

PROCESO: 05-212 -60-00-201-2015-000963

DELITO: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

CONDENADO: Jesús Ángel Suárez Morales

PROCEDENCIA: Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello.

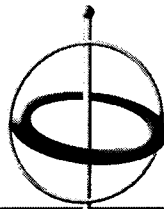
OBJETO: Apelación de Sentencia Condenatoria

DECISIÓN: Confirma parcialmente

M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

SENTENCIA No. 001-2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veintidós (22) de enero de dos mil veinte (2020)

Aprobado por Acta Nro. 003

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Jesús Ángel Suárez Morales, en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello, en la cual se le halló penalmente responsable a título de autor de los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo con actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES:

Fueron descritos en el fallo que se revisa en los siguientes términos:

“En la residencia ubicada en la Avenida 48D 65-63 del barrio Altos de Niquía, donde operaba un negocio informal de venta de minutos, de internet, de dulces, Jesús Ángel Suárez Morales, conocido en el sector como el mocho, quien vivía con su hermana Rosalba, durante los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015, tocó con fines libidinosos en las vaginas, nalgas y senos de las pequeñas VGG, JF, ZJF, YVLB, MVR y ASMB, a quienes les ofrecía chucherías, dinero y tiempo en la internet a cambio de someterse a los vejámenes sexuales y, para garantizar su silencio, las amenazaba con lastimar a sus familiares.

Estos hechos se revelaron porque a JF le dolía la vagina y, llorando, le contó a su madre que la razón era el mocho, a cambio de dulces y tiempo en el computador, la tocaba en la vagina, enterándola además que de aquello también fueron víctimas otras niñas de la cuadra; a partir del espanto de la progenitora, se pudo contar la revelación en cadena de las otras niñas a sus familiares y posterior denuncia.

VGG (5 años de edad) fue tocada con la mano en sus partes íntimas, por debajo de la ropa; a JF (5 años de edad), la amarró, golpeó con un lazo, tocó todo su cuerpo, le aplicó sustancias dentro de la vagina, le puso una bola de chocolate e intentó penetrarla con el pene y le besó la vagina; a ZJF (10 años) le dio hamburguesas para que se dejara tocar en la vagina por encima de la ropa, le pidió que se desnudara y le exhibió su cuerpo desnudo. A YVLB (9 años de edad) le ofreció internet gratis, le dijo que se desnudara y la tocó por encima de la ropa; MVR (11 años de edad) le dio la posibilidad de navegar gratis en internet para tocarla en la vagina y glúteos por encima de la ropa, también le pedía que se desnudara, y ASMB (6 años de edad) le dio \$500 a cambio de que se permitiera tocar mientras con la mano en la vagina y le practicó sexo oral”. (sic)

Solicitada la captura de Jesús Ángel Suárez Morales, se hizo efectiva el día 24 de agosto de 2015, misma fecha en que ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, se llevaron a cabo las audiencias preliminares en donde se legalizó aquel procedimiento y la fiscalía le formuló imputación como autor de las conductas punibles de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de 14

años también en los términos de los Artículos 208, 209 del C. Penal, en concordancia con los artículos 31 y 58 numeral 2 del C.P. El imputado no se allanó a los cargos; por solicitud de la Fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

Jesús Ángel Suárez Morales fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2015, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 9 de noviembre de ese mismo año, en la cual se le llamó a responder como autor de las conductas punibles de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso heterogéneo con el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, delincuencias ejecutadas con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 2 del C.P.

Realizado el juicio oral el *a quo* profirió sentencia condenatoria que se revisa, por todos y cada uno de los cargos por los que fue convocado a juicio, sancionando al acusado con pena de prisión de 19 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. Negó la suspensión condicional de la sentencia y la prisión domiciliaria.

II. LA DECISION RECURRIDA

En razón a que el censor ataca la declaratoria de responsabilidad penal por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, conducta que de acuerdo con el fallo apelado recayó en la menor ASMB, el Tribunal se centrará en los argumentos del fallo que hacen relación a ese cargo en particular.

