



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador

Santiago Apráez Villota

Aprobado Acta No. 149

Medellín, julio diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida el pasado diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello en contra de YEISON ALFONSO ESPINOSA MADRID.

ANTECEDENTES

1. El 1 de marzo de 2015, a eso de las 3 de la mañana, la señora Gloria Zobeida Lujan Sierra, madre de la menor de 12 años de edad M.D.P.L., con quien residía en la carrera 25 b #67-59 del barrio Paris de Medellín, se despierta tras escuchar las voces de su hermana Cruz Elena, la cual junto a su sobrina Jenifer Katherine le informan que vieron a YEISON ALFONSO ESPINOSA MADRID, novio de Katherine, saltar la reja y entrar a la casa, encontrándolo escondido debajo de la cama de la menor M.D.P.L., quien al ser reprendido abandonó el lugar, momento en que la niña dio cuenta de haber sido abusada sexualmente por este, por lo que es llevada inmediatamente al hospital Pablo Tobón Uribe, donde fue atendida, al paso que su madre acudió a presentar la respectiva denuncia.

2. El día 23 de agosto de 2016, ante el Juzgado 1 Penal Municipal de Bello, la Fiscalía formuló imputación a YEISON ALFONSO ESPINOSA MADRID por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, sin que haya sido aceptado por el procesado, a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. Presentado el escrito de acusación por este delito, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado 1º Penal del Circuito de Bello, cuyo titular, después de efectuadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, emitió sentencia el pasado 19 de septiembre de 2022, en la cual condenó a YEISON ALFONSO ESPINOSA MADRID a las penas principal de doce 12 años de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso, al encontrarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en armonía con el artículo 208 del código de las penas.

4. En su sentencia, el juez después de plasmar de manera extensa las declaraciones de los testigos, pasó a otorgarle credibilidad a la entrevista que fuera introducida en el juicio como prueba de referencia de la menor M.D.P.L., en la que relató como Yeison Espinoza *“llega en la madrugada a su casa, toca su puerta, ingresa e interactúa con ella y temiendo ser allí visto se oculta para luego ser descubierto en una las habitaciones de la vivienda, y de lo que, véase como esos dichos efectivamente no están huérfanos a voces de la prueba recaudada.”*, rememorando la niña que no la tocó en otras partes de su cuerpo, solo en la vagina con su pene estando ella de pie, cuando sintió que la penetró, dice que se sintió incomoda, pero en ese preciso instante llegó su prima, por lo que la infante duda que hubiese alcanzado a ser penetrada, porque dice que entonces ella hubiera gritado; aseveraciones de las que el juez concluye que se deben a la inexperiencia que se le nota del tema y que le impide precisar lo sucedido.

Resalta el juzgador que la actitud de la menor al negarse a comparecer ante el estrado para declarar, es propia de personas que han sido objeto de abuso, al no querer rememorar el impase y ser revictimizada. Por lo que si bien la entrevista de la menor ingresó como prueba de referencia *“véase como la denuncia, exámenes médicos a la menor y entrevista por ella rendida,*

son concomitantes al 1 de marzo de 2015, despejándose cualquier duda que al respecto hubiese podido florecer”.

En su sentir la testigo Gloria Zobeida Lujan Sierra, madre de la menor M.D.P.L., además de dar cuenta de detalles que hacen más creíble el relato de su hija, no tenía el más mínimo interés en perjudicar al victimario; quedando probada la afectación de su hija al confrontarla con su entrevista, sin que se pueda avizorar de su parte una tendencia a agravar lo ocurrido.

Considera que los testimonios de la investigadora del CTI Erika María Zapata, quien recibió la entrevista de la niña, y los de la madre y hermana de la menor coinciden con el relato de M.D.P.L.; adicionalmente la psicóloga da cuenta del comportamiento atormentado que refleja la niña, sus rasgos depresivos ante los agravios que padeció durante el abuso, puesto que siente que actuó mal y según cree la niña se dejó llevar, lo cual es compatible con el abuso sexual del que fue víctima.

