

Radicado: 05088 6000 200 2016-01066 (21-2022)
Procesado: José Fabián Murillo Bautista
Delito: Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años y otro
Asunto: Sentencia Segunda Instancia



SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO: 05088 6000 200 2016-01066
PROCESADO: JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y otro
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
ORIGÉN: JUZGADO 3º PENAL CTO DE BELLO ~ ANTIOQUIA
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ

Aprobado Acta No. 283

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintitrés 2023

ANTECEDENTES

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 13 de mayo de 2022 por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello en contra de JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA.

HECHOS

La funcionaria de conocimiento basada en la formulación de acusación describió que, en el año 2015, cuando la menor N.A.D. contaba con 12 años de edad, inició una relación sentimental con JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA, en la que se presentaban tocamientos erótico

sexuales entre ellos, los que consistían en besos en la boca y tocamientos en los glúteos de la menor por parte del procesado.

Para agosto del año 2016, a los 13 años de la menor, decidieron convivir en unión libre donde según lo narrado por parte de la Fiscalía sin que se haya probado en juicio más allá de toda duda razonable, se dio inicio a las relaciones sexuales en las que José Fabian penetraba vía vaginal con el pene a la niña hasta que procrearon un hijo.

Quedó demostrado que el sentenciado en varias oportunidades agredió a la menor físicamente; una de ellas fue el 20 de agosto de 2017 en la que José Murillo arremetió contra la menor ante su negativa de tener relaciones sexuales con él, y otra ocurrió el 25 de agosto de 2017 cuando ella quiso dar por terminada la relación, él le propino cabezazos.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 06 de febrero de 2018, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con función de control de garantías de Bello, la Fiscalía formuló imputación a JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA a título de autor por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales con menor de 14 años junto con violencia intrafamiliar, todos los anteriores delitos, agravados.

Presentado el escrito de acusación por estos punibles, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello, cuya titular, después de efectuadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, el pasado 13 de mayo de 2022 emitió sentencia condenatoria.

En la cuál por encontrarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con el delito homogéneo de violencia intrafamiliar agravado condenó a JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA a las penas principal de 18 años de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, motivo por el que libró la correspondiente orden de captura, teniéndosele como parte de pena cumplida el tiempo que haya estado en detención preventiva en razón de este proceso.

DECISIÓN QUE SE REvisa

En su sentencia, la juez le otorgó credibilidad a la entrevista de la menor N.A.D., que, por haber sido rendida fuera de juicio, asiente haber sido ingresada como testimonio adjunto.

A la juzgadora ninguna duda le suscitó que el procesado José Fabián Murillo Bautista es el autor material de estos hechos, conclusión a la que llega al considerar que la testigo Maricela Duque Hincapié madre de la menor N.A.D., hizo referencia a la relación que sostuvo su hija de 12 años de edad con José Fabián, quien para ese momento tenía 21 años, donde la menor al no atender sus prohibiciones, continuó la relación a escondidas hasta que se escapó y se fue a vivir con su novio Fabián. Adicionalmente se refirió a que *“él la seguía golpeando y ya la última vez que la agredió le tocó llevarla a urgencias porque la golpeo tanto que el bebé no se movía.”*¹

¹ Página 5 de la Sentencia Recurrída

Sin que se le hubiese notado el más mínimo interés en perjudicar al victimario o pretender agravar lo ocurrido dio cuenta de detalles que hacen más creíble los hechos.

Refiere la sentenciadora que pese a ser indiscutible que las relaciones sexuales entre N.A.D. y José Fabián iniciaron cuando ésta tenía 13 años, la menor pretendió eximirlo de responsabilidad frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, a pesar de haber rendido entrevistas con antelación en la Fiscalía; mismas que debieron ser introducidas como testimonio adjunto; acto del que además advierte que ella como funcionaria no incurrió en ninguna actuación irregular, pues el mismo fue aceptado por la defensa, así como dice haber seguido lo establecido por la Corte Suprema de Justicia.

*Afirma textualmente que "Contrario a lo sostenido por la defensa, quedó probada la convivencia entre José Fabián y Nathaly, los actos sexuales de que fue víctima la menor cuando tenía doce años y que siguieron hasta que tenía 14 años, que, en múltiples oportunidades, antes de tener 14 años fue accedida por José Fabián e igualmente en múltiples oportunidades fue agredida físicamente."*²

Considera que la menor en su afán de no representarle un perjuicio mayor a José Fabián Murillo, se retractó en juicio. Resultando para la jueza altamente fantasioso que la menor pretendiera hacer creer que una vez conviviendo juntos no hubiera sostenido relaciones sexuales con su compañero sentimental hasta no cumplir los 14 años.