En ese orden de ideas, la *a quo* consideró coherente la versión de Dary Luz Becerra, madre de la menor ASMB, quien relató la forma en que se enteró de lo

ocurrido con su hija, quien señaló sin dubitación alguna al acusado, tío de su pareja como quien le lamió la vagina, destacando la ausencia en la mujer de motivos para involucrar falsamente en los hechos al acusado; resaltó la entrevista que rindiera la menor ZJF a la investigadora Erika María Zapata, en la que señaló al acusado como la persona que abusó de ella y de varias de sus amigas, entre ellas ASMB, a quien la ponía a jugar a que ella era la buena y él el malo, para lamerle la vagina. Destacó igualmente la entrevista que rindió la ofendida ante esta investigadora en la que ratificó que el acusado le tocó la vagina a cambio de \$500. En fin, consideró que las pruebas de cargo, dada su coherencia interna y externa, acreditaban a cabalidad la existencia de las agresiones de que fueron víctimas la menores.

En relación con el concepto de acceso carnal, valiéndose de la definición que de él trae el artículo 212 del C.P. sostuvo que aquel se perfecciona sin que sea necesaria la desfloración, pues basta la penetración parcial que supere la región vulvar. Consideró que la declaración de la menor acreditó esa penetración propia del punible por el que se le requirió penalmente. En criterio de la *a quo*, la víctima señaló que el acusado la accedía con su lengua por la vagina.

Justificó a través de cita jurisprudencial de la Corte Constitucional por vía de tutela, la importancia que reviste la declaración de la víctima en este tipo de conductas.

Con fundamento en lo anterior, la *a quo* falló en condena.

III: DEL RECURSO

Contra dicha decisión interpuso el recurso de apelación el defensor, quien sustentó su inconformidad en términos que se sintetizan como sigue:

Criticó de un lado que se haya fundado la condena en la declaración de la menor que no compareció al juicio y, de otro, se haya desconocido la duda que campea en la actuación acerca de la existencia del hecho imputado.

En la dirección anunciada, destacó que la investigadora judicial que entrevistó a la menor ASMB no pudiera recordar el contenido de la entrevista y haya tenido que acudir al refrescamiento de su memoria a través del informe rendido sobre su gestión o actividad investigativa; destacando que en aquella entrevista la menor refirió tan solo tocamientos, nunca una penetración vaginal con la lengua del agente.

Reiteró el argumento en punto de la opinión pericial ofrecida por Diego Patiño Martínez, legista que valoró a la menor y describió en la anamnesis que esta refirió solo tocamientos, así como el resultado de aquella pericia en la que no se identificaron huellas de acceso carnal.

Añadió que las menores ZJF y JF, únicas que asistieron al juicio nunca refirieron la ocurrencia del tipo de comportamiento que dio por demostrado la *a quo*.

Finalmente, afirmó que aun aceptando a título de discusión la ocurrencia de una agresión con la lengua por parte del acusado, no se demostró que esta hubiese ido más allá del significado literal de la acción de lamer.

Con fundamento en lo anterior solicitó revocar parcialmente la sentencia recurrida para absolver por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y, consecuencia de ello, redosificar la pena impuesta.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. Dado el carácter restringido de la competencia que ostenta la segunda instancia, el tribunal se ocupará única y exclusivamente de los argumentos en que el censor funda su inconformidad.

3. En la decisión objeto de recurso se condenó a Jesús Ángel Suárez Morales como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con 6 punibles de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Con fundamento en el anterior presupuesto procesal, la defensa postula un solo problema jurídico que hace relación concretamente con la condena impuesta por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años que considera no demostrado en el juicio.

El Tribunal anticipa que la pretensión del recurrente será acogida, por el cúmulo de razones que se expondrán en los siguientes párrafos de este proveído.