También advierte que el defensor no cuestionó la presencia del acusado en el lugar donde ejecutó su actuar prohibido, es decir la defensa dejó por sentado la consumación del hecho que hoy se le endilga a su prohijado. Hecho del que es tanta la afectación de la menor M.D.P.L., que le cuesta describir como ocurrió, solo se limita a decir que *“pasó lo que pasó”*, queriendo significar que hizo parte de un abuso sexual.

El dicho de la menor fue corroborado, también por el médico forense, sin que se advierta variaciones en la narración fáctica que le entregó la menor, incluso, contrario a las dudas de la niña, dice el legista que evidenció en la menor un trauma reciente a nivel de la vagina y el clítoris, equimosis, edema, y hemorragia a nivel de borde inferior hacia las 6 del cuadrante de un reloj, lo que quiere decir que efectivamente sí había sufrido un trauma reciente puesto que dictaminó que su himen estaba festoneado.

Siendo esta prueba sexológica para el juez la prueba que definitivamente descarta la duda que se hubiera gestado por la menor de si fue penetrada o no, máxime que ya fue determinado por la Corte que *“el acceso carnal se configura aun con la penetración parcial del miembro viril en la vagina, pero*

comprendida ésta en su estructura integral, más no exclusivamente como el conducto vaginal.”

Así mismo dice que es muy importante la comparecencia al juicio oral de la perito en biología y genética forense Luz Natalia Álzate De León quien afirmó que *“se conoció que, habiéndose encontrado en la menor, al frotis vaginal que se le realizara en razón a los eventos de abuso denunciados, semen y en este fluido 4 espermatozoides, de los cuales al cotejarse el perfil genético con el de referencia tomado al procesado, el resultado que obtuvo fue, por cromosoma “Y”, respecto de la FTA de sangre del sospechoso, coincidencia en haplotipo, esto es, que es el mismo perfil genético, siendo 10209 veces más probable que vengan del mismo origen, del sospechoso, en grado de probabilidad, y respecto de su linaje paterno, siendo entonces su conclusión la que, el indiciado no se excluye como el aportante de los espermatozoides encontrados en el frotis vaginal realizado a la víctima, en ello, sin asomo de duda la correspondencia del acusado con el de la persona que sostuviese relaciones sexuales con la abusada en este reato.”* Además, se sabe que la menor esa noche solo sostuvo relaciones sexuales con su victimario, lo cual no fue derruido por la defensa.

Respecto a lo planteado por el abogado de que el procesado desconocía la edad de la menor, considera el juez que era obligación del abogado probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes del delito, lo cual no hizo, aunado a que la menor dijo haberle informado que tenía 12 años de edad.

En consecuencia, declaró penalmente responsable a Yeison Alfonso Espinosa Madrid del cargo formulado por el ente acusador.

5. El defensor interpuso el recurso de apelación, porque en su sentir el funcionario de conocimiento incurrió en una sesgada valoración probatoria en tanto no quedó demostrado que el procesado para el momento de los hechos conociera la edad de la víctima, lo que en su sentir torna en atípica la conducta, puesto que, al ojo humano, sin experiencia, la diferencia anatómica entre una menor de 12 años respecto a una de 14, es imperceptible.

Afirma que con la declaración de la menor que fue incorporada como prueba de referencia y periféricamente corroborada, quedó demostrada la ocurrencia del acceso carnal perpetrada por su representado, sin que se hubiese acreditado el conocimiento que el procesado pudiese tener acerca de la edad de la menor, puesto que no se obtuvo el testimonio directo de la niña, así como tampoco los testigos dieron cuenta de esta situación, aduciendo que también debe tenerse en cuenta la edad clínica de la menor y la edad aparente, siendo esta última la que refleja una persona.

Indica el censor que *“el conocimiento al que se llega acerca de que el procesado sabía de la edad de M.D.P.L., proviene exclusivamente de prueba de referencia, sin corroboración alguna, lo que elimina el elemento objetivo del tipo”*, de conformidad con lo establecido en los artículos 7° y 387 del Código de Procedimiento Penal.

Es su pretensión que se revoque la sentencia condenatoria y, en consecuencia, se absuelva al procesado y se ordene su libertad inmediata e incondicional.

6. Como no recurrente se pronunció el representante judicial de víctimas, indicando que se debe tener en cuenta, el concepto genérico de *“incapacidad para resistir”* que abarca la inhibición de la víctima al quedar sin opción de aceptar o no la agresión sexual.

En su sentir el desconocimiento de la edad de la víctima no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal, ya que basta establecer el delito para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente. ¹

Adicionalmente considera que el censor no estructuró tal desconocimiento de la minoría de edad, es decir que no cuenta con un soporte probatorio y por sí solo no puede obrar un fundamento frente a una decisión, por cuanto la misma está basada en las pruebas en sede de juicio.

¹ 11 Folio 19, sentencia de segunda instancia. Casación No. 50889 Cristian Camilo Correa Pinilla 28

Solicita que se imparta confirmación a la sentencia apelada.

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 para mostrar su inconformidad.

De entrada, el Tribunal debe convenir con la valoración que realizó el funcionario de conocimiento y que lo llevó a concluir que el procesado YEISON ALFONSO ESPINOSA MADRID es responsable penalmente del cargo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por el que fue acusado, sin que haya la más mínima objeción por parte de la defensa sobre la realización del acto sexual.

El único reproche formulado por el impugnante se funda en el supuesto desconocimiento de su prohijado sobre la edad de la menor en el momento de los hechos, puesto que, en su sentir, al no haberse obtenido el testimonio directo de la víctima, ello no pudo ser controvertido en juicio.

No obstante, quien busca plantear alguna duda sobre la edad de la víctima en este tipo de delitos, tiene el deber ineludible de presentar pruebas que acrediten en el grado de certeza requerido que el sujeto activo desconocía la minoría de edad de la víctima, al menos en orden a sembrar dudas al respecto, como que el error sobre uno de los elementos del tipo debe ser demostrado por quien pretende valerse de esa causal de ausencia de responsabilidad.

En ese sentido resulta elemental que para edificar la causal de no responsabilidad basada en el error de tipo, la defensa debía traer a deponer en juicio al propio acusado para que pudiera controvertir aquello que la víctima señaló en su entrevista, que ingresó como prueba de referencia admisible, de haberle informado en el mes de diciembre inmediatamente anterior a los hechos que tenía doce (12) años de edad, lo cual no hizo, de

manera que no puede venir a estas alturas a poner en duda esa situación con la sola mención que se trata de prueba de referencia.

Efectivamente la menor M.D.P.L., en su entrevista que recibió la investigadora del C.T.I.F. Erika María Zapata, con quien se ingresó la misma al rendir su testimonio, dijo lo siguiente:

“Investigadora: ¿Tú seguiste hablando con él?

Menor: No, él me saludaba normal y a mi hermanita también la saludaba, hola Lina como estas y ya

Investigadora: Hablaste con él en algún momento, ¿él te preguntó cuántos años tenías?, algo

Menor: Pues sí,

*Investigadora: **¿Cuándo te preguntó cuántos años tenías?***

Menor: Un día... eso fue en la primera comunión de mi prima

Investigadora: Que te dijo

Menor: Que cuantos años tenía yo

Investigadora: y tú que le dijiste

Menor: Y yo le dije que yo tenía 12 años y yo le dije que cuántos tenía él y él no me respondió.

Investigadora: ¿y cuándo hizo la primera comunión tu prima?

Menor: Yo sé que fue en diciembre, pero no me acuerdo que día fue.

Investigadora: ¿y fue el mismo día que te lo presentaron o no?

Menor: no, fue después.”.

En esa labor de conceptualizar la prueba de referencia, se tiene que la característica principal es que se trata de una declaración realizada por fuera del juicio oral con la que se pretende acreditar un aspecto sustancial del debate.²

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de

² “En relación con la admisión excepcional de la prueba de referencia, esta Corporación tiene decantado que, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio.” Sentencia SP3274-2020 Radicación n° 50587 MP Patricia Salazar Cuellar Corte Suprema de Justicia

niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral.

Pero si se trata de exigir prueba de corroboración sobre el particular, fijese que la hermana mayor de la víctima, quien declaró en desarrollo del juicio oral, claramente señaló que le advirtió al procesado que no se acercara a la niña, dada su minoría de edad.

La menor víctima aseguró que su hermana mayor Maryely Puerta Lujan le había advertido a Yeison que no se acercara a ella, dada su minoría de edad, lo cual fue corroborado por ésta cuando señaló en su declaración:

“Fiscal: ¿Usted en alguna oportunidad habló con Yeison sobre Michel Dayana?”

Lina: Pues muchas veces cuando yo estaba en la acera, él si me decía que mi hermanita era muy linda, yo le decía que ojo que respetara que ella era menor de edad

Fiscal: ¿Cuando usted le dijo que ojo que respetara, que ojo que era menor de edad, usted le dijo la edad que ella tenía?”

Lina: No señor, la verdad no, la edad en si no, pero le dije que era menor de edad

Fiscal: ¿Sabe si él tenía conocimiento de la edad de Michel Dayana al momento de cometer esos hechos?”

*Lina: Pues yo me supongo que sí, **porque cara de niña si tenia***

Fiscal: ¿a qué se refiere usted con eso?”

Lina: Él debía de haber, o sea... que no era pa' que se pusiera en esas, que si era menor de edad

Fiscal: ¿Puede describir el aspecto físico de Michel Dayana para esa fecha marzo de 2015?”

*Lina: **Si señor, ella era más bien así trocita, pequeña cachetoncita, mucha cara de niña.**”³*

³ Minuto 1.25.54 del archivo -05juicio 20190815.mp3

Igualmente, el Médico Legista Luís Alonso Rodríguez Aguirre, si es por la contextura de la menor, señaló en su dictamen que ella al momento del examen tiene desarrollo “*PONDO ESTATURAL, GENITAL Y MENTAL, ACORDE PARA LOS 12 AÑOS*”, de manera que no se puede decir que el procesado pudo ignorar la edad de la menor por supuestamente presentar características físicas propias de una mujer de más edad, como lo sugiere la defensa.

De lo anterior se colige, sin la menor duda, que efectivamente Yeison Espinoza tenía pleno conocimiento que M.D.P.L., era menor de 14 años, sin que exista prueba en contrario que permita dudar sobre la existencia de un posible error de tipo.

La Sala tiene que reconocer que la prueba recogida en desarrollo del juicio oral fue adecuadamente obtenida e igualmente bien valorada por el funcionario de conocimiento, sin que exista información alguna que permita suponer que la menor mintió en su declaración acerca de la existencia del abuso y principalmente de la apreciación objetiva que expone el censor, puesto que la menor sí le dijo que contaba con escasos 12 años, edad en la que, como es sabido, la inmadurez que ostentan estos menores niegan la validez de su consentimiento; encontrando que el dolo en el que incurrió el procesado acredita la tipicidad subjetiva de la conducta punible.

Así las cosas, la Sala después de haber revisado la censura del defensor, encuentra que no pudo derruir la conclusión a la que arribó el funcionario de conocimiento, en el sentido que el procesado tenía pleno conocimiento que cometió el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años a M.D.P.L., al saber que ella para el momento de los hechos ostentaba tan solo 12 años, por lo que se impartirá confirmación a la sentencia recurrida, sin otras consideraciones.

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:

CONFIRMAR la sentencia emitida el diecinueve 19 de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Bello en contra de YEISON ALFONSO ESPINOSA MADRID.

Contra esta sentencia 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.



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

(En permiso)