 2019. La audiencia preparatoria se realizó el día 2 de mayo de 2019 y el juicio oral comenzó el día 5 de marzo de 2020, extendiéndose en 6 sesiones más, siendo la última la celebrada el 3 de agosto de 2021, fecha en la que se clausuró el debate probatorio. El 21 de septiembre de esa anualidad, se celebró audiencia para alegatos de clausura, profiriéndose sentido de fallo condenatorio por parte del Despacho, dando paso a la realización de la audiencia de que trata el canon 447 procesal.

El 29 de noviembre de 2021 se dio lectura a la sentencia en la cual se decidió condenar al señor **Oscar Hernán Rojas Medina** a una pena de 17 años de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, sin derecho a la concesión de ningún beneficio punitivo.

Frente a la sentencia condenatoria, la defensa del procesado interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para el funcionario de primer nivel, la prueba recaudada en juicio permitía establecer con el grado de certeza racional exigido, no solo la ocurrencia de las conductas punibles atentatorias de la libertad, integridad y formaciones sexuales de la menor L.T.S. sino, además, la responsabilidad del señor **Oscar Hernán Rojas Medina** en ellas.

Señaló el funcionario de primer nivel que el testimonio rendido en juicio por L.T.S. no estaba permeado por animo incriminatorio infundado en contra del acusado y que resultaba plenamente creíble, especialmente por la manera como hizo los señalamientos en contra del encartado, siendo su declaración espontánea, sin ninguna evidencia de preparación o contradicciones en ninguna de las declaraciones rendidas en el curso del proceso, siendo su actuar plenamente natural, informal y preciso y sin que se apreciaran en la testigo problemas de retrasos mentales, ni de alteración física o psicológica que devengan en algún tipo de mengua en sus condiciones de observación y de retención de la memoria.

Adujo que el testimonio rendido por la psicóloga del CAIVAS no podía ser objeto de valoración por cuanto su labor se circunscribió a recibir entrevista a la menor L.T.S., situación que hace su declaración prueba de referencia inadmisibile, dada la comparecencia de la menor al juicio.

Además, luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre la introducción de los dichos de los menores a juicio oral, el funcionario de primer nivel adujo que las declaraciones anteriores realizadas por L.T.S., ante otros de los testigos que acudieron a la vista pública, no podían ser objeto de declaración, siendo solo susceptible de valoración, como corroboración periférica lo que directamente percibieron esos declarantes en aspectos como el estado anímico de la menor, entre otros.

Con base en esa claridad, el *a quo* indicó que otros deponentes pudieron dar cuenta que luego de la fecha de ocurrencia de los

abusos, la menor se sintió tensionada y temerosa de contar los vejámenes sexuales a los que había sido sometida.

Además, señaló el juez que esos otros testigos no eran de referencia, pues si bien no percibieron de forma directa los abusos, sus declaraciones permitían establecer la persistencia de la declaración de la niña, sobre el escenario de abuso, las distintas ocasiones en que ocurrió, los lugares, las partes del cuerpo que se vieron comprometidas e igualmente, la no retractación en sus incriminaciones.

Para el *a quo* las revelaciones de la niña no obedecen a un contexto de mendacidad o manipulación por un tercero, como lo quiso hacer notar la defensa, por cuanto sus manifestaciones fueron espontáneas e inocentes, sin que puedan enmarcarse en un contexto fantasioso y que apuntan a la real ocurrencia de los abusos, máxime cuando no era obligación de la Fiscalía someter a la niña a exámenes para evaluar su capacidad de mentir.

Para la judicatura de primer nivel, todo este análisis permitía establecer la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado en los hechos que se le enrostran.

Con relación a las circunstancias de agravación punitiva endilgadas al procesado, esto es la contenidas en los numerales 2 y 5 del canon 211 del C.P., el *a quo* consideró que estas se encontraban acreditadas por cuanto para la fecha de los hechos el procesado era el compañero permanente de la madre de L.T.S., lo que hacía que se depositara en él la confianza que aprovechó para llevar a cabo los actos lujuriosos que atentaron contra la libertad, integridad y formación sexuales de la niña.

Además, esa condición de compañero permanente de la progenitora de la víctima estructuraba en cabeza del acusado un grado de afinidad derivado de cualquier forma de matrimonio, sin que fuera de recibo el argumento de la defensa atinente a una violación del *non bis n ídem* en las causales de agravación, por cuanto cada una tiene un asidero factico distinto, esto es, que uno se encontraba amparado en la confianza y el otro en el grado de parentesco.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensora del procesado interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia señalando que el funcionario de primera instancia no realizó una valoración integral de las pruebas practicadas por las partes en el desarrollo de la audiencia de juicio oral.

Indicó que el *a quo* le dio un alcance distinto a las estipulaciones presentadas por las partes y que existían medios de prueba de la Fiscalía que eran benéficos para el procesado que no fueron debidamente valorados por el funcionario judicial.

Señaló que varios funcionarios de la comisaría de familia advirtieron que L.T.S. tenía una gran capacidad de mentir, aspecto que fue desechado por el funcionario de primer nivel otorgándole plena credibilidad a los dichos de la menor.

Adujo el recurrente que con la prueba de descargo se logró acreditar que por sus asuntos laborales el procesado no

permanecía en la casa y que no existía rechazo de la menor hacia él; además, dio por probado con el testimonio del procesado que la separación de este con la madre de L.T.S. obedeció a infidelidades confesadas por la dama.

Manifestó que el procesado aclaró que su separación de la madre de la víctima ocurrió el 15 de febrero de 2016 y que para marzo de ese año ya no compartía vivienda con estas.

Para el censor, todas estas situaciones no permiten tener el grado de conocimiento exigido para emitir condena, razón por la que solicitó se revocara el fallo recurrido y se absolviera a su prohijado.

6. LOS NO RECURRENTES

El delegado del Ente Acusador, se pronunció como no recurrente señalando que no le asiste razón al censor sobre la supuesta indebida valoración probatoria, por cuanto la primera instancia efectuó un análisis en conjunto de los medios de prueba sin que los traídos por la defensa desvirtuaran los elementos probatorios de cargo.

Señaló que si bien la menor faltó a la verdad en varios escenarios, ello fue sobre el tema de dinámicas familiares, pero nunca sobre los abusos recibidos; además, adujo que no existe instrumentalización de la menor para el cobro de una cuota alimentaria, dado que para ese cometido debió también influenciarse al otro menor que compareció a juicio y que fue testigo presencial de los actos lascivos.

Indicó que tampoco existe imprecisión en las fechas por cuanto la menor pudo tener un error en la fecha en que el acusado se fue de su casa, pero que ello no desdibuja que los eventos si ocurrieron dentro del marco temporal señalado.

Para el no recurrente, no existió yerro en la interpretación de las estipulaciones, por cuanto estas no fueron el fundamento de la condena en contra del encartado ni comprometieron su responsabilidad penal.

En consecuencia, solicitó se confirmara el fallo recurrido.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Girardota (Ant.), de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón a la censora o si, por el contrario, la sentencia proferida por el funcionario judicial de primera instancia debe ser confirmada.

7.2. Problema Jurídico

De cara a los planteamientos que hace la defensa, encuentra la Sala que sus reparos tienen que ver directamente con la valoración probatoria efectuada por la judicatura de primer nivel, encontrándose un problema jurídico de índole netamente fáctica, del siguiente tenor:

- ¿Se pudo demostrar con certeza por parte de la Fiscalía y por medio de la prueba llevada a juicio, que el señor **Oscar Hernán Rojas Medina** realizó tocamientos libidinosos y accedió carnalmente a la menor L.T.S.. en el interregno que va de febrero de 2015 a marzo de 2016?

Como el sentir de la recurrente, es que la prueba arribada al juicio oral, en especial la declaración de la niña ofendida, no fue valorada en debida forma y que no hay la solidez en los elementos de juicio para deducir, con la certeza requerida, que los hechos existieron, es necesario efectuar un breve exordio sobre las posibilidades con las que cuenta la Fiscalía para la incorporación de las versiones de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral y la valoración de estos dichos por parte del juez, para luego proseguir con el abordaje del caso concreto.

7.2.1 Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino de los jueces para tratar de encontrar el justo medio en donde los derechos de los unos no avasallen a los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso coexistan de la manera más armónica posible para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo más posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, teniendo como referente claro nuestro régimen procesal y el *principio pro infans*, ha habilitado cuatro formas de introducir la versión de la menor víctima al juicio oral, cada una de las cuales tiene unas exigencias especiales como pasa a verse:

La primera -y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación-, consiste en la **práctica del testimonio del menor en el juicio oral**, eso sí con el respeto máximo de todas sus garantías constitucionales y procesales para evitar una revictimización.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que el menor rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad tal versión anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.

Sobre esta forma de introducción de los dichos previos del menor, la Alta Corporación fue demasiado clara al señalar que, para que pueda introducirse la declaración anterior como testimonio adjunto, debe existir: *i)* una retractación o modificación significativa de la versión inicial del testigo; *ii)* este debe estar disponible, no solo de forma física, sino también funcionalmente para ejercer como medio de prueba; *iii)* debe existir una solicitud en el sentido de la aducción de la declaración previa como testimonio adjunto que, garantizándose debidamente el contradictorio y que se profiera una decisión favorable por parte del Juez de conocimiento; y *iv)* la declaración anterior debe introducirse a través de la lectura efectuada por el mismo testigo. Así, contando el juez con las dos versiones puede ejercer la respectiva valoración, a la luz de la sana crítica y la persuasión racional¹.

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es como **prueba anticipada** practicada ante un juez de control de garantías en razón de "... motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio", o por cierto tipo

¹ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

de delitos reseñados por el artículo 284 procesal, advirtiéndose que tal carga probatoria y argumentativa le corresponde a la Fiscalía o a la parte solicitante.

En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la defensa el derecho de contradicción, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada ha desaparecido o no se cumplió, el juez ordenará la repetición del testimonio del infante en la vista pública, salvo las excepciones que trae el referido artículo 384.

La última alternativa que prevé la ley es la introducción de los dichos del menor rendidos antes del juicio por medio de lo que se conoce como **prueba de referencia**, cuando a pesar de que haya la posibilidad de hacer comparecer al testigo a juicio, ello pueda implicar una revictimización secundaria.

Es menester señalar que, si bien por ley se encuentra habilitado que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello, al igual que el testimonio adjunto, no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima dentro de nuestro sistema penal en tanto afecta de manera sustancial al principio de inmediación, su introducción al juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se pueda demostrar la indisponibilidad total del testigo (hipótesis señaladas en el artículo 438

literales a, b, c y d) o, cuando menos, su indisponibilidad relativa (a pesar de la presencia física del testigo en el juicio, aquel por diversas razones no está en la posibilidad de declarar de manera adecuada y suficiente).

Frente a este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al establecer la precisa ritualidad que se debe seguir si se quiere introducir este tipo de pruebas al juicio:

(i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, **con plena garantía del contradictorio**, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia, es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Sala de Casación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de juicio, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, acreditar la causal excepcional de admisión, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien

indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la admisibilidad del medio de prueba y, con base en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio².

Véase como la Corte, de forma por demás acertada, y en criterio que es compartido plenamente por la Sala, ha dictado parámetros específicos para reglamentar la introducción de este tipo de pruebas al juicio oral, por lo cual la petición probatoria debe ser expresa, ceñirse a estrictos parámetros de argumentación sobre la indisponibilidad del testigo -sea plena o relativa-, y someterse al escrutinio de las demás partes e intervinientes para que expresen su punto de vista frente a su admisión, a efectos de que finalmente el juez tome una decisión motivada al respecto, sobre la cual proceden los recursos de ley.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, puede allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas directrices la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

Por último, es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia en casos de abuso sexual contra menores, no significa una excepción a la

² Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena únicamente con pruebas de esta estirpe.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal en punto a la elaboración de su estrategia para sacar adelante su pretensión punitiva, la Corte en la sentencia del 20 de mayo de 2020 ha hecho esta puntual y oportuna advertencia:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de

concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

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 requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)» .

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre debe hacerse con pleno respeto del interés superior del menor; pero también con el respeto de las formas propias del juicio y las garantías del procesado.

7.2.2. De la valoración del testimonio rendido en juicio por los menores víctimas de violencia sexual:

Es menester señalar que como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas y que como en muchas ocasiones la agresión no deja huellas en el cuerpo de la víctima, el testimonio de esta adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, en tanto es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

Respecto a la valoración del testimonio de los infantes, inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue un tanto reticente frente a su credibilidad, pues se alegaba una

cierta inmadurez mental de aquellas, lo que afectaba su percepción real de los hechos.

Posteriormente, la misma Corporación sostuvo que, a partir de investigaciones científicas, era posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiriría una gran credibilidad cuando era víctima de abusos sexuales³.

La jurisprudencia actual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ubicado en un punto intermedio, al establecer que lo que corresponde al juez en cada caso es valorar tales dichos bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o, de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie de juntillas sus relatos⁴.

Y es que esto último realmente no es nada nuevo, porque de tiempo atrás la alta Corporación indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el

³ Cfr. CSJ Rad. 23706 del 26 de enero de 2006.

⁴ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.⁵

También en sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado 35080, advirtió que: «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

En estas condiciones, para el análisis de la veracidad del testigo, el juez debe tener en cuenta la consistencia interna del testimonio, para lo cual se asirá de los aspectos ya señalados del artículo 404 y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión; pero también la valoración debe contener un análisis de consistencia externa que tiene que ver con la armonía y coherencia que guarde el relato con las demás probanzas llevadas a juicio.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración (consistencia interna y externa o periférica), puede sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo

⁵ Sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568

acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.⁶

⁶ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

Ahora bien, en decisión emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales, se reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal o jurisprudencial, **sino como consecuencia de examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:**

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: **la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.**

En este sentido, la Corte ha dicho que: **“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental”** (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

La postura anterior encuentra su justificación en que: “cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, **su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica**”.⁷ – *Negrilla propia*–

Desarrollando esta línea de pensamiento, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016⁸, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana:

“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

⁷ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁸ SP3332, M.P. Patricia Salazar Cuellar. Posición reiterada en otras decisiones posteriores, entre esas, la más reciente, la sentencia 55957 del 12 de febrero de 2020.

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.”

7.2.3. Análisis probatorio del caso concreto:

Traídos los anteriores conceptos al caso en concreto, deberá la Sala determinar la credibilidad que debe otorgarse a los diferentes declarantes que concurrieron a juicio, en grado muy especial a la víctima, teniendo en cuenta su consistencia tanto interna como externa, a fin de establecer si con las pruebas practicadas en el juicio, se pudo demostrar la Fiscalía que entre febrero de 2015 y marzo de 2016, **Oscar Hernán Rojas Medina** realizó actos sexuales y accedió carnalmente a la menor L.T.S., quien era su hijastra.

Ello, por cuanto la defensa consideró en su escrito de apelación que el juez de primera instancia no valoró en su justa media las pruebas practicadas en juicio oral pues consideró que el testimonio de la víctima, no fue aducido en debida forma y sus dichos son inconsistentes y contradictorios, sin que permitieran arribar al grado de conocimiento exigido para emitir el consecuente reproche penal.

Así las cosas, para resolver el asunto en cuestión, lo primero que hará esta Colegiatura es una depuración probatoria, esto es, verificará cuales de las probanzas que se practicaron en el juicio

oral sí tienen la capacidad para ser analizadas y valoradas, dadas las reglas propias del enjuiciamiento penal y la jurisprudencia dictada al respecto.

7.2.3.1. Depuración probatoria.

La Fiscalía trajo a juicio Olga Elena Riaño Escobar, Psicóloga adscrita al CTI, quien se encargó de tomar entrevista a la menor L.T.S. y cuyo conocimiento de los hechos solo obedece a lo que la niña le contó en ese acto de investigación. Como la menor si compareció a juicio, la declaración de esta deponente no puede ser valorada por constituir prueba de referencia de carácter inadmisibile.

Con relación a los testimonios de Sandra Milena Suarez, Álvaro Andrés Torres Madrid y Luz Ángela Suárez Cárdenas, madre, padre y tía de L.T.S. respectivamente, se tiene que el conocimiento que obtuvieron de los hechos fue a raíz de lo relatado a ellos por la menor, por esa razón todos los aspectos de sus testimonios que guarden relación con lo que tiene que ver con lo relatado por la niña no será valorado por ser prueba de referencia inadmisibile, siendo solo susceptible de análisis aquellos detalles que pudieron percibir directamente, tales como la cercanía del procesado con la menor y los comportamientos que pudieron apreciar de ambos.

Con relación a las declaraciones en juicio de Juan Carlos Jaramillo Pérez, Comisario de Familia de Barbosa, Antioquia; Flor María Muñoz García, psicóloga de la Comisaría de Familia; y, Mary Celis Velásquez, Trabajadora Social de esa misma entidad, ocurre situación similar a la de los anteriores

deponentes, por cuanto su conocimiento de los hechos obedeció a lo relatado por la niña y su hermano en unas entrevistas recaudadas y a la recepción de estos menores en esa institución, por lo cual sus declaraciones comportan prueba de referencia inadmisibles.

Además, con relación a la declaración de Flor María Muñoz García, se tiene que se ingresaron 2 informes de entrevistas realizadas a L.T.S. y a su hermano F.D.S.R. como prueba documental, cuando lo cierto es que ambos informes eran prueba de referencia que no debieron ser tenidos en cuenta en tal calidad, por lo cual no serán valorados en esta instancia por cuanto ambos menores si comparecieron a juicio, máxime cuando desde la audiencia preparatoria se había permitido su ingreso para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

También, los conceptos emitidos por estos deponentes no pueden ser tenidos en cuenta al momento de efectuar valoraciones probatorias, por cuanto no fueron convocados a este juicio como testigos expertos o peritos. Por lo anterior, no puede ser de recibo la censura de la defensa direccionada a los patrones de mendacidad de la menor, por cuanto el concepto de estos testigos que dieron cuenta de ello es abiertamente impertinente dada la calidad en la que fueron convocados a juicio.

7.2.3.2. Valoración de la prueba válida traída a juicio.

Sea lo primero señalar que en el presente asunto no existió debate sobre la plena identidad del acusado; además, tampoco se debatió sobre el hecho de que la menor L.T.S. fue valorada por la

médico Mónica Patricia Giraldo López adscrita al Hospital San Vicente Paul Central de Barbosa de fecha 12 de octubre del 2016, y que esa valoración tuvo los siguientes hallazgos: Que su edad clínica es de 11 años; que se encontraba en buenas condiciones de salud, que no ameritaba incapacidad, himen integro y que halló un prurito en la vulva sin mayores lesiones; aunque recomendó que se realizara a la menor asistencia por psicología o psiquiatría y otros tipos de exámenes médicos para descartar contagio.

Se comenzará, entonces, por analizar lo dicho por L.T.S. en su declaración en juicio para determinar su consistencia y coherencia tanto intrínseca como extrínseca.

La ofendida L.T.S. declaró en juicio oral aduciendo que conocía al señor **Rojas Medina** porque este era la pareja de su madre, que convivieron juntos bajo el mismo techo para el año de 2015 y adujo que tenía malos recuerdos de esos tiempos por los abusos sexuales de que fue objeto por parte del procesado

Narró la menor en juicio los eventos en los cuales era víctima de abuso por parte de **Rojas**, indicando que el procesado la sacaba del baño a la fuerza, le introducía el pene en la boca y le echaba el semen dentro de la misma y con un aparato le tocaba la vagina, eventos que ocurrían en la habitación que la menor compartía con el encartado, aprovechando la ausencia de la progenitora de la niña, eventos que adujo se presentaron en reiteradas oportunidades.

También refirió esta testigo que en esos eventos estaba presente su hermano, a quien el enjuiciado enviaba al patio de la vivienda

para que jugara con agua, pero que un día el menor se quedó y observó los abusos:

P: ¿qué fue lo que te hizo el novio de tu mamá?

T: él me manoseaba, una vez me sacó del baño, o sea como le explicó, él cogía el pene y me lo metía a la boca también me echó, me echaba el semen y con un aparatico me molestaba en las partes intimas

P: ¿en qué lugar de la casa te hacía esas cosas tu padrastro?

T: en el cuarto, o sea eso era un como un salón, así como este y no era nada repartido, sino que estaban las camas así y pues como yo estaba sola con él ahí era donde aprovechaba

P: ¿a qué hora?

T: en las mañanas, en las tardes

P: ¿tu mamá se daba cuenta de eso?

T: no

P: ¿tú le contaste a tu mamá lo que te hacía tu padrastro o el novio de ella?

T: no

P: ¿cuántas veces te acarició los genitales tu padrastro?

T: muchas veces

P: ¿qué otras partes de tu cuerpo te tocaba?

T: los senos, la cintura, todo el cuerpo

P: ¿tu hermano fray ¿se dio cuenta de lo que hacía tu padrastro?

T: si

P: ¿dónde estaban cuando fray se dio cuenta?

T: él tenía el vicio de mandar a jugar al niño al patio a jugar con agua, y una vez el niño como que no le quiso hacer caso y se fue para el cuarto y ahí fue donde lo vio

En sede de contrainterrogatorio, la menor refirió que su padrastro la tenía amenazada con mandarla a vivir con su padre para que no contara lo sucedido

Del análisis de este testimonio, encuentra la Sala que la ofendida contó en detalle en que consistían los abusos de los que fuere víctima, señalando las locaciones de la casa donde se llevaban a cabo los actos lúbricos, informando, a su vez, que este aprovechaba la ausencia de la progenitora y enviaba a su hermano a otra parte de la casa para poderlos perpetrar

Indicó que no contaba lo sucedido por las amenazas que le hacía su padrastro.

De la versión antes reseñada, advierte la Sala, y muy contrario a lo que asevera la defensa, que la niña es absolutamente clara, sincera, coherente y espontánea en la narración que hace de los hechos sin que se denote el menor asomo de que esté faltando a la verdad porque la coherencia interna y externa de su relato impiden advertir lo narrado como un hecho inexistente, fantaseado por la menor o producto de una idea implantada derivada de una manipulación externa.

L.T.S. fue clara en precisar los lugares donde ocurrieron los hechos: casa donde habitaba con su mamá, hermano y el acusado en la vereda el hatillo del municipio de Barbosa; los sitios que su victimario aprovechaba para cometer los actos atentatorios de su libertad y formación sexuales: la habitación donde dormían en esa vivienda; el espacio de tiempo en que ocurrieron los hechos: a partir de febrero de 2015; la modalidad de los abusos: le tocaba los senos, la vagina, le ponía un aparato en su zona erógena y le introducía el pene en su boca hasta eyacular y las estrategias del acusado para cometer la conducta como aprovechar que la madre no estaba y enviar al hermano de la víctima al patio a jugar con agua.

No se evidencia en la declaración de la niña algún tipo de ánimo protervo de incriminar injustamente al procesado; por el contrario, pese a lo corto de su exposición, la niña fue muy precisa en relatar los lamentables sucesos y los vejámenes sexuales a los que fue sometida por parte de su padrastro, así como las amenazas hechas por el encartado para que la menor guardara silencio.

Son estos aspectos descritos, los que permiten a la Sala otorgarle una buena consistencia interna al testimonio de la menor, el cual es digno de toda credibilidad y constituye, como lo considero el *a quo*, un sustrato relevante para determinar la real ocurrencia de los lamentables sucesos en los que resultó ofendida.

Continuando con el análisis de la prueba de cargo, se tiene que la fiscalía trajo a juicio el testimonio del menor F.D.S.R., hermano de L.T.S. y quien señaló con toda seguridad en el juicio que pudo observar por lo menos en dos ocasiones que el encartado le tocaba las partes íntimas a su hermana y que incluso a raíz de esto una vez le pegó una patada a su padre en los genitales:

P: cuéntenos qué le hizo tu padre a tu hermana lorena

T: la tocó en las partes íntimas donde él no debía

P: ¿cuántos años tenías en esta época?

T: tenía 7

P: ¿en qué lugar de la casa le hizo esas cosas?

T: en el cuarto

P: ¿a qué hora?

T: cuando mi mamá está trabajando por la mañanítica

P: tu mamá se dio cuenta de eso?

T: no

P: tú le contaste a tu mamá lo que hizo tu padre a lorena?

T: no

P: ¿cuántas veces le hizo esas cosas?

T: dos

P: ¿qué otras partes del cuerpo le tocaba?

T: nada más

P: ¿cómo reaccionaste cuando tu padre le hizo eso a tu hermanita?

T: le pegue una patada en las partes íntimas de él P: ¿tú te alcanzaste a imaginar esas cosas?

T: no

P: ¿todo lo que nos estás contando es cierto?

T: si

Además, con la declaración de la señora Luz Ángela Suárez Cárdenas, se pudieron constatar en juicio varios aspectos fundamentales del testimonio de L.T.S., tales como la forma en que estaba la habitación, la afectación que la menor tenía por estos hechos y el enrojecimiento y dolor que sentía la niña en sus partes íntimas, además de que corrobora de forma periférica que el acusado mandaba al niño F.D.S.R. al patio a jugar con agua, pues en una oportunidad que acudió a esa vivienda pudo observar tal situación.

Esta deponente también respaldó el hecho de que L.T.S. se quedaba sola con su ex padrastro durante las horas de la mañana y que en varias ocasiones le llamó la atención el hecho de que encontraba a la niña bañada desde muy temprano, pese a que esta acudía al colegio en el horario de la tarde.

Además, esta deponente observó cambios negativos en el comportamiento de L.T.S., tales como retraimiento, aislamiento, rebeldía y apatía a socializar con niños y que incluso la menor atentó contra su propia vida, intentando cortarse las venas.

La señora Sandra Milena Cárdenas, madre de la víctima, permitió corroborar la forma en que estaba distribuida la vivienda y los espacios de soledad que compartían procesado y agraviada; también, dio cuenta de la existencia de un vibrador en su casa y que era ese el elemento que el encartado usaba para ponerlo en la vagina de la niña.

Al igual que la tía de la menor, esta testigo también refirió cambios sustanciales en el comportamiento de L.T.S. y reafirmó el intento de suicidio por parte de su hija.

En esa misma medida, se pudo establecer con este testimonio que ciertamente hubo momentos en que víctima y acusado se quedaban a solas.

También se dio corroboración a la forma en que la menor decidió contarle de los abusos a ella y a su hermana, notando a la víctima visiblemente afectada por lo sucedido.

El señor Álvaro Andrés Torres Madrid, padre de la afectada, también pudo dar cuenta de los cambios del comportamiento de la menor, así como el decaimiento del rendimiento escolar para la época en que se presentaron los tocamientos, poniendo en conocimiento de la actuación de varios episodios en los que la menor entraba en shock al recordar los abusos que había recibido por cuenta del procesado.

Nótese como estos testimonios, permiten estructurar una corroboración periférica al núcleo central de las incriminaciones en contra del señor **Rojas Medina** y son demasiado coincidentes con los detalles otorgados por L.T.S. en su declaración en juicio.

Estos declarantes, dotan de consistencia en las circunstancias t mporoespaciales en las que la menor refirió ocurrieron los abusos, corroborando aspectos sustanciales como la distribución de la vivienda, los espacios de soledad, la presencia del hermano y los cambios en el comportamiento de la niña con posterioridad a los vejámenes sexuales a los que fue sometida.

Son todos estos aspectos los que dotan de credibilidad el testimonio de L.T.S., descartando algún ánimo protervo de incriminar falsamente al procesado en una situación tan gravosa como la que aquí se investiga ,y que permiten a la Sala corroborar, hasta ahora, que los abusos sexuales consistentes en introducirle el pene en la boca y tocarle la vagina con la mano e incluso con un vibrador, si fueron ejecutados por **Rojas Medina**.

De cara a la prueba traída por parte de la defensa, se tiene que comparecieron Tania Milena Mendoza G mez, Juan Carlos Morales, Marta Elena Castrillón y Deisy Vanesa Rojas, quienes acudieron a juicio en gran medida a intentar poner en evidencia problemas de convivencia entre el acusado y la madre de L.T.S., así como sacar avante que el procesado tenía un buen comportamiento.

Para la Sala, los aspectos traídos a juicio por estos testigos no desdibujan la existencia de los abusos enseñada con solidez por la prueba de cargo, siendo además insuficientes para predicar que la madre de L.T.S. tuviera algún tipo de móvil para dañar de semejante manera a su ex pareja.

Con la declaración del procesado la cuestión no es en nada diferente, por cuanto este indicó que para la fecha de los hechos laboraba en una empresa de pollos como conductor y que entraba a trabajar a las 5 de la mañana, pero ello es abiertamente contradictorio a lo que en realidad enseñó la actuación, por cuanto varios testigos ubican al procesado en la casa donde habitaba con L.T.S. en horas de la mañana.

El procesado quiso hacer notar que tenía profundos problemas con la madre de la menor y que ello pudo conllevar a la incriminación, pero claro refulge que esos problemas personales entre la madre y acusado y la presunta incidencia en la manipulación de la niña no rebasan la esfera de la mera especulación, por cuanto la menor optó por guardar silencio sobre los abusos recibidos y no se pudo desvirtuar que el procesado le amenazaba para que no relatara a nadie lo sucedido.

Ahora, insiste el procesado en que el abandonó la casa donde vivía con la menor para el 15 de febrero de 2016, lo que haría imposible la comisión de los delitos ya que los hechos ocurrieron en marzo de esa misma anualidad como se narra en la acusación, aspecto que también fue tocado por el apelante en su recurso.

Pues bien, frente a este planteamiento encuentra la Sala que no tiene la vocación de prosperidad que pretende la defensa, por cuanto, de un lado, es claro que los abusos no se dieron solamente en el mes de marzo de ese año sino en múltiples ocasiones y, de otro, que el factor tiempo en este asunto no hace parte integrante de los hechos jurídicamente relevantes, los cuales se circunscriben únicamente a los abusos sexuales que el procesado realizó en contra de su hijastra y estos sí se

encuentran debidamente probados en el proceso sin que ese factor tiempo tenga alguna incidencia trascendental en la actuación.

Por último, las supuestas inconsistencias que tiene la niña en la versión rendida en el juicio oral con respecto de otras extraproceso, debieron ser puestas de presente por la defensa en el conainterrogatorio en tanto que las mismas podían haber servido para impugnarle credibilidad; pero no asumir que podrían entrar como pruebas autónomas, pues ello resulta inadmisibile ya que la víctima declaro en juicio.

Por todo ello, deviene diáfano que el señor **Oscar Hernán Rojas Medina** si abusó sexualmente de la hija de su ex compañera sentimental, introduciéndole el pene y eyaculando en la boca de la niña y tocándole sus partes íntimas con un artefacto vibrador y que estos eventos ocurrieron en varias oportunidades.

Ahora, con relación a las circunstancias de agravación punitiva endilgadas al procesado contenidas en los numerales 2 y 5 del canon 211, encuentra la Sala que si existe un problema que es menester corregir.

De la lectura de la decisión de primer nivel, se tiene que el *a quo* dio por acreditados los agravantes por considerar que sí concurría un grado de confianza por la integración del procesado a la unidad domestica de la víctima y que además se probó que el procesado era el padrastro de la menor.

No obstante, la Sala avizora que existe un problema de doble incriminación en el presente asunto, por cuanto el fundamento

fáctico de los 2 agravantes es el mismo, esto es, la relación de paternidad social existente entre víctima y victimario.

Lo anterior, hace que para la Magistratura sea necesario corregir dicho yerro pese a que no fue objeto directo de la apelación; pero que sí tiene una incidencia negativa directa sobre los derechos del encartado.

Así, analizando el contexto del asunto puesto a consideración de la Sala, se encuentra que la condena solo debe obedecer por la circunstancia de agravación del numeral quinto del canon 211 del C.P. por cuanto ella ofrece una mejor y mayor riqueza descriptiva en el punto en que lo que hace más lesiva la conducta lo es la relación de padraastro que para la fecha de los hechos tenía el procesado para con la menor.

Como lo anterior no tiene incidencia en la tasación de la pena, esa dosificación punitiva será reafirmada por esta instancia.

Haciendo esta salvedad, para la Sala se impone en este caso confirmar el fallo de primer nivel, modificando lo señalado en el párrafo anterior.

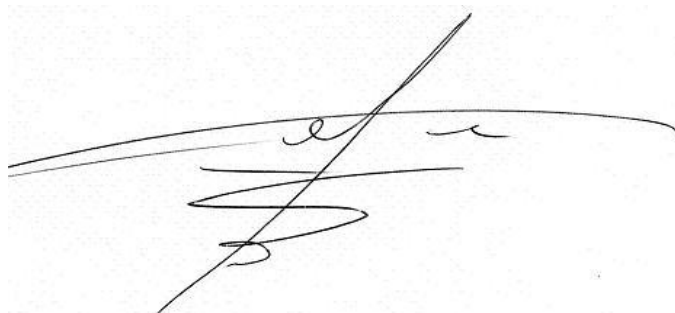
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 29 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardota, por medio de la cual se condenó al señor **Oscar Hernán Rojas Medina**, en el sentido de que la circunstancia de agravación para los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce y de actos sexuales

con menor de 14 años agravado solo lo es por el numeral 5 del canon 211 del C.P. En lo restante, se mantiene incólume el fallo recurrido.

SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley. Una vez en firme la decisión, remítase al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

Con aclaración de Voto



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

Con aclaración de Voto