Puesto que lo probado en conjunto no se compadece con el argumento facilista que pretenden exponer, en el sentido de hacer creer que el

² Página 26 de la Sentencia Recurrída

acusado ni siquiera convivió con la menor y que esta nunca tuvo una relación estable con José Fabián Murillo.

Ya que no debe olvidarse que la culpabilidad a título de dolo, no se somete a discusión, es decir, existió voluntariedad e intencionalidad por el procesado para ultrajar la menor en su libertad sexual y en su integridad física.

Al ser evidente para la sentenciadora que José Fabián Murillo Bautista actuó de modo contrario al ordenamiento jurídico porque al aprovecharse del estado de enamoramiento de la niña, violentó su libre disposición sexual.

Así mismo como fue evidente que José Fabián, en su intento de eludir cualquier tipo de responsabilidad en las conductas por las que se le llama a responder, exhibió una historia inverosímil al haberlo negado todo, como que no ejerció ningún tipo de agresión física en contra de la menor, ni que sostuvo relaciones con ella, y menos que convivieron juntos; e incluso contrarió lo referido por las psicólogas que atendieron a la víctima, quienes la describieron como tímida, introvertida; mientras que él la describe como buscona, "brincona", que andaba con el -uno y con el otro-.

En consecuencia, la juez declaró penalmente responsable a JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con el delito homogéneo de violencia intrafamiliar agravado a la pena principal de 18 años de prisión.

DE LA APELACIÓN

El defensor interpuso el recurso de apelación, porque en su sentir la funcionaria al condenar a su cliente incurrió en un grave error al valorar una prueba inadmisibles, y por, dar tratamiento de testimonio adjunto a elementos que no tienen tal calidad.

Pasando a establecer que los testigos, Maricela Duque Hincapié, Madre de la menor, María Alejandra Vega Giraldo amiga de la mamá de la alegada víctima, Álvaro Enrique Martínez Wilches médico general que atendió a la menor el 11 de octubre del 2015, Carolina Arango Montoya medica que atendió a la menor el 28 de agosto de 2017 en la clínica del prado, Carla María Álvarez Gallego psicóloga que atendió a la menor el 28 de agosto de 2017, Oriana Sofía cogollo Guzmán de la Defensoría de violencia sexual, Olga Elena Riaño Carrascal psicóloga del CTI, Leidy Paola Gómez psicóloga de Medicina Legal, y Clara Elena Chisco Torres profesional en medicina legal, ofrecieron testimonios de referencia inadmisibles en sede de juicio oral.

Adicionalmente, reprocha que, la sentencia, hace expresa reseña a las manifestaciones realizadas por la menor, pero fuera del juicio oral. Prueba que también cataloga de referencia y que, pese a no haberse decretado como tal, ni haberse solicitado su admisión; en sede de juicio, fue erradamente valorada por la juez para delimitar si el testimonio que la menor ofreció en juicio oral, era o no merecedor de credibilidad.

Concluyendo el censor, basado en una sentencia de la Corte³, que:

"la práctica y valoración de prueba de referencia es excepcional y debe obedecer a estrictos parámetros de admisibilidad, los cuales

³ SP606-2017 Radicación n° 44950

no se cumplen en el presente caso y por ello erró la juez de primera instancia al valorar el contenido de manifestaciones realizadas por la alegada víctima por fuera del juicio oral.”⁴

Dándole entrada de manera equivocada, al examen del testimonio adjunto, que fuera admitido por la juez, del que dice que su tratamiento es diferente, no solo conceptual sino procedimentalmente, enfatizando en que, según lo ya determinado por la Corte, es que debe estar disponible la declarante para que la contraparte pueda ejercer el interrogatorio.

Procediendo el libelista a transcribir una sentencia de la Corte Constitucional que determina los requisitos que se deben cumplir ante la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto de un testigo.

Destacando que las entrevistas realizadas a la menor por la psicóloga Olga Elena Riaño Carrascal los días 09 de febrero y el 13 de diciembre de 2017, al no haber sido producidas e incorporadas durante el interrogatorio de la menor víctima, ésta no pudo ser contrainterrogada sobre el contenido de las mismas, con lo que le fue cercenado su derecho a la defensa y por ende deberían ser ingresadas como prueba de referencia y no como testimonio adjunto, si no fuera porque además, tales entrevistas no fueron decretadas, practicadas, ni admitidas como prueba de referencia.

Frente al delito de acceso carnal abusivo indica que existe duda respecto a la minoría de 14 años de la víctima, al ella haber reconocido que antes de los 14 años no sostuvo relaciones sexuales con el procesado, recordando que la niña explicó que en la entrevista manifestó haber empezado su vida sexual con el acusado desde los 13 años “*porque tenía*

⁴ 3era página / 2do párrafo del escrito de apelación

mucha rabia con Fabián no solo por el daño generado de manera personal en su persona sino además por casi haber generado la muerte de su nacituros.”⁵

Existiendo duda razonable frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años ya que se trata de una sentencia condenatoria basada exclusivamente en prueba de referencia, así como para uno de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar.