4. Un primer aspecto que llama la atención del Tribunal y que no puede dejar pasar desapercibido, tiene que ver con la precaria actuación de la Fiscalía en punto de la definición jurídica de los cargos, ejercicio que aparece en unos casos descuidado e irreflexivo. Estas las razones:

Tal como se anunciara atrás, en la acusación se incluyó un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo y sucesivo con un número plural de actos sexuales abusivos con menor de 14 años; empero, la fiscalía, de un lado, nunca precisó con respecto a qué víctima se había estructurado el punible de acceso carnal abusivo.

A fin de verificar lo acabado de enunciar, basta otear todas y cada una de las diligencias en las que dicha imputación debió concretarse, es decir, las audiencias preliminares¹, la de formulación de acusación, incluido por supuesto el escrito que la contenía, la presentación de la teoría del caso por parte del ente acusador y sus alegatos finales, escenarios procesales en que ese delegado se limitó a señalar que por lo menos en uno de todos esos supuestos fácticos que expuso se estructuró el acceso carnal abusivo.

Es más, ante el alegato final de la defensa en el que destaca la usencia de desfloración en las menores, el fiscal del caso se refirió a jurisprudencia de la corte, sin precisar la decisión en concreto, de acuerdo con la cual el acceso no requiere desfloración y puede concretarse con el ingreso al introito vaginal, razón por la cual, en su opinión, resulta plausible que se perfeccione el acceso a través de tocamientos, afirmación que en nada aclara o precisa la situación pues continuó sin establecer o precisar a qué menor se refería cuando habló de acceso carnal, pues los tocamientos se predicaron respecto de todas y cada una de las víctimas, tal como puede advertirse del contenido literal de la acusación que se describe a continuación:

Respecto de V.G.G., en el escrito de acusación y en la diligencia en que dicho requerimiento se concretó, en la que intervino un fiscal distinto al titular del caso, razón por la cual se limitó a leer el referido documento, se dijo que en dos

¹ De las mismas solo se cuenta con el acta respectiva en la que se describen las conductas imputadas, pues los registros de audios no se hallaron en la carpeta ni pudieron obtenerse en las memorias que sobre el particular posee el despacho que las realizó.

ocasiones el acusado le realizó tocamientos en su vagina por debajo de la ropa, con lo cual, según lo dicho por la fiscalía en la réplica a la intervención de la defensa en el cierre del juicio oral, esta menor pudo ser víctima de acceso carnal.

En relación con la menor J.F. se dijo que en múltiples ocasiones el acusado la tocó en varias partes de su cuerpo incluida la vagina, que incluso en una de ellas la amarró y le pegó con un lazo, le besó la vagina e intentó penetrarla con su miembro viril, hipótesis fáctica que en el mismo sentido atrás señalado podría ajustarse a acceso carnal, ya sea consumado o tentado, pero que además comporta elementos de violencia que fueron ignorados flagrantemente y sin explicación alguna por el acusador.

Frente a Z.J.F., Y.V.L.B. y M.V.R. se dijo en la acusación que en ocasiones las acarició en la vagina por sobre la ropa.

Finalmente, en relación con A.S.M.B. se dijo que le tocó la vagina con la mano y le practicó sexo oral.

Con fundamento en lo anterior es claro, insiste el Tribunal, que era necesario que la Fiscalía precisara cual o cuales de las varias hipótesis fácticas señaladas podrían adecuarse al concepto legal de acceso carnal. Dejó de lado el ente acusador que estaba ante una pluralidad de víctimas, circunstancia que lo compelió a proceder de la forma en que se sugiere; al no hacerlo, dejó al juez la tarea de desentrañar el contenido de la acusación, casi que fungiendo como fiscal en ese rol de asignar la calificación jurídica que de acuerdo con su leal saber y entender resultaba correcta a cada presupuesto fáctico.

La anterior imprecisión se constituye en el primer argumento para acoger la petición de la defensa, sin que en criterio del Tribunal pueda o deba decretarse la nulidad de lo actuado, pues eso sería revivir a la fiscalía la oportunidad de

corregir su deficiente proceder en lo que a ese específico aspecto se refiere y con ello desconocer el carácter de proceso de partes que se dice ostenta nuestro sistema penal de juzgamiento, donde el juez imparcial se limita a evaluar las tareas ante él desplegadas por los sujetos en contienda. Se insiste, de anular la actuación, el fiscal tendría una nueva oportunidad en contra de los intereses de la defensa y su apadrinado, quienes enfrentaron el juicio en las condiciones propuestas por el acusador y tienen derecho a que los logros obtenidos, aun en condiciones de desventaja frente a sus derechos, se respeten; de lo contrario, se daría al traste con principios trascendentes del sistema penal de juzgamiento, como la independencia de los roles procesales que impiden al juez inmiscuirse en el cumplimiento de las funciones propias de las partes que ante su estrado acuden en busca de una decisión, pues entraría a ubicarse al lado de una de ellas desequilibrando de manera inaceptable su rol y desconociendo además el principio de igualdad de armas.

La Corte Suprema de justicia se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

Por último, sería del todo improcedente disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, para que la fiscalía adoptara una nueva calificación jurídica, pues ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevarle al juez de conocimiento el convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste, luego de

agotado el trámite procesal, una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión y, además, es evidente que en este caso no se configuran ninguna de las causales que permiten la invalidación del juicio.²

5. Ahora bien, la *a quo* consideró que la conducta que podría adecuarse al punible de acceso carnal abusivo por el cual se llamó a juicio a Suárez Morales, fue la ejecutada sobre la menor A.S.M.B., de quien se dijo en el requerimiento fiscal que, además de ser tocada por el acusado en sus partes íntimas, fue sometida a sexo oral ~~por el acusado~~.

Sin embargo, luego de examinar la prueba arrimada al juicio logra establecerse que no resulta suficiente para acreditar aquel comportamiento. Veamos las razones de este aserto:

En primer término, debe tenerse en cuenta que, tal como lo sostuvo el censor, la menor no compareció al juicio, no obstante lo cual, su dicho quedó plasmado en sendas entrevistas realizadas por la investigadora judicial Erika María Zapata, las cuales ingresaron al juicio por su intermedio, en forma de prueba de referencia admisible en los términos del literal e del artículo 438 de la ley 906 de 2004³.

No está demás aclarar que se trató de 2 entrevistas realizadas a la menor A.S.M.B. el mismo día, 1 de septiembre de 2015 y que la razón de ser de la

² CS de J Sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649

³ ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

...

e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

segunda de ellas se explica en el hecho de que la entrevistadora, en esa misma data, entrevistó a Y.V.L.B., prima de la anterior y otra víctima del acusado, de cuyas manifestaciones surgió información que consideró necesario verificar o confirmar con A.S.M.B.

En la primera entrevista la menor fue parca al referir que el acusado la tocó en la vagina, en una oportunidad, por sobre su ropa, de manera suave, en la cama; ello, a cambio de 500 pesos que gastó en algún dulce.

En la segunda entrevista, la investigadora Erika Zapata, preguntó a la menor si el acusado, alias el mocho, la amenazó con hacerle algo a ella o a su mamá si contaba lo sucedido, interrogante ante el cual la menor respondió afirmativamente, aclarando que esa amenaza la profirió aquel sujeto el mismo día en que le lamió la vagina, agregando que esa agresión se presentó cuando el hombre la tenía en la cama, luego de correrle el interior. Ante esa manifestación espontánea de la niña, pues ningún acto de sugestión se advierte en el video que contiene el encuentro entre policía judicial y víctima, aquella le preguntó si la había lamido por fuera o por dentro de la vagina, ante lo cual la menor respondió que por fuera.

En el anterior orden de ideas, no es cierto, como lo afirma la *a quo* en la sentencia, que *las pruebas de la fiscalía hayan demostrado de manera rotunda el acceso, principalmente a través del testimonio de la víctima quien dio cuenta que el procesado la penetró*; tampoco es cierto que la menor haya dejado *claro que Suárez Morales además de que le acariciaba el cuerpo, la accedía carnalmente con su lengua por la vagina*. Por el contrario, la versión de la menor ante la investigadora fue absolutamente contundente al descartar esa posibilidad, sin que una manifestación tan clara pueda ser rebatida acudiendo a cualquier tipo de interpretación de su dicho. La manifestación de la menor fue

contundente, el acusado lamió su vagina por fuera, sin que haya una prueba que sugiera lo contrario.

Ahora bien, la *a quo*, añadió que además de la versión de la menor, *las demás pruebas de cargo...permitieron llevar al juzgado al conocimiento calificado de que en efecto si(sic) hubo penetración*. Sin embargo, extraña el Tribunal, cualquier referencia concreta al caso de esta menor a lo largo de la sentencia, que permita sustentar de manera contundente esta conclusión. Por el contrario, incluso la versión que ofreció la menor a su madre Dary Luz Becerra, resulta conforme con lo manifestado en entrevista.

El argumento hasta aquí expuesto, de carácter probatorio, se erige en la segunda razón para acceder a la petición de la defensa en el sentido de revocar la condena impuesta por el delito de acceso carnal.

5. Ahora bien, consecuencia de lo anterior ha de redosificarse la pena, efecto para el cual, al revisar el fallo apelado se advierte que la primera instancia decidió la condena por el delito de acceso carnal y la consideró en concurso con 6 delitos de actos sexuales abusivos, respecto de las 6 víctimas menores incluidas en la acusación, sin que haya precisado si aquella conducta se consideró en más de una oportunidad por víctima, tópico sobre el cual la defensa no expuso inconformidad alguna, de allí que la consecuencia de lo acá decidido, desde la punibilidad, será la de dosificar la pena que corresponda a 6 punibles de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo.

En la dirección acabada de anunciar la Sala considerará los criterios que tuvo la *a quo* en su ejercicio de dosificación de la pena, respecto de los cuales la defensa tampoco se mostró inconforme.

Así las cosas, se tiene que la juez de instancia determinó la pena más grave que para el caso correspondía a la del acceso carnal cuyo mínimo era de 12 años, se ubicó en el primer cuarto que oscilaba entre ese mínimo y 14 años, para decidir imponer el límite máximo de ese primer cuarto con argumentos plausibles; siguiendo ese mismo criterio, se tiene que el punible de actos sexuales abusivos se sanciona con pena de prisión que oscila entre 9 y 13 años, extremos que determinan un ámbito de movilidad punitiva de 4 años y con él, cuatro cuartos de un año cada uno, el primero de ellos oscila a su vez entre 9 y 10 años, con lo cual la pena base para el concurso será de 10 años o 120 meses por representar el límite máximo de pena en el primer cuarto de movilidad punitiva.

Ahora bien, la *a quo* incrementó 10 meses por cada punible en concurso, pues sumó 5 años por 6 delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Así, en respeto de esa proporción, a la pena inicial de 120 meses se adicionará 50 meses más por cuenta de los 5 restantes punibles de actos sexuales abusivos en concurso, para una pena final de 170 meses. Pena muy inferior a la de 19 años o 228 meses que impusiera la primera instancia.

La misma rebaja se aplicará a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás la sentencia permanecerá incólume.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados, que por vía de apelación se revisa, incorporando en ella la siguiente y única **MODIFICACIÓN**:

ABSOLVER a Jesús Ángel Suárez Morales del cargo que en su contra formulara la Fiscalía General de la Nación como autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Como consecuencia de lo anterior las penas a cumplir por el sentenciado corresponden a la principal de **CIENTO SETENTA (170) MESES DE PRISIÓN** y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En lo demás la decisión recurrida se mantiene incólume.

El presente proveído se notifica en estrados y contra él procede el recurso de casación.

CÚMPLASE.


LUIS ENRIQUE RESTREPO MENDEZ
MAGISTRADO


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO


NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO