



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Magistrado Ponente:
JOHN JAIRO GOMEZ JIMENEZ
Acusatorio ordinario
Radicado: 2018-00048
Aprobado mediante acta 172

Medellín, noviembre veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensora contra la sentencia dictada el pasado 9 de junio por el Juez Quinto Penal para Adolescentes, mediante la cual responsabilizó penalmente a Daniel Alejandro Graciano Ospina como autor del delito denominado "*actos sexuales con menor de catorce años agravado*", definido en los artículos 209 y 211 numeral 5, ambos del Código Penal y modificados por la Ley 1236 de 2008.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El Juez encontró demostrado más allá de toda duda razonable que en el mes de octubre de 2017, al interior del inmueble

ubicado en la calle 64F NO. 94 B 7 de esta ciudad, el adolescente Graciano Ospina con 15 años para esa época, realizó tocamientos en la vagina de su hermana de 5 años Celeste Graciano Múnera y además le colocó el pene en su boca.

Teniendo como hechos exentos de pruebas las identidades del acusado y la víctima, y de esta su fecha de nacimiento (14 de octubre de 2012), y la relación de parentesco en segundo grado de consanguinidad entre ambos, la estructura de la decisión la sustentó en dos segmentos: **primero**, le concedió credibilidad al testimonio de la menor en el que expresó tocamientos sexuales padecidos de su hermano, **y segundo**, su corroboración por los adultos, familiares y profesionales, quienes escucharon su relato y actuaron en su círculo familiar o en razón de las competencias asignadas como: Mónica María (madre), Milley Bibiana Múnera Gómez (tía), Sandra Milena Bedoya Restrepo (medica legista) y José Raúl Otero Oyola (médico de Comfama). Importa anotar que la defensa no presentó prueba de refutación.

Determinó finalmente como sanción a imponer la privación de la libertad por el término de veinticuatro (24) meses, expresando como razones la gravedad del delito y las múltiples condiciones negativas que halló en los informes que obtuvo: consumo de estupefacientes, carencia de proyecto de vida, ausencia de buenas relaciones con los pares, desconocimiento del lugar de ubicación y sin compromiso con la autoridad. Dispuso, entonces la orden de captura para el cumplimiento de la sanción.

2. La apelación.

La defensora solicitó la revocatoria de la sentencia para que en su lugar se declare inocente al joven Graciano, pues, estimó que hay dudas sobre la veracidad de "la denuncia", de la que, anotó, en una apelación sí se puede revisar, y también refirió con otro sentido que se violó el debido proceso y se debe anular "o quitar" el fallo.

Consideró que los hechos fueron cometidos por un menor y se le está condenando como "un adulto" por unos sucesos que no tienen que ver con los posibles tocamientos, ya que salió a relucir que no tenía un proyecto de vida claro y que al parecer fumaba marihuana y por eso se le dio la privativa de la libertad.

Dejó constancia que hubo *una mala investigación* de la Fiscalía (aunque no se supo el porqué) y estimó que la Ley procesal no exceptúa a los niños y niñas adolescentes del deber de testimoniar, ni los considera inhábiles. Entonces, el Código de la Infancia y Adolescencia en su artículo 150 dispone que cuando sean citados como testigos menores, sus declaraciones solo las podrá tomar el defensor de familia, el fiscal debe enviar previamente un cuestionario, el juez puede intervenir excepcionalmente en el interrogatorio y en ninguna parte se faculta al fiscal para hacer las preguntas. En este caso, si bien la fiscal pasó las preguntas por escrito, fue ella la que realizó el interrogatorio verbal.

En otro flanco, agregó que el testimonio se rinde con unas garantías constitucionales y legales, y como lo señala el artículo 33 de la Constitución, primero se le debía advertir que iba a declarar contra su hermano. El ambiente debe ser adecuado para que un menor declare y si se le tomó el juramento a la mamá no significa que la menor supiera sobre la exención; es cierto que no había obligación de juramentarla, pero sí de instarla a que dijera a la verdad, advertencia que tampoco ocurrió. La menor era inteligente y coherente, tenía 8 años y especuló acerca de que todavía quiere a su hermano.

Opinó que el proceso estuvo "dormido" o "archivado" durante tres años, lo que explica que el muchacho se pudo haber ido para otro país y de nuevo dejó constancia que el anterior defensor "no era bueno" y lo único que hizo fue solicitar la comparecencia de tres testigos de los cuales *ninguno sirvió*, quedando sin prueba. Sin desarrollo y de manera desorganizada denunció que es muy extraño que a la menor le duela la vagina después de cuatro meses y nunca dijo *lo del pene en la boca* sino que fue la mamá. Recordó que por las objeciones no se le permitió contrainterrogar, por ejemplo, sobre el himen desgarrado y que luego la médica legal halló que estaba intacto.

3. Los no recurrentes.

3.1. El apoderado de las víctimas sostuvo que no hubo una asunción plena sobre los yerros cometidos por el Juez y al no

haber una referencia específica a la valoración probatoria y sus errores, solo *obiter*, el recurso deberá de declararse desierto.

3.2. En igual sentido se pronunció la fiscal. Expuso que la finalidad del recurso no es que se valore nuevamente todo lo ocurrido, sino que se debe advertir algún error en la valoración probatoria y transgresión de garantías. Lo que ocurrió es que la defensa reiteró la teoría del caso, la cual no tuvo correspondencia en la práctica de prueba.

3.3. La procuradora se abstuvo de intervenir y simplemente solicitó que se "ratifique" el fallo, dejando constancia que la apelante no tuvo en cuenta que se trata de un procedimiento especial, diferencial y pedagógico.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Los problemas jurídicos presentados a este Tribunal se circunscriben en, **primero**, examinar si hubo una debida sustentación del recurso de apelación, reclamando el apoderado de las víctimas y la fiscal que se declare desierto y, **segundo**, por supuesto, en el evento de admitir la satisfacción de la carga procesal exigida para acceder a esta instancia, se debe valorar la responsabilidad penal del adolescente.

1. Al encarar el inicial objetivo planteado, es oportuno recordar que "la petición de declaratoria de desierto" debe ser

resuelta motivadamente en sede de primera instancia y en caso de su rechazo, que es la forma correcta de resolverlo negativamente, quedaría vigente a la parte procesal el recurso de queja ante el superior funcional¹.

Mas allá de esta apreciación pedagógica, hemos insistido en que la segunda instancia surge por vocación y disposición del recurrente que define los contornos de la competencia y, por tanto, el cumplimiento de la carga procesal de la sustentación constituye un presupuesto de procedibilidad indispensable para su conocimiento y decisión, y que se traduce, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte, *"en la manifestación explícita de rechazo por los fundamentos de la decisión atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas y la presentación del criterio cuya prevalencia demanda"*².

Con esta reflexión para comenzar debemos reconocer que aciertan el apoderado de víctimas y la fiscal cuando censuran la ausencia de cumplimiento de esta carga procesal en la mayor extensión del recurso. La defensora oralmente expuso sus opiniones generales sin soporte ni desarrollo, muy propios de los alegatos en sede de primera instancia, algunos inentendibles y confusos, y en todo caso distantes de la extensa argumentación jurídica y probatoria expuesta por el

¹ CSDJ. SP. Auto de agosto 2 de 2017. AP4870-2017-Radicación 50560: Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá *denegarse* esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

² CSDJ. SP. Sentencia de 20 de enero de 2016, AP141-2016- Radicación 44408

Juez. Otros ilegales cuando advierte que se debe estudiar "la denuncia", cuando en esta sede solo se deben valorar las pruebas practicadas en el juicio, acorde con el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal. O que su defendido fue juzgado como "un adulto" y por otros hechos, reducción indebida al absurdo de las razones del juez acerca de la forma cómo se debe cumplir la sanción, tópico en el que no encaró el informe suministrado por el defensor de familia, ampliamente detallado en la sentencia.

En todo caso, la Sala, al comparar la sentencia y el recurso, advierte que, aunque breves, en algunos argumentos se presentó un mínimo de confrontación tácita, específicamente respecto a la validez de la prueba principal que amerita activar nuestra competencia, y sobre los mismos se dirigirá nuestro estudio principal.

2. Para una adecuada ilación, la responsabilidad penal declarada por el Juez de instancia fue soportada en el testimonio de la niña Celeste Graciano Múnera, única testigo de los hechos, integrándose a su narración las estipulaciones y las demás pruebas que escucharon con diferentes finalidades su relato.