También dice la defensa que la madre de la menor indicó que su hija se fue de su casa en agosto del 2016 (fecha indicada en la acusación) y que después de transcurrido un mes se enteró que estaba en casa de un familiar de Fabián, siendo clara en manifestar que no tiene conocimiento de que antes de los 14 años hubiesen tenido algún tipo de relación sexual.

Alega que, pese a que la menor no hizo alusión alguna a los hechos del 22 de agosto del 2017 de violencia intrafamiliar, la a-quo dedujo la prueba de dicho evento, apoyada en la declaración entregada por los médicos que atendieron la menor y de la profesional Carla María Álvarez gallego, es decir, prueba de referencia. De lo que considera que debe aplicarse el principio rector de la carga de la prueba y declarar no probado el hecho, debiéndose absolver a su prohijado.

Insistiendo en que ninguna sentencia condenatoria puede fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, según la normatividad, ya que un proceder contrario vulnera los principios de presunción de inocencia, confrontación y contradicción.

⁵ Página 5 del escrito de Apelación

Pretendiendo que sea revocada parcialmente la sentencia, en el sentido de absolver al señor JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA del delito de acceso canal abusivo con menor de 14 años agravado y por uno de los eventos de violencia intrafamiliar específicamente el ocurrido el 22 de agosto de 2017 y en consecuencia se re-dosifique la pena como en derecho corresponda.

CONSIDERACIONES

La Sala pasará a establecer la juridicidad y acierto de la sentencia de primera instancia, siendo competente para ello, al encontrar que el defensor tiene legitimidad e interés en mostrar su inconformidad, respecto de los delitos por los que está siendo investigado su prohijado y en esa medida se dará inicio con el pronunciamiento del punible de,

Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

Respecto del tema principal que nos convoca, el del testimonio adjunto, obligatorio es empezar replicando que es potestativo de las partes recibir declaraciones juradas y entrevistas como actos preparatorios del juicio oral⁶, en el que ha ocurrido que los deponentes rindan atestación en un sentido diverso a lo expresado en sus versiones anteriores o iniciales. Comportamientos que pueden darse por la decisión del testigo de no mantener una mentira, o que sean propiciados por algún tipo de presión personal o ajena.

Existiendo por ello dentro de los ordenamientos jurídicos regular expresamente la posibilidad de incorporar como **testimonio adjunto** las declaraciones iniciales inconsistentes con lo declarado en juicio.

⁶ Artículos 271, 272, 347, entre otros

Porque al ser admitida una entrevista preliminar al juicio oral como medio de prueba, contravendría los artículos 438 y 16 de la ley 906, al instituir que *"únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento"*.

De entrada, es evidenciado por la Sala que tanto la Fiscalía como la Juez le dieron un tratamiento inadecuado a la entrevista anterior al juicio oral que rindió la menor N.A.D., logrando vetar la decisión, al punto que, la Fiscalía al momento de que la menor declaró en sede de juicio oral, le faltó presentar la entrevista previa como testimonio adjunto, en la que la niña detalló todo lo contrario a lo que acababa de responder en el interrogatorio al que estaba siendo sometida, pero la Fiscal a cambio no hizo lo propio respecto a lo establecido por la Corte de introducir la declaración anterior para que la defensa ejerciera el derecho que le asiste de contrainterrogar respecto de lo dicho en la entrevista.

Por lo que al no haber procedido acorde, dejó para valoración de la juez la entrevista preliminar pero solo como prueba de referencia, de modo que está no debió ser examinada en tanto no ingresaba en el acervo probatorio valorable, debido a que al haber un cambio tan altamente significativo en la exposición de los hechos por parte de la menor, convirtió tal prueba en inadmisibles, en razón a que en la etapa del juicio sí se contó con la declaración de la única testigo que, por estar disponible para testificar, la posicionó como prueba admisible, haciendo que la entrevista perdiera su derecho a ser valorada como prueba de referencia.

Lo anterior modificó los presupuestos fácticos que se deben respetar frente a la prueba de referencia, porque como se acaba de decir, no se trató de una testigo **no disponible**, sino de una declarante que

compareció al juicio oral y que cambió su versión respecto de lo que había dicho en las entrevistas hechas con antelación a esta etapa.

Por lo que al aplicar la regla general de que el fallador sólo puede estimar como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral, tan solo le queda al juez considerar lo que el testigo manifieste *-específicamente-* en este escenario y en ningún otro; y todo por no haberse introducido la entrevista "pero" durante el desarrollo del interrogatorio de la menor, como testimonio adjunto.

Si por el contrario esta entrevista se hubiese incorporado en ese preciso momento, la juez entonces queda habilitada para valorar también la versión anterior, ante la modificación en el relato que la niña forjó durante el juicio; y sin que tampoco se quiera afirmar que la primera versión de un testigo obligatoriamente sea la que dé cuenta de la verdadera ocurrencia de los hechos.

Nutrida ha sido nuestra jurisprudencia al indicar que *"sobre el uso de declaraciones anteriores al juicio oral esta no puede mantenerse vigente, por las siguientes razones:*

Primero, porque contraviene lo expuesto en los apartados anteriores, en el sentido de que, por regla general, las declaraciones anteriores son actos preparatorios del juicio oral y no deben ser incorporadas como prueba. Es por ello que la admisión de prueba de referencia es excepcional (artículo 438), y que la prueba anticipada deba ser repetida en el juicio cuando el testigo está disponible (artículo 284).

Segundo, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, norma rectora que establece que únicamente

puede estimarse como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, con intermediación, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción. En el mismo sentido, se trasgreden las normas que regulan el interrogatorio cruzado de testigos y, en general, la prueba testimonial.

Tercero, porque asimila las declaraciones de testigos a elementos materiales probatorios, como un arma o una huella, y a partir de ello plantea como único requisito de admisibilidad de las mismas la autenticación de los documentos que las contienen, en detrimento de las normas constitucionales y legales que regulan la prueba testimonial.

Y, cuarto, porque permite la incorporación, como prueba, de declaraciones anteriores al juicio oral, por fuera de la reglamentación de la prueba de referencia y sin establecer requisitos que permitan armonizar esta posibilidad con los derechos del procesado."⁷

Recordemos que conforme al artículo 347 de la ley 906 de 2004 existe la prohibición de utilizar como prueba las declaraciones anteriores al juicio, porque *"no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes"* esto es que las partes se ven imposibilitadas para ejercer el derecho de conainterrogar al testigo y adicionalmente genera un obstáculo al juez para que pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, precisamente cuando éste se retracta dentro del interrogatorio.

7 Sentencia Sp606-2017 Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar 25/01/2017

Lo cual confirma que la declaración inicial de N.A.D., constituye prueba de referencia, según lo previsto en el artículo 347 al haber sido (i) rendida por fuera del juicio oral; (ii) presentada como medio de prueba de lo aquí debatido pero por la entrevistadora, privándose a la defensa la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación, de lo que se reitera, la juez no podía valorar las dos versiones que fueron rendidas por la menor en conjunto, pues para poderlas valorar, tal y como lo ha indicado el honorable Tribunal de cierre, se tuvieron que haber introducido las entrevistas como testimonio adjunto, pero sólo en el momento del interrogatorio de la infante y no, en ninguna otra etapa o momento procesal, con el ineludible objetivo de permitir que quien conainterroga tenga la posibilidad de poder ejercer un debido contradictorio, lo que definitivamente no ocurrió en el presente asunto.

Razón por la que era de obligatorio cumplimiento que exactamente en el momento del interrogatorio a N.A.D., la Fiscalía incorporará sus entrevistas iniciales como **testimonio adjunto**, al ser una prueba testimonial, ello ante el inesperado cambio de versión que la menor diera respecto a la primera oportunidad en que declaró, bien para que la defensa tuviera la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, ora para que la juez pudiera valorar ambas versiones.

Se ratifica entonces que, con su actuación irregular, la Fiscalía generó una situación inentendible, al haberse limitado a dar por terminado el interrogatorio con la menor, puesto que no podía desentenderse de probar los aspectos que en su sentir tornaban inverosímil la declaración que estaba testificando la menor en el juicio.

Por lo que no resulta afortunado para la causa del ente acusador que se abstuviera de ingresar como testimonio adjunto la primera

manifestación de la menor afectada, pero, en el mismo instante en que ella cambió su propia versión.

De este modo, debió entender la juez que le fue restringida la posibilidad de contar con prueba válida y contrastada de la principal fuente de información del caso, y en este contexto de contradicción para cerciorarse sobre qué inspiró a la joven inicialmente a aceptar que sí habían sostenido relaciones sexuales al inicio de su convivencia con Fabián, para en el juicio contradecir lo inicialmente dicho, de manera que la sentenciadora pudiera establecer, sin dar lugar a dudas razonables los aspectos que permitieran verificar la sinceridad de la testigo, juicio que, como advierte la jurisprudencia, no necesariamente se reduce a que una u otra versión sea verdadera, puesto que también puede existir la tercera opción, de que ninguna lo sea.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸, resume todo lo que viene de decirse, al establecer parámetros importantes del tema que venimos de tratar, como que:

"(...)

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

⁸ Sentencia 44950 M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar 25/01/2017

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral "no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes". Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que "la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia", bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

(...)

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para

el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

(...)

Ante esa situación, la declaración anterior del testigo tiene el carácter de prueba de referencia, según lo indicado a lo largo de este proveído.

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario."

Ahora bien, lo que testificó la menor en la etapa de juicio oral es la prueba esencial de cargos y la única testigo directa además del procesado de los hechos atentatorios contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, que puede considerarse conoce lo que sucedió. En efecto, el dictamen médico legal no permite comprobar o desvirtuar que la existencia del acceso si hubiera sido perpetrado por su compañero sentimental antes de los 14 años, porque a la pregunta de "*¿cuándo iniciaron la vida sexual ustedes dos?* N.A.D. respondió, "*después de que yo cumplí los 14 años.*"⁹

⁹ Minuto 51 del Interrogatorio

Como viene de anticiparse, la entrevista no puede estimarse, al ser prueba de referencia inadmisibles en este caso, ni lo dicho en la anamnesis al respecto, ni ninguna declaración de la menor haya vertido antes del Juicio, dino precisamente la que hiciera en el mismo, misma que al no haber sido soportada con la única aducción válida de los anteriores dichos, como lo es el testimonio adjunto, impide valorarla como tal, así racionalmente no pueda desconocerse, con base en los indicios que incluso menciona la juzgadora, pudo existir el cometido.

Por otra parte, de las exposiciones de los psicólogos, en cuyos testimonios se suprime la valoración de la prueba de referencia inadmisibles, se encuentra que de sus dichos no se podría estructurar una prueba fundante por sí misma de la existencia de la conducta punible ni de la responsabilidad penal del procesado, sobre todo, por cuanto, además de no ser testigos de los hechos, es sabido que no existen signos inequívocos que científicamente señalen por fuera de duda la existencia de abusos o violaciones y ni por quien fueron efectuados, o a que edad se perpetraron.

Tampoco se demostró razón de influencia o determinación para acusar falsamente al procesado; puesto que la fiscal es quien tenían la carga de la prueba de apuntalar la credibilidad de la testigo esencial de cargos, puesto que lo único que se pudo establecer es que fue capaz de mentir, por lo que, cuando menos, en general, no puede aseverarse que en este caso la víctima ofrezca una credibilidad reforzada.

Pues si bien la juzgadora basó su decisión en indicios puede estimarse posicionada la tesis de que la variación de la versión de la menor se da con el ánimo de ayudar a su abusador quien es el padre de su hijo; lo cual desmiente la conducta justiciable por que el testimonio de la niña puede percibirse como no espontáneo y carente de libertad, pues ella

pudo haber normalizado algunos aconteceres con su compañero con quien convivió y porque a pesar de todo le guarda cariño, lo cual desprende un contexto de presión para la infante de modo que difícilmente dijera otra cosa, fuera verdad o mentira en sus versiones sin que ese estado de coerción haya sido rebatido, de lo que la Sala percibe que ciertamente no se despejó si hubo incidencia de ello en la menor o no, siendo precisamente lo que se echa de menos pues, juzga la Sala; para hacer esa labor de depuración de lo dicho por la víctima en una u otra versión, demandaba la incorporación como testimonio adjunto para que este fuese una prueba válida, además de la indagación sobre la capacidad de mentir, en general, sobre el suceso o su autor.

De modo que, al delimitar el motivo de apelación, encuentra la Sala que la ausencia de contrastación frente al cambio de versión, aunado a la carencia de apuntalamiento de su credibilidad resquebrajada más que con la retractación, con la falta de incorporación en debida forma de la entrevista inicial por parte del ente acusador, tornan a la testigo en poco confiable, lo que debió generarle la duda a la primera instancia.

En consecuencia, la juez al haber valorado la declaración rendida por N.A.D., por fuera del juicio oral, incurrió en un error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, cuya trascendencia de cara a la violación indirecta de la ley sustancial será causa suficiente para revocar, en estricta aplicación del principio del in dubio pro reo y en su lugar a absolver al procesado José Fabián Murillo Bautista solo por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

De los **Actos Sexuales con menor de 14 años Agravado**

Tenemos que si bien la menor al momento de rendir su declaración en juicio, se retrató respecto de haber tenido relaciones sexuales con su

compañero sentimental antes de los 14 años, refiriéndose a la inexistencia de alguna penetración propia del acto; no declaró lo mismo en lo concerniente al punible de actos sexuales, donde es menester que la Sala contrario a la absolución que viene de decretar por el delito de acceso, y aunque en estricto sentido no es objeto de apelación, proceda con la sucinta valoración dispuesta en el artículo *16 de la Ley 906 de 2004, la cual establece que únicamente puede estimarse como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, con inmediación, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción.*

Ante la aceptación de la principal testigo de cargos, que por haber mentido inicialmente en las entrevistas anteriores; hace que deba ser tenida en cuenta la consistencia interna y externa del testimonio y la verosimilitud de la versión, ya que su declaración debe guardar coherencia con las demás probanzas introducidas en el proceso.

Pudiéndose establecer que, la menor en juicio, fue muy explícita respecto de los actos sexuales que mantuvo con su novio y posterior concubino, tocamientos como besos y abrazos con los que se configuró el delito de actos sexuales, al haberlo dicho en los registros así:

"Fiscal: ¿tú, nos puedes explicar cómo era esos besos esos abrazos?"

Menor: pues normal, normales pues como los de los novios normal¹⁰

Fiscal: Como eran esas caricias recuerdas¹¹

Menor: Pues sobarlo a uno pues así y abrazarlo, pues no era así como un manoseo como se llama, porque él siempre a pesar de todo siempre respeto mucho eso de que a mí no me gustaba que

¹⁰ Record 54:14

¹¹ Record 54:26

me estuviera como manoseando, y todo eso entonces él siempre respetaba eso.

Fiscal: Donde eran esas caricias

Menor: En el cuerpo, así en la mano, así en la espalda y así,

Fiscal: En que otras partes del cuerpo Natali

Menor: Pues no, nunca fue a las partes íntimas, siempre se respecto eso hasta que ya, pues comenzamos la vida sexual."

Ahora bien, para concretar algún tipo de indeterminación temporal en la edad de la agraviada, en caso de existir, y con ello obtener la certeza de un criterio valorativo a tener en cuenta en el juzgamiento, siendo este requisito ecuánime para la configuración de la tipicidad, mismo que exige que la infante ostente menos de una edad específica, hallamos que las aseveraciones que ella depuso en el juicio, confirman que efectivamente tales tocamientos fueron perpetrados antes de que la niña cumpliera los 14 años de edad, como bien aseguró al minuto 44 del interrogatorio:

"DEFENSORA: ¿qué relación tenías tú con José Fabián?

NATALY: éramos pareja

DEFENSORA: ¿cuándo comenzó esa relación de pareja?

*NATALY: bueno, yo comencé a hablar con él desde los **12 años**, todo era por redes sociales y así duramos un tiempo, nos vimos como 2 o 3 veces, ya cuando tenía yo **13 años**, me fui de mi casa y me fui a vivir con él*

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿cómo fue tu noviazgo con él?

NATALY: normal, pues

DEFENSORA DE FAMILIA: a que te refieres con normal

NATALY: ehh, pues, ja jajá, hablábamos, las veces que nos veíamos pues normal, a veces el me abrazaba y cosas así

DEFENSORA: cuando tú vivías con él ¿con quién dormías?

NATALY: con él

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿existía algún contacto físico para la época en que tú empezaste a vivir con él?

NATALY: emm pues sí, nos abrazábamos, nos dábamos besos y así

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿ustedes se daban besos dónde?

NATALY: en la boca

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿tú recuerdas la época en la que comienzas la convivencia con él?

NATALY: no señora

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿tú recuerdas que edad tenías cuando comienzas esa convivencia?

NATALY: tenía 13 años

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿tú porque recuerdas que tenías 13 años?

NATALY: porque fue después de mi cumpleaños, mis papás me lo celebraron y yo como a los dos meses me fui a vivir con él

DEFENSORA DE FAMILIA: de cual cumpleaños

NATALY: del número 13"

Aunado a lo anterior, a manera de prueba de corroboración, la juez introduce varios declarantes que ratifican el noviazgo y convivencia que sostuvieron N.A.D. y Fabián, tal como da cuenta la madre de la menor, la vecina que concurrió a juicio quienes si bien, no presenciaron de manera directa todos los hechos de actos sexuales en contra de N.A.D., y de lo que debe admitirse que el conocimiento que tienen de estos sucesos obedece a prueba de referencia inadmisibles; no sucede lo mismo con una de las circunstancias que pudo percibir la madre de la menor de forma directa, al sorprenderlos besándose acaloradamente, y observar que él posó su mano debajo de la falda de su hija, situación que le da un alto respaldo a las manifestaciones de la niña, pues se

compadece con lo relatado por ella tanto en el juicio oral como en todas las entidades de salud a las que concurrió.

Lo que sin lugar a dudas dejó ver que efectivamente se trató de tocamientos libidinosos recibidos por parte del encartado y lo suficientemente claros que se enmarcan en el tipo penal de artículo 209 del C.P., esto es, la realización de actos sexuales en una persona que no tenía la capacidad de resistirse a los vejámenes lúbricos desplegados por el procesado.

De este testimonio, puede la Sala apreciar que la testigo ostenta una buena capacidad de rememoración, su relato estuvo cargado de muchos detalles sobre lo cual no existe ninguna incoherencia que haga dudar sobre la veracidad de su relato. Siendo consecuente la juez de instancia en su sentencia al condenar a José Fabián Murillo por el delito de actos sexuales con menor de 14 años de edad, por lo que tal decisión se confirma. De igual manera es claro que los besos que se daba el sentenciado con la menor, tal y como lo relato la madre de esta los sorprendió dándose un beso bastante largo y acalorado, y es de resaltar que estos besos y caricias que la misma menor acepto se daba con el sentenciado cuando aún no cumplía los 14 años de edad se tratan de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas a satisfacer el instinto sexual del victimario, en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores y la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, los cuáles deben ser objeto de una especial protección

De la **Violencia Intrafamiliar Agravada**

Fue constatada en el ámbito de la tipicidad la noción de núcleo familiar y a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, corresponderá

verificar si el maltrato físico o psicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar.

Respecto de este punible fueron descritos dos eventos en los que José Fabián Murillo ultrajó a la menor, y de los que la defensa objeta que la víctima no hizo énfasis al hecho ocurrido el 22 de agosto de 2017.

En concreto la discrepancia expuesta por el abogado se circunscribe en que la juez fundamentó la condena con testimonios de referencia acaecidos el 22 de agosto de 2017.

Al traste con lo anterior, si bien la menor en el testimonio que rindió en juicio no mencionó una fecha exacta de cada uno de los maltratos que recibió por parte de su concubino José Fabián, si relató el infortunado suceso de cuando la agredió.

Es por ello que no es que la juez de instancia dedujera la prueba de dicho evento apoyada solo en la declaración de la médico perito de la casa de la mujer para mujeres víctimas de violencia de género, doctora Clara Elena Chisco Torres, quien le realizó una valoración médico legal a N.A.D., el 29 de agosto de 2017, sino que teniendo como base directa el testimonio de la menor testigo, procedió a una efectiva corroboración de lo testificado por la declarante, quien según la juez, la perito ratificó que:

“Nathaly relató que el 22 de agosto de 2017 había sido agredida por su pareja, José Fabián Murillo Bautista, quien indicó tenía 23 años, en el barrio la Gabriela, en su casa, porque la pareja quería tener relaciones y ella no quería, entonces la agredió con patadas en la espalda, sin importarle que estaba embarazada, que José Fabián le decía que no accedía a sus peticiones porque tenía otra

pareja, que al día siguiente fue nuevamente víctima de agresiones, cuando ella le dijo que terminaran la relación, empezó a darle cabezazos en la cabeza, le decía que no gritara, la tomaba a la fuerza de la cara."

Examen físico realizado a la afectada en el que consta las fechas a saber las consecuencias de los golpes sufridos como hematomas y la incapacidad generada, lo cual se compagina exactamente con lo declarado por la menor cuando aseguró que:

"NATALY: mejor le cuento la última ya, y la quinta fue porque yo decidí ya no seguir con él, entonces le dije que ya no quería seguir con él y él muy, pues bravo me dijo que era porque yo ya tenía otra persona, que yo le iba a conseguir otro papá a mi hijo, cosa pues que no venía como al caso, entonces me dijo que era porque yo iba a conseguir otra persona y me comenzó a pegar, que bueno, me pego y me pego en la espalda

DEFENSORA DE FAMILIA: Nataly, ¿estos episodios donde él te golpeaba se daban por qué?

NATALY: por cosas que, a él, le pues como que no quería escuchar algo que en realidad él sabía que pasaba entonces la mejor decisión que él encontraba era pegarme

DEFENSORA DE FAMILIA: ¿tú fuiste al médico por alguno de estos episodios?

NATALY: la última pues que fue ya cuando me iba a dejar con él me tocó ir porque yo estaba en embarazo, me faltaban 20 días para yo tener el niño, el niño se dejó de mover, entonces yo ya estaba viviendo con mi mamá y me tocó pues ir al médico, porque ya no se movía porque pensaban que el niño estaba muerto y así."¹²

¹² Minuto 50 del Interrogatorio

Quedando claro entonces las agresiones de las que fue víctima Nathaly por parte de su compañero permanente, a quien señaló como el autor de las mismas.

Adicionalmente, la juez para sustentar su decisión también se apoyó en los demás testigos de corroboración que como profesionales de la salud conocieron de primera mano cada uno de los episodios relatados por la menor en etapa de juicio oral.

Denotándose una constatación acorde en donde la violencia física y el maltrato psicológico tuvieron la suficiente entidad para lesionar de manera efectiva el bien jurídico de la unidad familiar que mantenía con su compañero sentimental.

Aunado a que el maltrato recayó sobre una menor de edad a quien debió amparar, a fin de salvaguardar la armonía doméstica puesto que se encontraba en estado de indefensión frente a él ya que ella ostenta una estabilidad reforzada, circunstancia específica de agravación de la pena para el delito de violencia.

En este orden de ideas, estima la Sala que la censura planteada por el recurrente en este aspecto valorativo de la inexistencia del hecho acaecido el 22 d octubre de 2017, tampoco tiene vocación de prosperidad, resultando imperioso la confirmación de la condena por este delito.

Redosificación punitiva

En punto al proceso de dosificación y después de revisados, en la sentencia de instancia, los extremos punitivos mínimos y máximos de las penas previstas para los delitos por los que será condenado José

Fabián Murillo, como son el de actos sexuales con menor de catorce años y violencia intrafamiliar, ambos agravados, se respetarán los criterios de la juzgadora en la tasación de la pena a imponer que planteó así:

"La conducta establecida en el artículo 209 del Código Penal, conlleva para sus transgresores una sanción de 9 a 13 años de prisión, límites a los que deberá aplicarse el aumento señalado en el artículo 211, dado que concurre la circunstancia de agravación señalada en el numeral quinto al quedar probado la confianza depositada por la víctima en el procesado.

Es decir que al aumentar la pena de una tercera parte a la mitad los límites punitivos quedarán de 12 años a 19 años 6 meses de prisión.

Los cuartos punitivos son los siguientes:

*Cuarto mínimo: **de 144 meses a 166 y 15 días de prisión***

*Primer cuarto medio: **de 166 meses y 15 días, a 189 meses de prisión***

*Segundo cuarto medio: **de 189 meses, a 211 meses 15 días de prisión***

*Cuarto máximo: **de 211 meses 15 días, a 234 meses de prisión.***

La conducta establecida en el artículo 229 del Código Penal, apareja una pena de 6 a 14 años de prisión, es decir que los límites punitivos para esta conducta serán:

*Cuarto mínimo **De 6 a 8 años de prisión***

*Primer cuarto medio **De 8 a 10 años de prisión***

*Segundo Cuarto medio **De 10 a 12 años de prisión***

Cuarto máximo **De 12 a 14 años de prisión.**¹³

Teniendo entonces que ahora la conducta que establece la pena más grave es la de acto sexual abusivo con menor de 14 años, la cual se fijará en el mínimo establecido en la norma que es de 12 años de detención, pero al tratarse de un concurso homogéneo se aumentará en otro tanto, esto es en 6 meses, para un total de 12 años y seis (6) meses de prisión, y por el concurso de violencia intrafamiliar se aumentará en otros 6 meses, para una pena definitiva de trece (13) años de prisión. *"Teniendo en cuenta que no tiene antecedentes penales ni existen circunstancias de mayor punibilidad, como para imponer una pena mayor además de la necesidad y función de la pena, tanto como prevención general, como retribución justa, así como la prevención especial, porque hará recapacitar al sentenciado, en la no conveniencia de volver a cometer ilícitos como el aquí juzgado."*¹⁴

En punto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siguiendo el contenido del artículo 52 del código penal, será por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.

De los mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena

En atención a que operan dos prohibiciones legales, esto es las contenidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 para aquellos eventos en que se procede por delitos en los cuales la víctima es menor de edad y en el artículo 68 A del código penal que hace lo propio en tratándose de ilícitos que atentan contra la libertad, integridad y

¹³ Página 28 y 29 de la Sentencia de Instancia

¹⁴ Página 29 de la Sentencia de Instancia

formación sexual, no resulta procedente la concesión de subrogado alguno al procesado.

En consecuencia, deberá el procesado purgar la pena impuesta en el establecimiento carcelario que disponga el INPEC.

Sin otras consideraciones, la Sala pasará a REVOCAR parcialmente la sentencia condenatoria de primera instancia, en tanto se absolverá a José Fabián Murillo Bautista del cargo de acceso carnal abusivo con menor, dejando incólume la condena por los delitos de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, en concurso heterogéneo con el delito de violencia intrafamiliar agravada.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia emitida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín, en tanto se absolverá a JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA del cargo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, dejando incólume la condena por los delitos de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, en concurso heterogéneo con el delito de violencia intrafamiliar agravada.

SEGUNDO: REDOSIFICAR la pena a JOSÉ FABIÁN MURILLO BAUTISTA, quedando una pena principal de trece (13) años de prisión y una accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En lo demás sigue rigiendo las ordenes de la sentencia de instancia.

Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.

A su ejecutoria, regresar la carpeta y sus anexos al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

El Magistrado ponente citará a la audiencia en la que dará lectura y notificará en estrados el contenido de este fallo.

CÚMPLASE.



JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ

Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

Firmado Por:

Juan Carlos Acevedo Velasquez
Magistrado
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Oscar Bustamante Hernandez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **38e1b9c1e78c34f6e701cd34af7e78319209b0882607abdcdf6f4586744568**

Documento generado en 07/12/2023 01:48:36 PM

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