Veamos su exposición:

Afirmó que: i) cuando contaba con 9 años y tenía 4 o 5 años estaba en su residencia con su hermano Daniel, con quien tenía una relación de *felicidad*, y ya estaba anocheciendo; ii)

que cuando estaba haciendo “*chichi*”, él la estaba mirando por un hueco de la chapa que estaba dañada, la jaló y sin poderse poner la ropa, le metió el pene en la boca, (“...*que un poquito...*”³) y en la vagina⁴, y iii) que solo ocurrió una vez, lo que le produjo tristeza y decepción.

A lo anterior se agregaron los testimonios de su mamá Mónica María y su tía Milley Bibiana Múnera Gómez, que escucharon su relato, precisando la primera que fue a finales del 2017, espontáneamente le dijo que le había puesto el pene en la boca y en la vagina, y procedió a actuar acorde con la incriminación: acompañamiento a su hija, denuncia penal, médicos, Código Fucsia, y los médicos Sandra Milena Bedoya Restrepo (medica legista) y José Raúl Otero Oyola (médico de Comfama), recibieron también su narración antes de cumplir la tarea encomendada.

Antes de continuar, la conducta descrita realiza el tipo penal de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (art. 209 C.P.), y es cierto lo afirmado por el Juez acerca de que la narración admitía una subsunción típica para un injusto de mayor gravedad, como es el acceso carnal abusivo (art. 212 C.P.), pues este hecho está definido en el artículo 212 del C.P., como cualquier penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, tópico que carece de trascendencia para el evento que juzgamos porque el titular de la persecución penal tiene autonomía e independencia para determinar el alcance de la acusación, el cual por el principio de congruencia

³ Minuto 53

⁴ Minuto 0:57

debe ser respetado, en este caso limitado al punible menor pero integrado al contexto de uno de mayor riqueza fáctica.

De otro lado, lo correcto sería que en la acusación se definiera específicamente a cuál de las conductas alternativas allí enlistadas se está refiriendo, pero tampoco ofrece dificultad que se trata de la realización de actos sexuales diversos del acceso carnal y que es entendida de la siguiente forma, acorde con las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte SP1867-2021, que se reiteró en CSJ SP2920-21: *“exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito”*. Es irrelevante cualquier análisis acerca de si hubo o no penetración, pues, como vimos, la fiscal estableció como límite fáctico del abuso “el tocamiento”, y la agravante también fue correctamente deducida al realizarse sobre consanguíneo en el segundo grado (art. 211 # 5 C.P.), hecho que fue acordado como exento de prueba.

Lo anterior no lo discute la apelante, pues fuera de opinar que no hubo acceso carnal (que no es el delito que nos ocupa), o que la menor informó meses después de un dolor de la vagina (que tampoco hizo parte de la acusación otros episodios), enfila su disputa sobre la validez de la declaración de Celeste, aduciendo que en su práctica se desconocieron las reglas establecidas en el artículo 150 del Código de la Infancia y de la Adolescencia y no se le puso de presente el artículo 33 de la Constitución Política sobre la exención al deber de declarar, como es el caso que nos ocupa al tratarse de una relación entre hermanos.

La Sala estima que ambos cargos son incorrectos.

Primero, el artículo 150 del Código de la Infancia y la adolescencia, puesto de presente por la defensa, alude a un escenario diferente, esto es, siguiendo su tenor cuando *“Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos”⁵.*

Ubicándonos en el escenario correcto, más bien, indica el 192 del mismo código, que cuando *“sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos: (...)*

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley”.

Y, además, en el 194 ob. cit. se señaló:

En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar

⁵ Subraya de nuestra autoría.

los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente.

La Sala penal de la Corte en sentencia de julio 27 de 2016 (AP4771-2016 Radicación: 48198), comparado inclusive con la adición introducida por la Ley 1652 de 2013, expuso:

Al respecto valga precisar que la citada legislación - Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales- en su artículo segundo⁶ establece el procedimiento para efectuar entrevista forense a los menores víctimas de esas conductas, lo cual dista del testimonio rendido en juicio, es decir, la exigencia que reclama el censor es propia de labores investigativas en cabeza de la Fiscalía, más no del procedimiento probatorio del juicio, en donde el único requerimiento es que el menor esté acompañado de autoridad especializada, -en la práctica se recurre al defensor de familia-, para que en su presencia y junto con el control que también ejerce el juez, las partes formulen sus preguntas.

Es que la norma lo que busca es la protección de la menor víctima y este es el punto específico de análisis que se debe abordar ante cualquier desatención de una regla

⁶ **ARTÍCULO 2o.** Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

(...).

procedimental. En la sentencia T 008 de 2020, indicó la Corte Constitucional, lo siguiente:

En ese sentido, la Corte determinó que el "el ordenamiento jurídico no establece (...) una prohibición general para que los menores sean llamados al juicio oral a rendir testimonio, o que la práctica de dicha prueba constituya, en sí misma, una revictimización."⁷ Se trata de "una práctica judicial condicionada pero no prohibida".⁸

Luego de hacer alusión al el Código de la Infancia y la Adolescencia (especialmente a sus artículos 150 y 193), concluyó que "la participación de menores en el proceso penal está subordinada al cumplimiento de reglas estrictas y medidas específicas de protección. En especial, cuando la niña, niño o adolescente es la presunta víctima del hecho delictual, estas medidas se refuerzan para evitar su doble victimización. Entre ellas, el ordenamiento rodea al menor, en la diligencia que lo involucra, de especiales garantías, como el acompañamiento de familiares y profesionales especializados, o la adecuación del lugar donde se realice, de tal modo que la prueba testimonial pueda ser llevada al juez de conocimiento en la audiencia de juicio oral, minimizando sus efectos negativos.

Pero de manera particular, debe destacarse que, de conformidad con las medidas de protección establecidas en el artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, 'en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes

⁷ Ibidem., fundamento jurídico N° 7.3.

⁸ Así se titula el fundamento jurídico N° 7.

víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión'. (...)

Por lo tanto, la autoridad judicial está vinculada por las reglas procesales que protegen a los menores y le corresponde realizar un análisis en los anteriores términos sobre la posible afectación que le pueda generar la práctica probatoria, lo cual obedece a un examen caso a caso de las garantías que el proceso ofrece a los niños y niñas a la hora de rendir testimonios, y de las circunstancias individuales del menor en razón a la valoración profesional de su estado psicológico y su opinión respecto la realización de diligencia procesal. Lo que en últimas puede concluir en la decisión de practicar el testimonio, adoptar medidas específicas o prescindir del mismo”⁹.

De manera concreta, al escuchar la declaración de Celeste del 6 de mayo hogaño, la Sala encuentra los siguientes detalles que nos permiten concluir la ausencia de vulneración de las garantías que le asisten a la menor víctima: i) participaron el defensor de familia adscrito al ICBF, la apoderada de víctima y su representante legal, que integran un entorno riguroso de protección; ii) la víctima nunca fue expuesta ni enfrentada al acusado, estuvo al lado de su mamá y en su espacio de confianza; iii) la fiscal corrió traslado del cuestionario¹⁰ y fue revisado por todos, y específicamente por el defensor de familia¹¹, no objetándose ninguna pregunta, y iv) en todo caso, nadie reprochó que la fiscal dirigiera el interrogatorio, todas las preguntas sin tacha fueron contestadas y hasta la

⁹ Ibidem., fundamento jurídico N° 7.2.

¹⁰ Minuto 029:20

¹¹ Minuto 041:50

defensa optó por no realizar el contrainterrogatorio, declarando que *“estuvo muy bien, estuvo completo el interrogatorio de la fiscal”*¹².

Debemos declarar la ausencia de interés jurídico para proponer esta censura por la defensora, ya que asume el papel indebido de protectora de la víctima, función que no le asiste, pero la realiza, no para velar por sus derechos, sino para que la sentencia se dicte en contravía con la verdad y justicia del caso que nos trajo Celeste; repárese que el apoderado de víctimas estuvo de acuerdo con la condena y reclamó, como vimos, el rechazo del recurso. Y sin dejar de observar otra insuficiencia porque tampoco se expuso de manera concreta la trascendencia e importancia de algún hipotético vicio del interrogatorio o de algún grupo de preguntas.

Segundo, en cuanto a la censura acerca de que explícitamente no se le informó a la menor el derecho a no declarar, previsto en el artículo 33 de la Constitución Política y 385 de la Ley 906 de 2004, lo que se debe advertir inicialmente es que una hipotética omisión en que se pudo haber incurrido, no genera la exclusión de la prueba como sugiere la apelante, pues lo relevante es que no hubiera sido coaccionada para testimoniar soslayando la garantía. La Sala Penal de la Corte, precisamente en un evento en que no se juramentó y no se le advirtió sobre la excepción al deber de

¹² Hora: 1:04.53

declarar a una menor¹³, una vez examinada las particularidades de la actuación, indicó:

La excepción al deber de declarar contra parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, comporta una garantía al testigo de guardar silencio respecto de dichos que puedan comprometer o beneficiar a alguna persona que integre el grupo referido.

Ese derecho a guardar silencio no resultó conculcado en esta ocasión porque en modo alguno se evidencia que, durante el juicio, la Fiscalía o el Juez hubiesen pretendido direccionar o constreñir a la niña para que hiciera una narración en un sentido determinado; por el contrario, fue totalmente voluntaria, franca, sencilla y rodeada de plenas garantías, tanto para ella como para los sujetos intervinientes.

Por la edad de la testigo no era dable tomarle juramento y la instigación para que diga la verdad es apenas una "*facultad de compulsación*", como se dijo en la anterior sentencia, una información vinculada, en últimas, al valor probatorio, no a la validez de la prueba.

En nuestro caso, como también lo sostuvo el Juez, en la presentación del juramento y las excepciones a declarar de dos de los familiares, la menor estaba conectada a la audiencia y se hallaba con su mamá, tal como se dejó

¹³ CSDJ.SP. Auto del 2 de abril de 2014. Radicado AP-1713.2014-Radicación 42294. Cargo: El testimonio de la menor *SLPV*, que fue la base de la condena, inobservó los requisitos esenciales previstos en el artículo 33 de la Carta Política, puesto que se recibió sin juramento y sin la advertencia de la excepción de no declarar contra sus parientes. Para esa fecha, aquella tenía 13 años de edad y si bien se le garantizaron sus derechos, no ocurrió lo mismo con los del acusado. Los derechos de los menores no son absolutos.

constancia por la intervención del defensor de familia¹⁴. En este evento no ofrece duda de que la testigo quería declarar contra su hermano en el juicio y que fue la conducta que expresó desde varios años atrás cuando informó espontáneamente el padecimiento de los tocamientos, y durante todo este tiempo lo ratificó una y otra vez en todos los espacios en que interactuó con adultos. Esto sin dejar de desconocer, como ocurre en otras latitudes, que la renuncia de derechos constitucionales por personas con alguna indefensión, en este caso por la edad, están sometidas a control del juez a efectos de determinar su conciencia y libertad.

Los otros enunciados, tales como que el anterior defensor fue muy malo o que no la dejaron contrainterrogar, por ausencia de desarrollo no es viable asumir su conocimiento siendo indebido que se sobreentiendan o que se invite indebidamente a este Tribunal a que las argumente, pues, entre otras razones, la sustitución de una de las partes en los deberes que le corresponden¹⁵, lesiona el principio esencial de nuestro sistema procesal como es el de la imparcialidad.

Por estas razones, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

¹⁴ Minuto: 039:54

¹⁵ ARTÍCULO 125. DEBERES Y ATRIBUCIONES ESPECIALES. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones: (...) 7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.

FALLA

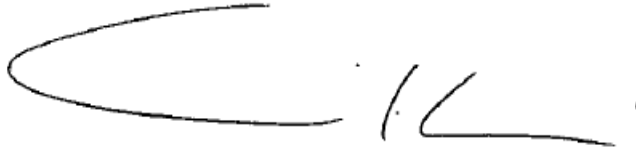
CONFIRMA la sentencia que por apelación se revisa. Informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

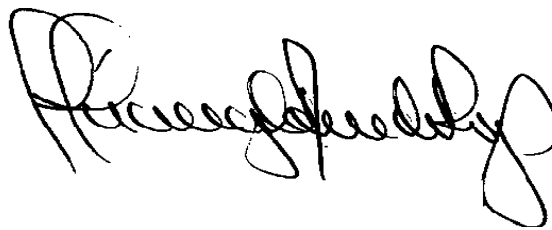
Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ



FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS