



SALA PENAL

Medellín, martes seis (6) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 94

Sentencia de segunda instancia Nro. 25

Radicado No. 05-212-60-00201-2021-00959

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Acusado: Jonatan Marulanda García

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: miércoles 7 de junio de 2023. Hora: 09:10 a.m.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el defensor de JONATAN MARULANDA GARCÍA, contra la sentencia condenatoria proferida el 17 de febrero de 2023 por la Juez Tercera Penal del Circuito de Bello, Antioquia, en desarrollo del juicio adelantado al prenombrado acusado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

EPÍTOME FÁCTICO

*Los hechos ocurrieron el 12 de abril de 2021, cuando la menor **P.A.S.G.**¹, con 11 años de edad, se encontraba de visita en la casa de su madrina LUZ MERY GARCÍA RINCÓN ubicada en la calle 21 No. 40-48, barrio Zamora del Municipio de Bello, Antioquia, donde también había ido a pernoctar JONATAN MARULANDA GARCÍA, sobrino de la madrina de la niña, quien residía en el primer piso y en horas de la mañana, aprovechando que la pequeña se encontraba sola en una de las recámaras, procedió a agredirla sexualmente,*

¹ En procura de la protección de la intimidad del menor de edad víctima en el caso de autos solo se utilizan las iniciales de sus nombres y apellidos, en concordancia con lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de Infancia y Adolescencia.

según la Fiscalía, el sujeto activo se desnudó, despojó a aquella de sus prendas y procedió a accederla, le tocó la vagina y procedió a penetrarla por el ano; mientras que para la primera instancia las acciones probadas en juicio consistieron en acostarse al lado de la víctima y realizarle tocamientos en zona pública y anal.

Formulada la denuncia y agotados los actos de investigación, la Fiscalía expidió orden de captura en contra de JONATAN MARULANDA GARCÍA, la cual se materializó el 27 de enero de 2022.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 21 de enero de 2022, la Fiscalía formuló imputación en contra de JONATAN MARULANDA GARCÍA ante el Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bello, Antioquia, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, conducta descrita y sancionada en el art. 208 del C. Penal, Modificado por el artículo 4º de la Ley 1236 de 2008, que establece una pena de 12 a 20 años de prisión, conducta a su vez agravada por el numeral 2º del art. 211 del Estatuto Represor, Modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008 (El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza), sin aceptación de cargos.

2. La Fiscalía radicó escrito de acusación sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, y en los mismos términos formalizó la acusación en audiencia del 10 de mayo de 2022 ante la Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín a quien le correspondió conocer el proceso en etapa de juzgamiento, y quien tras agotar el juicio oral propiamente dicho y lo que hace a la práctica probatoria anunció sentido de fallo por un delito de menor entidad. A saber, por actos sexuales con menor de 14 años, cuya lectura se realizó el 17 de febrero de 2023.

3. La decisión de condena fue apelada por la defensa del acusado y por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, correspondiéndole a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín conocer el recurso vertical que sustentado por escrito y en el término de ley, a su vez fue concedido por la primera instancia.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Destaca inicialmente la funcionaria que la Fiscalía llamó a responder al acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, y que en su criterio se superan las exigencias legales de los artículos 7° del C. Penal y 381 de la ley 906/04 para emitir sentencia de condena en el caso presente, empero, según lo probado en juicio, se debe condenar por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, sin posibilidad de aplicar la circunstancia de agravación por la que se le llamó a responder al ciudadano MARULANDA GARCÍA. Las razones son las siguientes:

Descendiendo en el testimonio de la agraviada indica que esta suministra un relato claro, concreto, creíble de la forma en que los hechos se desarrollaron, señalando a JONATAN como el autor de la agresión sexual porque lo vio, pues en principio este lo que hizo fue acariciarla en su zona púbica y glúteos, cuando le bajó el pijama e intentó accederla vía anal, esta reaccionó, se paró de inmediato de la cama y le escribió a su mamá, pese a las súplicas de su agresor para que lo perdonara y no dijera nada, sin que la primera instancia advierta una razón en la niña para mentir o querer perjudicar al joven o a su madrina con una falsa incriminación de hechos tan graves.

Por su parte la madre de la víctima, señora JESSICA JOHANA GARCÍA DUQUE, si bien no fue testigo presencial de los hechos, dio cuenta del lugar donde se encontraba su hija el día en que fue agredida sexualmente, refirió la forma en que la encontró luego de ser agredida sexualmente, llorando en la habitación de la madrina, e informó que era normal que la niña estuviera en ese lugar pues tenía la confianza que nada malo le podía ocurrir, e informando sobre los cambios que percibió en su prole después de los hechos y la atención psicológica que recibió.

Y ante la médica LUZ ADRIANA HIGUITA SALAS, la menor indicó que Jonatan le había metido el pene por el ano, observando la a quo que los rasgos que se encontraron en el cuerpo de la paciente dan cuenta de una manipulación a nivel anal que le ocasionaron cierto eritema, y que posteriormente en el juicio no habla de una penetración, sino que aquel había intentado introducirle el pene por el ano. Versiones que en criterio de la funcionaria no se contradicen;

estando clara eso sí en que conforme lo encontrado no hubo una penetración total, y pudo ser eso lo que llevó a la niña en el juicio a indicar que había intentado, siendo lo cierto que el agresor logró tener contacto hasta producirle un eritema.

De lo noticiado por YULIETH VERONICA GARCÍA GARCÍA, se extracta es que resultó ser prima hermana del acusado, y sostiene que la menor le confió que el padre biológico la tocaba en las partes íntimas, de lo cual estaba enterada la madre; quedando claro para la funcionaria que esta testigo trata de sacar tanto a la menor como a su primo del lugar de los hechos, pues precisa que la menor no acostumbraba visitar su casa sino en vacaciones y que no era normal que Jonatan estuviera en su casa, que iba de paso; nada dijo en relación con el día en que los hechos tuvieron ocurrencia, no desvirtuó que para el 12 de abril de 2021 no estuviera en su residencia.

Renunciando a su derecho a guardar silencio, el acusado admitió que para el 12 de abril de 2021 se encontraba en el lugar de los hechos, queda claro que este admite su presencia en el lugar de los hechos, que los únicos que se encontraban en el inmueble eran él, la menor y sus dos primos dormidos; refiriendo que no sabe porque la menor hizo el señalamiento, que él simplemente la escuchó llorando y ella inmediatamente llamó a la mamá y le dijo que él la había abusado, y que sin decir nada y por temor por su vida se fue del lugar.

A la luz de lo demostrado con la prueba testimonial considera que resulta creíble que, de buenas a primeras y sin ninguna razón la menor hubiera hecho semejante señalamiento; no hay razón para pensar que quisiera perjudicarlo; no tenían ninguna relación, ningún problema, era cercana a su familia, pudo haber esperado que llegara para aclarar lo ocurrido y no lo hizo, salió huyendo del lugar sin dar ninguna explicación.

En tal estado de cosas para la juez ninguna duda se suscita sobre la efectiva ocurrencia dentro del mundo fenoménico de estos atentados contra la libertad, la integridad y formación sexual, como tampoco respecto a que el procesado MARULANDA GARCÍA es el autor material de estos hechos.

Ante las dos versiones que se contraponen, estima que aquella que ofrece el joven acusado no tiene forma de ser corroborada y por el contrario lo dicho por la niña sí; y que contrario a lo sostenido por la defensa, la versión de la niña no genera dudas, su dicho coincide con lo referido a la madre y a la médica, quien encontró un eritema en zona anal, no una fisura, lo cual coincide con los hechos, aunado a que la menor refirió dolor y que fue allí cuando se paró de la cama y repeló la agresión.

Incluso las manifestaciones de la menor encontraron eco no solo en lo referido por la madre sino por el mismo procesado que admite haber estado el día y hora en el lugar de los hechos, a lo que se suma que existen indicios graves de autoría y participación, como también de presencia física en el lugar de los hechos.

Estos, en resumen, los argumentos para imponerle al procesado la pena principal de 108 meses de prisión, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal, ley 1098, agregando que la CSJ ha sostenido de manera pacífica que, sin lesionar el principio de congruencia, es posible que el juez profiera sentencia por un comportamiento punible distinto al consignado en la acusación, siempre y cuando se respeten los requisitos que contempla la jurisprudencia para el efecto.

En lo que respecta a la agravante deducida al agente entiende que ninguna confianza existía entre la menor y el agresor o la madre de la menor y el agresor, es más, entre estas personas solo se daban el saludo y no era normal que el joven este estuviera en la casa a donde iba de visita la menor; este le profesaba confianza, pero a su tía LUZ MERY.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. El delegado de la Fiscalía estima que en el presente caso quedó demostrado el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pues consta en la sentencia que dicha conducta punible fue soportada de manera técnica y científica por la médica escuchada en juicio, quien observó un eritema a nivel del ano de la víctima, expresando la paciente que sentía mucho dolor en aquella región anatómica, lo que a su vez resulta compatible con las

manifestaciones de esta en cuanto a que la agresión sexual se produjo a través de dicha zona, siendo claro para el censor que el testimonio de la profesional de la salud precisa las consecuencias del ataque; esto es, que existió penetración vía anal.

Por el contrario, considera que en la sentencia no se encuentran razones de peso para concluir que lo que se probó fue un acto sexual con menor de 14 años, aceptando la juez que se presentó la conducta del art. 208 del C. Penal, que se cuenta con rastros de la penetración; reparando el censor que al momento de analizar el testimonio de la agraviada la funcionaria señala que no hubo una penetración total, estimando que la modificación para fallar por un delito de menor entidad obedece a una percepción personal de la funcionaria, en un caso en que se demostró que el agresor sobrepasó los glúteos y alcanzó la vía anal, sin que para la configuración del delito alegado por la Fiscalía se requiera que la penetración sea total.

Por último, aclara que, si bien la niña no manifestó en juicio que fue penetrada, considera que no se puede perder de vista que se trata de una menor de 11 años que no tiene vida sexual y desconoce en qué consiste dicha actividad humana, solicitando en consecuencia que se modifique el fallo apelado y se profiera sentencia de condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años sin la agravante que inicialmente se incluyó en la calificación jurídica de este caso.

2. La defensa del procesado *solicita la absolucón de su patrocinado, pues considera que pese a la retractación de la menor en juicio y al soporte clínico que desestimó lo que tiene que ver con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años; la a quo asumió que lo que se presentaron fueron actos sexuales con menor de 14 años, aunque dicho aspecto no hizo parte central de la discusión jurídica, y en consecuencia estima que se vulneró el derecho de defensa al no contar con la oportunidad de generar una estrategia defensiva frente a dicha conducta punible.*

En este sentido considera que, si la Fiscalía hubiese querido conferirles valor incriminatorio a dichas circunstancias de contexto o complementarias, necesariamente habría tenido que formular imputación y presentar la respectiva acusación por un concurso de delitos.

Por otra parte, sostiene que la Fiscalía pretende restarle credibilidad a la menor indicando que carece de experiencia en asuntos de connotación sexual, y que por ende desconoce en qué consiste dicha actividad, no obstante, el delegado le creyó cuando al inicio de la investigación esta señaló que fue accedida carnalmente por el acusado.

Criticando además que durante el interrogatorio de la víctima se permitió que estuviera acompañada de una investigadora y psicóloga, quien a su vez estuvo encargada de realizar la entrevista a la menor de edad, cuando para garantizar sus derechos se tiene prevista la presencia de la defensora de familia, de manera que se terminó sugestionando a la testigo.

Desde otra arista, considera que los testigos de la Fiscalía incurren en inconsistencias y no se corroboran entre sí, aunado a que la menor negó los hechos y extrañamente nunca se mencionó que recibiera asistencia psicológica, por lo que el dossier del caso adolece de prueba científica que demuestre que presentó cambios de comportamiento.

En este proceso, aunado a la reducida práctica probatoria desarrollada a instancias de la Fiscalía, extrañamente el persecutor decidió no usar los peritajes de los especialistas en medicina forense y los psicológicos forenses, de gran importancia para el esclarecimiento de este tipo de casos, por lo que le solicita a la segunda instancia que a su vez requiera al delegado del ente persecutor para que arrime a la Sala el informe pericial de clínica forense de fecha 14 de abril de 2021, con miras a que el colegiado pueda formarse un convencimiento más acertado de la verdad.

Estos, grosso modo, las razones por las que depreca se revoque el fallo apelado y en su lugar se profiera sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer y resolver la alzada interpuesta por la defensa del acusado y la Fiscalía, siendo del caso precisar que en virtud del recurso vertical de apelación la competencia de la Colegiatura se restringe a los

aspectos impugnados, así como a los que resulten vinculados de manera inescindible.

De otra parte, cabe significar que al no advertir la existencia de causal que invalide la actuación la Sala procederá a decidir de fondo.

Con miras entonces a resolver los problemas jurídicos que se nos plantean y según se desprende de los motivos del disenso, es preciso que nos detengamos en verificar si la prueba debatida en juicio demuestra más allá de toda duda, esto es, en grado de certeza, que el acusado incurrió en una conducta constitutiva del delito de acceso carnal abusivo, tal como lo reclama el ente persecutor; o de actos sexuales con menor de 14 años, cual la conclusión a la que llegó la primera instancia; o si no se logró demostrar la ocurrencia de aquel, y al condenar por el segundo se vulneró el principio de congruencia en materia penal, según la posición asumida por la defensa.

En conclusión, este colegiado debe pronunciarse de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad de la decisión criticada, siendo preciso entonces concentrarnos en el análisis del recaudo probatorio debatido en la vista pública, consignando los motivos para adoptar una u otra salida jurídica, cumpliendo así con la carga que impone el numeral 4° del art. 162 de la ley 906/04, que señala que las sentencias deben contener las razones de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas y practicadas en el juicio oral.

Conforme al panorama perfilado y como acostumbra esta segunda instancia al analizar este tipo de casos, resulta oportuno realizar unas breves consideraciones sobre la descripción comportamental recogida bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años, art. 209 del C. Penal (Modificado por el canon 5 de la ley 1236/2008), dispositivo normativo que en su literalidad consagra:

“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a práctica sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”

Huelga destacar que los actos sexuales diversos al acceso carnal, tal y como lo tiene discernido la Sala de Casación Penal (Sentencia del 9 de marzo del 2022, Rdo. SP680-2022, 50.591, M.P. Hugo Quintero Bernate): "... están constituidos por todas aquellas acciones que una persona realiza sobre el cuerpo de otra, que buscan la satisfacción de los deseos sexuales, sin penetración vía anal, vaginal u oral. Así, entre muchas otras alternativas, la doctrina indica como tales actos, los besos y tocamientos lúbricos, los coitos "inter femora" (entre las piernas), así como también las masturbaciones o el frotamiento de la asta viril en cualquier parte exterior del cuerpo del sujeto pasivo de la conducta".

Por otra parte, como se puede colegir de la simple lectura del dispositivo legal que bajo la fórmula: Actos sexuales con menor de 14 años, describe la conducta bajo análisis, la minoría de edad –para el caso menos de 14 años– se erige en un elemento normativo y definitorio del referido modelo comportamental; en otras palabras, se exige una connotación especial en el sujeto pasivo de la criminalidad, siendo el niño, niña o adolescente el titular de los plurales bienes jurídicos que se pretenden proteger con la norma, a saber, la libertad, integridad y formación sexual, consagrados expresamente en el Título IV de la Parte Especial del C. Penal.

Dicho modelo comportamental se encuentra compuesto entonces por dos elementos estructurales. En primer lugar, y como ya se dijo: **que el sujeto pasivo sea menor de catorce años**, y en segundo orden: **la ocurrencia de hechos constitutivos de actos sexuales diversos al acceso carnal**.

Precisado lo antedicho, previo a entrar a resolver de fondo el episodio fáctico que nos convoca, es menester señalar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 de la Ley 906/04, en el juicio se admitieron una serie de pruebas, en esencia documentales y testimoniales, aportadas por los sujetos procesales, estipulando además lo concerniente a la plena identidad del acusado JONATAN MARULANDA GARCÍA, así como la plena identidad de la víctima, quien nació el 4 de agosto de 2009.

Superado lo anterior, cabe significar que la doctrina y la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza (ahora convencimiento racional más allá de toda duda), art. 7° y 381 de la ley 906/04,

en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad en este tipo de delitos contra la libertad e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes a partir de la declaración que rinde la propia víctima.

Las mencionadas reglas se contraen a lo siguiente:

- “a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*
- b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y*
- c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”².*

Como la decisión de primera instancia se fundamenta esencialmente en lo noticiado por la postulada víctima, surge imperativo la necesidad de aterrizar las pautas vistas en precedencia, con miras a develar si su dicho se muestra coherente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso; pero, además, si resulta corroborado y obtiene confirmación en otros medios de convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, sin develar incredibilidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad y, en general, ánimo avieso de perjudicar al acusado con una falsa incriminación.

*De ahí que el paso a seguir consista en detenernos en analizar puntualmente lo dicho en juicio por **LA VÍCTIMA**, quien para la época de los hechos aquí ventilados no superaba aún el rango de los 14 años, y a quien se le escuchó noticiar en juicio que acude al proceso: “para declarar lo que Jonatan hizo”.*

Específicamente en relación con los hechos refirió que acostumbraba ir de visita a la casa de su madrina LUZ MERY, quien vive con su tía Verónica. El viernes de aquel mes de abril de 2021 durmió en la habitación de su madrina, ya que VERÓNICA pernoctó en la casa del novio.

² Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

Al siguiente día, sábado 12 de abril de 2021, en horas de la mañana, su madrina se fue a trabajar; por su parte sintió que alguien se pasó para la habitación y pensó que era la tía Verónica que había llegado, pues esta tenía que trabajar en el computador de la casa, por lo que no le prestó atención y continuó durmiendo. Luego sintió que Jonatan le estaba tocando las partes íntimas, “las que el me tocó fueron la vagina y el culo, con la mano”.

Continuando con la descripción de los hechos refiere: “Ya después él me bajó el pantalón y los calzones e iba a introducir el pene por el ano, ya de ahí yo me paré y él me dijo que qué había pasado, y le dije que yo no era boba, que había sentido todo eso, y de ahí yo le escribí a mi mamá a contarle, y él me dijo que no le contara a nadie que eso no iba a volver a pasar, que no lo iba a volver a hacer, pero ya le había dicho a mi mamá, y me pidió perdón de rodillas y le dije que no”.

Entrando en mayores detalles sobre el acontecer fáctico, señala que su reacción fue pararse de la cama y decirle todo esto a su agresor; a continuación, le escribió a su madre, luego la llamó, le contó lo ocurrido y esta finalmente se presentó en la residencia con la policía; iban a ser como las siete de la mañana y su consanguínea llegó al momento con los uniformados, más el acusado ya se había ido del lugar.

De ahí la llevaron al hospital, explicando además que no se le ocurrió gritar, pese a que había más gente en la casa; solo quería decirle a su mamá lo que había pasado. Y ante pregunta concreta sobre si sintió el pene dentro de su ano, contestó que no, agregando que, pese a que iba constantemente a esta casa, esto no había ocurrido antes.

Y llevando su memoria al sitio en donde todo ocurrió, la testigo precisa que los hechos pasaron en la casa y en el cuarto de “Mery”, el año inmediatamente anterior, esto es, en el 2021. Tenía once años, detallando que la manera en que la tocó el sobrino de su madrina fue como: “en círculos”; que se sintió raro, explicando que: “era como si me estuvieran manoseando”, y que “ahí mismo que sintió como el pene en la nalga me paré”, de ahí le escribió a su mamá; pero, además, que el agresor solo le dijo que lo perdonara, nunca la amenazó.

Por otra parte, refiere que aquella mañana lucía un pijama y que la ropa interior se la quedaron los doctores, que los tocamientos ocurrieron sobre el pijama “y ya después fue que la bajó cuando me iba a introducir el pene”; precisando que en la residencia, además del agresor, estaban los dos tíos, ALEJANDRO y JUAN PABLO, durmiendo en otra recámara, agregando que conoce al JONATAN porque es sobrino de su madrina MERY, “nos conocimos y ya”, más no recuerda hace cuánto, dando a entender que la relación con esta persona era distante. Finalmente señala que le contó lo ocurrido a su progenitora y a su mejor amiga “SOFÍA”, con bastante inmediatez.

Resumida de esta forma lo dicho por la menor en su paso por el juicio y conforme a las características que rodearon los hechos que nos convocan, así como a la capacidad de comunicación del testigo, su entorno e idiosincrasia, y en términos generales a las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, percepción, memoria y evocación apreciables en el sujeto pasivo de la criminalidad investigada, así como lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se obtuvo la percepción de los hechos y su comportamiento durante la vista pública realizada de manera virtual, para la Sala su testimonio se advierte natural, consistente, coherente y espontáneo, ofreciendo una narrativa hilvanada y circunstanciada en sus aspectos medulares, además de persistente en lo que hace a sus iniciales señalamientos incriminatorios y el núcleo central de los hechos enrostrados al acusado, sin que se observe que incurrió en inconsistencias o contradicciones de peso, o que la defensa haya logrado poner en tela de juicio su credibilidad.

En el orden de ideas que se viene desarrollando, cabe significar que también para esta colegiatura la agraviada ofreció entonces un relato en el que de manera natural y sin entrar en contradicciones recrea con suficientes detalles de tiempo, modo y lugar las circunstancias en que sucedieron los hechos, delineando claramente un episodio que vivió a la edad de once años, a manos del aquí sub iudice, quien habría aprovechado que su tía salió temprano a trabajar para introducirse sigilosa y taimadamente en el lecho en el que descansaba la menor, procediendo a tocarle los glúteos y la vagina.

Así mismo, quedó claro que no conforme con lo anterior, el varón pretendía llevar más lejos el ataque sexual; más, cuando la menor sintió el miembro viril

de su agresor en su derrier, se paró de la cama y confrontó a su atacante, escribiéndole de inmediato a su progenitora vía WhatsApp, a quien instantes después le describió grosso modo y vía celular lo que le había ocurrido.

En consecuencia, desde la óptica de lo develado en juicio por la propia agraviada, no genera duda que la secuencia fáctica dada a conocer por esta recrea claramente un comportamiento con innegable contenido libidinoso que a todas luces se enmarca en las previsiones del art. 209 del Estatuto Represor, pues esta fue lo suficientemente clara y reiterativa en que el adulto no la penetró, solo que sintió que este pretendía introducir el miembro viril por el ano, sin lugar en sentir de esta Sala a tener por probada la agravante deducida al agente, como quiera que la afectada informa que solo conocía a su agresor “y ya”, sin evidencias de algún vínculo cercano.

Por lo tanto, ninguna posibilidad razonable observa este colegiado para alegar que de alguna manera la niña pudiera depositar su confianza en una persona que a lo sumo conocía; pero, además, que este individuo no acostumbraba visitar con frecuencia la residencia en donde ocurrieron los hechos aquí ventilados.

De esta manera, es preciso señalar que el comportamiento descrito por la víctima claramente descarta un roce involuntario, ocasional, desprevenido y sin intención dañina; saliendo a relucir por el contrario que el agente desarrolló un comportamiento consciente e inequívocamente dirigido a satisfacer su libido, y que solo llegó a los tocamientos en partes íntimas, vagina y glúteos, en razón a que la víctima reaccionó y se incorporó rápidamente cuando sintió el miembro viril de su agresor en su derrier, aceptando en todo caso que su reacción no fue la de oponer algún tipo de resistencia, que como se sabe no se requiere para la configuración de este tipo de ilicitudes, ni de gritar, optando por incorporarse de inmediato y escribirle un mensaje de texto a su madre indicándole que se quería ir de allí, y entablar comunicación telefónica con esta para contarle finalmente lo ocurrido.

De manera que según el recuento hecho por la propia ofendida su atacante habría aprovechado que se quedó sola en la recámara para acercarse a su cama y tocarla indebidamente en zonas pudendas, explicando igualmente que utilizó para ello las manos y que le alcanzó la vagina y la zona del derrier, sin

que además observe la Sala que durante el interrogatorio o contra interrogatorio haya salido a relucir un motivo soterrado, una intención clandestina para incriminar falsamente al acusado, y pese a la molestia que esto podría generarle a su madrina MERY, la víctima no ocultó lo ocurrido, lo que apunta a que fueron circunstancias realmente vividas. Advirtiendo incluso la Sala que los involucrados en estos hechos casi ni habrían interactuado previo al incidente que recrea la afectada.

En desarrollo entonces de la cronología develada por la víctima, con clara exposición del momento y el lugar exactos en que habrían ocurrido los tocamientos con innegable contenido sexual, así como de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dadas a conocer por un testigo privilegiado de lo ocurrido, por cuanto puede noticiar con lujo de detalles la forma en que a tan temprana edad se vio obligada a soportar este tipo de comportamientos delictuales, es que advierte la Sala que frente al testimonio de la menor se puede predicar que cuenta con coherencia interna.

Por lo demás, las suspicacias que el apartado de la prueba analizada genera en la defensa no alcanzan a minar la credibilidad de la víctima, ni dejan en evidencia una contradicción fundamental o inconsistencias de peso que le resten poder suasorio a la testigo directa del evento fáctico aquí ventilado, observando igualmente la Sala que la menor no deja duda en cuanto a que esta era la primera vez que era víctima de una agresión sexual por parte de este individuo, sin dar señales de pretender inflar la acusación en contra del procesado, pues, así mismo, acepta que no fue objeto de amenazas de su parte.

Así, en el contexto analizado tampoco resulta contrario al sentido común, las reglas de la experiencia, y en definitiva a la sana crítica que, aprovechando el momento y que los demás residentes de la casa pernoctaban, el agresor terminara sacando partido de estas circunstancias para tocar indebidamente a la menor de edad, quedando en todo caso descartado que en juicio no se hayan acreditado suficientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el ataque, logrando precisar inclusive la pequeña el día, mes y año en que habrían ocurrido la agresión sexual en su contra, evidenciando la Sala que utiliza un lenguaje claro, fluido, natural, sin exageraciones, y no tiene problemas de rememoración o comunicación.

De manera que para esta Magistratura la estimativa jurídica con que la primera instancia analiza lo dicho por la menor en juicio resulta atinada, ecuánime y ponderada, y se traduce en que también para la Sala el sujeto pasivo ofreció suficientes y valiosos detalles para entender que el comportamiento del acusado y según lo descrito por la principal testigo de la Fiscalía, emerge como una inocultable y clara muestra de acciones vejatorias de naturaleza sexual que se concretaron en tocarla en zonas erógenas, concretamente en la vagina y los glúteos, cuando esta tenía 11 años, por lo tanto, se circunscriben sin lugar a dudas en el tipo penal de actos sexuales con menor de 14 años del art. 209 del C. Penal, y no en el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Atendiendo así a lo dado a conocer con el testimonio de la propia víctima, refulge nítido que el acusado es la persona llamada a responder en este juicio criminal y no otra, y que fue este quien según lo describe la ofendida, intervino indebidamente en ámbitos propios de la integridad y formación sexual de quien para la época no superaba los 14 años de edad, siendo lo suficientemente explícita en la forma en que vivenció este tipo de acciones vejatorias, existiendo además: “coherencia de la declaración inculpativa en las varias oportunidades en que fue expuesta”, en sus aspectos centrales o nucleares, sobre las circunstancias de toda índole en que el agente dio rienda suelta a su libido en la forma descrita por el sujeto pasivo de la criminalidad.

Precisado lo anterior, cabe señalar además que el adulto contó con la oportunidad, además de la capacidad para arremeter contra la integridad, libertad y formación sexual de la menor de edad, siendo esta entonces la factura que se le reconoce a lo dicho por la principal y privilegiada testigo directo de los hechos que nos convocan, sin que en nuestro criterio pueda alegarse que durante el interrogatorio la menor estuvo sugestionada por la psicóloga e investigadora de la Fiscalía que junto a la Defensora de Familia estuvieron presentes al absolver con la pequeña el cuestionario de preguntas formulado por las partes.

Repárese que en el video arrimado a esta instancia que registra la anunciada dinámica probatoria se observa perfectamente que la referida profesional se ubica a una distancia prudente y detrás de la víctima, sin intervenir en el desarrollo de la audiencia ni interrumpir el normal desarrollo de la misma, y

solo cuando se le solicita que retire a la niña de la estancia, sale con esta del recinto, interviniendo cuando se le ordenó por la judicatura a efectos de reconocer el informe relacionado con la entrevista que le recibiera a la menor de edad, pues el CD contentivo de la misma se extravió.

Por lo demás, considera este colegiado que contrario a lo que alega el defensor del procesado, la presencia de la referida servidora sumó en razones para garantizar los derechos del sujeto de especial protección constitucional, redundó en que esta se sintiera protegida, en un ambiente amigable, con personas conocidas y, en definitiva, no se logra evidenciar que resultara sugestionada como lo sostiene el censor. Inclusive, repárese en que en ningún momento la niña mira hacia atrás, se distrae o pierde el hilo de las preguntas que se le vienen formulando, se muestra totalmente concentrada y en todo momento mira a la Defensora de Familia.

Dicho esto, podemos afirmar que hasta este punto del análisis que venimos efectuando es menester reconocer que el testimonio de la víctima salió indemne y fortalecido tras su paso por el juicio y puede decirse que resiste las críticas formuladas por el censor, pues en principio no se advierte que incurra en disonancias, inconsistencias o contradicciones de peso que terminen minando su credibilidad.

En definitiva la niña ofreció un conocimiento claro y directo sobre los aspectos medulares de la acusación fáctica, lo que permite concluir que efectivamente responden a hechos vividos a tan temprana edad; pero, además, que estos se pueden catalogar de verosímiles y no como fruto de la imaginación o de un discurso previamente aprehendido; como que tampoco se advierte que haya salido a relucir la posibilidad de algún tipo de manipulación o sugestión a la hora de rendir el testimonio, circunstancia esta que alega el defensor del procesado, consideramos, alejado de la realidad que muestra la práctica probatoria descrita.

En síntesis y para cerrar este apartado de la censura, basta relieves que al igual que para la primera instancia, para este colegiado el testimonio de la menor permite responder con suficiencia a los interrogantes fundamentales sobre dónde, cómo y quién es el autor de la criminalidad investigada; así como a los dilemas que plantean los apelantes frente a lo dicho por la testigo, de

manera que, insistimos, también para esta Sala su testimonio denota **coherencia interna**, pues como se indicó, adolece en su mirada individual de fracturas importantes, y en consecuencia su deponencia se advierte seria, consistente, natural espontánea, hilvanada y por ende digna de credibilidad.

Veamos ahora si el testimonio de la postulada víctima se compagina con el criterio de **coherencia narrativa**³.

Expuesto de otra forma, si al correlacionar lo dicho con los demás medios de prueba y con aquellos datos objetivamente verificables en el plenario, su testimonio resulta ampliamente concordante, por ende, con **coherencia externa**, de manera que si a lo expresando con seguridad, claridad, contundencia, naturalidad y persistencia, ofreciendo un discurso circunstanciado, coherente, hilvanado, cohesionado y sostenido en el tiempo, además de verosímil, se le suma que resulta concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, y los datos objetivamente verificables en el dossier del caso, podrá decirse que resulta altamente confiable.

En el sentido advertido, es menester indicar que a falta de otros testigos directos de lo vivido por la víctima surge relevante para el esclarecimiento de los hechos la existencia de la denominada por la literatura especializada, prueba de corroboración y dentro de esta aquella conocida como periférica, por lo que para validar los dichos de la menor se requiere entonces la aplicación del mencionado criterio de coherencia narrativa, para deducir que no sólo su testimonio la tenía, sino que al relacionarlo con los demás medios de prueba resulta ampliamente concordante.

Para poder entonces entrar a decantar los mencionados criterios es preciso entrar a justipreciar las demás pruebas practicadas en juicio, no sin antes aclarar que entre los testigos que atendieron el llamado de la justicia a solicitud de las partes, se incluyen personas cercanas a la menor y profesionales que la valoraron desde su particular área del conocimiento, o que en cumplimiento de sus deberes funcionales realizaron alguna actividad con finalidades probatorias.

³ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

En orden entonces a una ecuánime valoración y ponderación de lo dicho por los mencionados deponentes la tarea de la colegiatura se restringe en esta oportunidad a analizar lo que escucharon o percibieron de manera directa, tal como lo demanda el art. 402 de la Ley 906/04.

Similares reflexiones se hacen extensivas sobre aquellas declaraciones de testigos y peritos en juicio que a voces del art. 439 de la Ley 906 de 2004: "... contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible..."; en cuyo caso, y de conformidad con el mencionado dispositivo normativo deberán: "... suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad".

*Precisado lo anterior, el paso a seguir consiste en auscultar lo dicho por la madre de la víctima, señora **JESICA JOHANA GARCÍA DUQUE**, quien dio a conocer que trabaja como asistente de un abogado, y que el día de los hechos su hija la contactó y le dijo que el señor JONATAN: "... le había bajado la ropa interior, le había introducido la parte íntima de él en la parte trasera de ella, inmediatamente llamé a policía de infancia y adolescencia, e inmediatamente que nos dieron de alta del hospital, me fui a la Fiscalía de Copacabana a instaurar la denuncia".*

Llevando su memoria al día 12 de abril de 2021, a las cinco de la mañana, se encontraba recibiendo su puesto de trabajo, pues anteriormente era vigilante en un hotel, rememorando que su prole la llamó en medio de llantos y le dijo que se quería ir para la casa. Momentos después, cuando pudo hablar nuevamente con más calma con la menor por teléfono, esta le dijo: "Mami, JONATAN me metió el coso por detrás"; a lo que ella le manifestó que iba para el sitio con la policía de infancia y adolescencia, que no se cambiara ni se bañara, ni les abriera la puerta a otras personas. Los uniformados llegaron primero que ella, posteriormente las llevaron al hospital, le realizaron exámenes y la niña quedó internada.

Posteriormente entablaron la respectiva denuncia, explicando que usualmente dejaba a su hija por varios días e incluso semanas en casa de MERY, su

madrastra, en donde sentía que estaba segura. El día de los hechos encontró a sus dos medios hermanos durmiendo, y a su hija acurrucada llorando en posición fetal y un rincón de la habitación de la madrina. Despertó a los dos niños, revisó a su niña, bajó a la casa en donde vivía el sobrino de la madrina de su hija, acusado en esta causa por las vejaciones en contra de la menor, pero este ya no se encontraba allí.

Continúa indicando la testigo que conoció al acusado en cierta ocasión, en un cumpleaños de su medio hermana VERÓNICA, y a lo sumo lo vio en dos oportunidades más. Para aquel entonces asevera que en aquel lugar vivían las dos mujeres a las que se ha referido y los dos menores, y que ocho días después de los hechos el inculcado la llamó y le pidió perdón: “por lo que hice”, manifestándole además que si regresaba al barrio lo mataban. Y cierra su intervención indicando que tras estos hechos observó cambios en su hija, quien en las noches gritaba, se volvió muy miedosa, y recibió tratamiento psicológico.

El anterior testimonio dio paso al de la médica general, vinculada en la actualidad en el hospital Marco Fidel Suárez, en donde atiende generalmente pacientes menores de edad, doctora **LUZ ADRIANA HIGUITA SALAS**, quien para lo que interesa al debate informa que para el 12 de abril de 2021 atendió a la víctima por urgencias pediátricas; concretamente en la sede Niquía del hospital y dentro del contexto de un “Código fucsia”, esto es, por posible abuso sexual. La niña tenía 11 años e ingresó a la institución en compañía de su progenitora. Escuchando de esta que se encontraba en la casa de la madrina cuando el acusado se le acostó al lado y le tocó la vagina, sintiendo luego que le introdujeron algo a nivel anal; se asustó y llamó a la mamá.

En cuanto a los hallazgos físicos percibidos de manera personal y directa advirió: “... en la parte vaginal no encontré ningún hallazgo... pero a nivel del ano sí tenía mucho eritema perianal, estaba muy, muy rojo, y la niña tenía demasiado dolor...”; explicando que un eritema es como una zona rojiza en el cuerpo, en este caso estaba alrededor del ano, la paciente no permitía casi abrir la parte del ano para poder visualizar mejor el esfínter. Explicando que dicho eritema tarda unas 72 horas para desaparecer y que en su criterio los hallazgos concuerdan con lo relatado por la niña en cuanto a que fue penetrada vía anal. La menor ingresó a las 08:52 a.m. No obstante, acepta

que el eritema se debe a un trauma, un rose que produjo daño en la piel, y puede deberse a muchas otras causas diferentes a un acceso carnal, a lo que se suma que no auscultó otras posibles causas de dicho enrojecimiento de la epidermis, ni presenció los hechos dados a conocer por la paciente.

En este punto del análisis resulta pertinente señalar que contrario a lo que estima el delegado de la Fiscalía, para la Sala la prueba que viene de verse genera duda probatoria en relación con el delito de acceso carnal abusivo con menor 14 años.

Solo una mirada parcial y fragmentada de lo dicho por la profesional en el área de la salud permite sostener que se demostró en grado de certeza que el agente penetró a la menor por el ano, sin reparar en que a la propia agraviada se le escuchó precisar sin ambages en juicio que las vejaciones sexuales consistieron en tocamientos en sus glúteos y en la vagina, y que la médica general termina aceptando que el enrojecimiento en la zona perianal, es decir, aquella sección que rodea el ano, llega hasta los genitales y presenta una epidermis sensible, puede explicarse por múltiples causas; o que el examen físico revistió cierta complejidad en razón a que la paciente no permitía abrir casi el ano para auscultar y visualizar mejor el estado del esfínter.

Es decir, conforme a los hallazgos físicos dados a conocer por la testigo no se puede sostener apodócticamente que el dossier cuenta con prueba científica, objetiva e irrefutable sobre la penetración de la postulada víctima por parte del agente, desconociendo, además, que de lo que no adolece la foliatura es de prueba directa de los tocamientos libidinosos base del delito por el que finalmente se dictó condena.

Los que estima el censor rastros indiscutibles de la existencia de la penetración vía anal, enrojecimiento de la epidermis y dolor en dicha zona expresado por la paciente, admiten otras plausibles interpretaciones, principalmente desde el punto de vista médico científico, sin que se discuta que incluso cuando se demuestra más allá de toda duda, la inicial penetración de los esfínteres internos y externos del ano que son anillos musculares en la abertura de dicha sección del cuerpo humano, termina materializando el delito de acceso carnal, para este caso, abusivo con menor de 14 años.

Acorde entonces al recuento de la prueba hasta este punto analizada, concluye la Sala que la estimativa de la primera instancia para fallar por un delito diferente al consignado en la inicial atribución jurídico penal por parte del acusador público, resulta del todo atinada, y contrario a lo que señala el apelante, no responde a una percepción netamente personal, subjetiva, caprichosa, y carente de objetividad de parte de la a quo, en un caso en el que en nuestro criterio no se demostró con fidelidad y en grado de certeza que el agresor alcanzara a introducir el miembro viril en la vía anal, así fuera en su tramo inicial.

Para terminar de despejar las cuestiones problemáticas que plantea el impugnante sobre este apartado de la prueba, huelga señalar que la menor dijo que sintió el pene en sus nalgas, y en el contexto de los eventos descritos entendió que el agente pretendía penetrarla por el ano, ni siquiera dio muestras de haber sentido que hubiese iniciado la penetración por el conducto anal con este u otro elemento.

Continuando con el análisis de la prueba testimonial, los anteriores deponentes dieron paso a los escuchados a instancias de la defensa del procesado, iniciando con la señora **YULIETH VERÓNICA GARCÍA GARCÍA**, quien para lo interesa a este juicio nos informa que actualmente vive a dos cuadras de la casa de su madre LUZ MERY GARCÍA; conoce al acusado desde pequeños, pues se trata de un primo hermano, más no sabe a qué se dedica, solo que sale a laborar temprano, alrededor de las cinco de la mañana; así lo escuchaba despedirse, agregando que el procesado iba esporádicamente a la casa de su progenitora, pese a que vivía muy cerca, específicamente en un primer piso al frente de la residencia, añadiendo que por su parte para el mes de abril de 2021 vivía en la casa de su madre y trabajaba desde casa.

La mayoría de las veces en la casa de su madre solo estaban esta y sus hermanos; no era frecuente que el procesado tuviera contacto con la víctima, a quien este llegó a distinguir en el transcurso de la pandemia, año 2020, ni le consta que tuvieran algún grado de confianza. La menor visitaba la casa, "... iba mucho en vacaciones, o en pandemia iba mucho los fines de semana, o los meses que tenían festivos; se quedaba todo el fin de semana conmigo ya que yo trabajaba desde casa; entonces siempre estaba conmigo la niña",

agregando que la menor era muy estrecha, que tenían demasiada confianza, estimando que la menor vio como una segunda madre en ella y un apoyo, le confiaba temas muy personales.

En este sentido la comentó como ella era muy celosa con la madre y que esta la enviaba de casa en casa para poder compartir con sus amigos, “o quedarse tomando con ellos”, le entregó una carta de agradecimiento en la que en cierto punto le confesó que cuando la mamá la enviaba de vacaciones a donde su papá, este se pasaba en las noches y la tocaba, que no le contara a la progenitora, quien ya tenía conocimiento de esto más no le creyó.

Como la niña estaba en su casa fue a hablar con ella y le confirmó que todo esto era verdad. Llamó a su hermana y le preguntó sobre este tema y esta le contestó que estaba más que comprobado que no era cierto, hasta allí dejó el tema ya que consideró que la menor estaba tratando de llamar la atención y en tal virtud no le dio importancia al asunto pese a lo delicado y que no tenía protección de parte de la progenitora, no denunció, la dejó desprotegida, adverbando que tiró la epístola pues ya había hablado con la madre de la niña, y que en la actualidad no tiene la misma relación con la pequeña, explicando además que esta entró en detalles y le confió que el padre introducía sus manos y le tocaba los genitales, más no dio fechas exactas de ocurrencia de las vejaciones.

Explica la testigo que la menor no tenía comportamientos indebidos, no acordes a su edad, tratando de llamar la atención de los hombres, incluso en cierta ocasión intentó robarle un beso a su expareja de aquella época, en internet subía fotos hasta en ropa interior, habló con la madre de la niña sobre esto, pero la mujer no le prestó atención, por lo que inicialmente no le prestó atención, ni le dio importancia al tema, la madre le informó que ya estaba recibiendo terapia psicológica en colegio. No le dio credibilidad a lo que la niña le estaba relatando en el momento.

Por último, el acusado **JONATAN MARULANDA GARCÍA**, renunció a su derecho a guardar silencio y dio a conocer que previo a estar detenido laboraba en confecciones, y llevando su memoria al día 12 de abril de 2021, recuerda que se encontraba en la casa de su tía LUZ MERY GARCÍA, la cual vive en el segundo piso de su casa. Pernoctó y amaneció en dicha residencia

ya que el día anterior había discutido con su hermano. Su tía le dijo que tenía que dormir con su primo ALEJANDRO GARCÍA ya que en la casa estaba la niña y ella iba a dormir con la menor.

Aquel viernes, continúa relatando el testigo, jugaron “play” con sus primos y vieron una película hasta tarde; ya a eso de las 12:30 p.m. se fue a dormir porque tenía que levantarse temprano para madrugar y entrar a trabajar a las siete de la mañana. Al siguiente la alarma sonó casi a las cinco a.m., descendió del camarote, explicando que en la parte inferior de este dormía su otro primo JUAN PABLO. Escuchó un ruido en la habitación contigua, y al llegar a la estancia encontró a la víctima llorando, le preguntó que sucedía, la pequeña no le contestó y tomó el celular, lo puso en alta voz, llamó a la mamá y le dijo que él la había abusado, escuchando que la progenitora le manifestó a la niña: “No como así, espéreme allá que yo voy a matar a ese HP, entonces yo me asusté y quedé como anonadado, como qué está pasando aquí... ella me dijo, usted sabe qué fue lo que pasó”; por su parte tomó sus cosas y se fue.

Advera que reaccionó tal como viene de describir en razón a que quedó anonadado, fue impactante que la niña lo acusara de algo así, pues nunca ha tratado con la menor, la ha visto algunas veces y ni le dirige la palabra, pues sube a donde su tía saluda y nada más, explicando que se fue del lugar ya que una semana antes en aquella zona habían matado a un señor porque una niña lo señaló de haberla agredido sexualmente. Si ese rumor llegaba a “esa gente”, dice, lo mataban.

Aceptando de otra parte que llamó a la madre de la víctima para que quitaran la denuncia, pues no tenía nada que ver en los hechos de los que lo estaban acusando, y que no visitaba el inmueble de su tía con frecuencia, ni acostumbraba amanecer allí. Precizando así mismo que su horario laboral en un taller de confecciones cerca a su casa en veces era de 07:00 a.m. a 01:00, y en otras ocasiones cuando manejaba una máquina plana, de 05:00 hasta las 06:00 p.m. El día de los hechos en la casa de su tía estaban sus primos.

En cuanto a las características de las habitaciones en la casa de su tía LUZ MERY, señala que no tienen puertas pues es un inmueble muy humilde y quedan una al lado de la otra, se trata de una casa en verdad pequeña.

De otra parte, refiere que VERÓNICA es su prima hermana, no tienen una relación muy unida. Nunca ha hablado con esta sobre la víctima, a quien ha visto unas cuatro ocasiones y no tenían una relación de confianza, ni le dirigía la palabra. Desconoce por qué lo está señalando de estos hechos. No tiene ningún tipo de relación con la menor ni con la madre de esta persona, no tienen motivo para acusarlo de los hechos investigados, reconociendo a su vez que la calenda de los hechos sus primos se encontraban durmiendo en la misma habitación en la que él pernoctó aquel doce de abril de 2021.

Decantado de esta manera lo que toca con las pruebas practicadas en juicio, esencialmente de carácter testimonial, es claro que la primera instancia realizó un ponderado y sistemático análisis del material suasorio, y que su evaluación individual y conjunta arroja certeza sobre la existencia del delito de actos sexuales con menor de 14 años, pues también en criterio de este colegiado el testimonio de la víctima se encuentra refrendado con lo dado a conocer por los demás testigos ofrecidos por la Fiscalía, en cuanto al núcleo esencial de lo realmente ocurrido, guardando análoga relación con lo averado en torno a los aspectos vacilares de este caso, descartándose en definitiva el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Para continuar entonces respondiendo las cuestiones problemáticas planteadas por los inconformes, es menester señalar que de vieja data la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acepta la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación:

“De tiempo atrás la jurisprudencia penal ha admitido la posibilidad de condenar al procesado por una calificación típica distinta a la definida en la acusación, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: “i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 de oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun. 2015, rad. 41685)”, especialmente el de defensa.”⁴

Precisando en el mismo proveído, pero en referencia a la sentencia SP17352-2016, nov. 30, rad. 45589 -reproducida en la SP2390-2017, feb. 22, rad. 43041, entre otras cosas, que:

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 9 de febrero del 2022, Rdo. SP289-2022, 58.102, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

“En síntesis, la inmutabilidad de los supuestos fácticos de la acusación es presupuesto de validez del proceso aun en los eventos en que es permitido variar la calificación jurídica de aquellos, modificación que cuando se produce en la sentencia, además, deberá dirigirse a un delito menos grave y garantizar el derecho a la defensa.”

Y en la misma línea, en decisión del 7 de septiembre del 2022, Rad. SP3217-2022, 51.798, M.P. Hugo Quintero Bernate: “... para condenar por un tipo penal diverso a aquel por el cual se acusó, no basta simplemente con escoger uno que tenga pena inferior, sino que éste debe acoplarse en su estructura objetiva con los hechos formulados por la Fiscalía, respetando siempre el núcleo fáctico del acto de comunicación...”.

Teniendo claro entonces que la inconformidad en este punto esencialmente se formula frente al tercero de los requisitos vistos. Estima la Sala que basta reparar en que desde los albores del proceso y en el apartado fáctico quedó consignado que el acusado tocó con intenciones libidinosas, como mínimo, la vagina de la menor de edad. Específicamente en la acusación se dijo que el inculpado: “... se acostó al lado de ella de la cama, se desnudó, la despojó de su pijama, y la accedió sexualmente, acceso que consistió en tocarla con su mano en la vagina de la niña...”

Conducta así recreada que sin lugar a dudas se enmarca en el de actos sexuales con menor de 14 años del art. 209 del C. Penal, sin que observe esta colegiatura mayor dificultad para que la primera instancia pudiera variar la calificación jurídica de la forma como lo hizo, pues en todo caso se respetó el núcleo fáctico de los hechos que hacen parte de la inicial atribución jurídico-fáctica.

En conclusión, salvo criterio más ilustrado, considera la Sala que la tipicidad novedosa en este caso respetó el núcleo de los hechos enrostrados desde la imputación de cargos a JONATAN MARULANDA GARCÍA, y que, por contera, y contrario a lo que sostiene su apoderado, en ningún momento durante el trámite procedimental se generó un inaceptable sorprendimiento que terminara por arrasar la garantía de defensa efectiva que le asiste al ciudadano llamado a responder en juicio ante la justicia penal.

Máxime cuando durante el interrogatorio varios de los testigos abordaron lo que tiene que ver con los tocamientos. En estricto sentido la propia víctima adujo que su agresor sexual le tocó la vagina y la nalga, y acto seguido pretendía introducirle el hasta viril por el ano, reaccionando esta justo cuando sintió el miembro viril en sus nalgas. En similar dirección la madre de la menor indicó que su hija le informó que el adulto la tocó en sus zonas íntimas, en lo que coinciden con la médica general escuchada en audiencia pública.

Por lo que como se puede colegir sin mayores esfuerzos, ninguna razón existe para alegar válidamente que durante el debate no se tocaron los mencionados aspectos y que en consecuencia estos no pueden ser tenidos en cuenta por la funcionaria para validar la variación de la calificación jurídica, y emitir sentencia por un delito de menor entidad, reconociendo inclusive el apelante que estas hicieron parte de lo que fue tenido en cuenta por el persecutor, solo que el libelista los denomina circunstancias de contexto o complementarias, entendiendo que necesariamente habría tenido que formularse imputación y presentar acusación por un concurso de delitos.

No obstante, a la luz del principio de especificidad el análisis del evento investigado no da lugar a ello, pues si el persecutor entendió que la conducta punible consistía en acceso carnal abusivo con menor de 14 años, bajo dicha interpretación los tocamientos se subsumen en aquel.

Descendiendo en otro de los argumentos utilizados por el libelista, no entiende la Sala de dónde saca el censor que la menor negó los hechos enrostrados al acusado, pues quedó claro que a esta se le escuchó señalar todo lo contrario, esto es, que el procesado la tocó indebidamente. Una cosa es que precise que estos consistieron en tocamientos libidinosos en su vagina y derrier, y otra completamente diferente que niegue cualquier acción vejatoria en su contra de parte del sujeto activo.

Por la misma senda se ocupa la Sala de desestimar lo señalado por el impugnante, para quien en juicio no se mencionó que la menor recibiera asistencia psicológica, sin que se entienda cómo puede pasar por alto que se le escuchó decir a la madre de la niña que tras los hechos en las noches gritaba, se volvió muy miedosa, y recibió tratamiento psicológico, lo que sumado a la presencia del acusado en la residencia donde ocurrieron los

hechos, o que este terminó aceptando que llamó a la madre de la menor tras los eventos escrutados, se erigen en inocultables indicios en su contra.

Es decir, la Sala los conecta con los cambios de comportamiento en la niña a nivel escolar o al interior del núcleo familiar; actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la menor; contactos posteriores entre víctima y victimario, o su familia, y la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, tal como acontece en el sub examine, tras analizar lo dicho por los diferentes testigos, incluidos el propio acusado, quien renunció a su derecho a guardar silencio termina refrendando en muchos de sus apartados y circunstancias lo dado a conocer por la propia víctima y la madre de esta.

De cara entonces a lo que plantea el señor defensor como cuestiones finales en su escrito de apelación, huelga recordarle que en segunda instancia no está permitida la práctica de pruebas, así se revista la solicitud de otro ropaje o nombre, tal como ocurre en este caso cuando el letrado depreca que se solicite a la Fiscalía allegar el informe pericial de clínica forense del 14 de abril de 2021, con miras a que el colegiado pueda “formarse un convencimiento más acertado de la verdad”.

Menos aún resulta de recibo que se critique el número de pruebas solicitadas a instancias de la contraparte, así como la posibilidad que tiene las partes de renunciar a la práctica de alguna prueba, pues es claro que en la actual sistemática los sujetos procesales cuentan con iniciativa y libertad probatoria y, en todo caso, a diferencia de lo que ocurría en la anterior sistemática procedimental penal regulada por la ley 600/00, la Fiscalía no se encuentra en la obligación de recolectar pruebas a favor del acusado.

Concluimos de esta manera que el análisis de la prueba agotado por la juez de primera instancia deviene acertado, no fue fraccionado ni indebido, por lo que también este colegiado puede afirmar que en este caso se cuenta con material directo, indirecto, de corroboración y claros indicios de oportunidad y capacidad en contra del procesado.

En fin, que el material probatorio que conforma la foliatura compromete seriamente al enjuiciado y permite estructurar el juicio de reproche jurídico

penal en su contra, sin que los cargos postulados por los censores resulten suficientes para desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que cimentaron las bases de la sentencia objeto de reproche, pues la misma se soporta en prueba de cargo que emerge en cantidad y calidad suficiente, de forma diáfana, clara y sólida, sin que se allegara al trámite una contundente prueba que demuestre la existencia de un maquiavélico plan, o un motivo oculto, para perjudicar al acusado. Menos se demostró la existencia de duda razonable que deba resolverse a favor del procesado mediante un fallo absolutorio.

Corolario de lo anterior y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala, lo cual es aceptado además por la jurisprudencia, en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insubstanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad.

Apoyados entonces en la jurisprudencia puede decirse que cuando los indicios convergen en un resultado altamente probable la conclusión final a la que se arriba una vez analizado en conjunto el plexo probatorio debatido en juicio, queda por fuera del ámbito de influencia de la duda razonable dada la gran concordancia de los hechos que los conforman, y ello es lo que ocurre en el caso presente.

En términos generales los argumentos de los apelantes no tienen el vacilar efecto pretendido de derruir la contundente incriminación en contra sujeto activo, o modificar el fallo por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, encontrando por otra parte la Sala que los testimonios escuchados a instancias de la defensa persiguen infructuosamente sacar al acusado y a la víctima del escenario de los eventos escrutados, dejando en evidencia su parcialización e interés en favorecer al inculpado.

De manera que la tía del inculpado trata de sembrar dudas en cuanto a la habitual presencia de la niña en la residencia, indicando que solo visitaba la casa en vacaciones, y que su primo al que conoce desde pequeño no acostumbraba ir a la casa.

Por otra parte, de manera contradictoria, trata de desviar la atención para centrarla en el padre de la menor, quien según esta la niña le confió que la tocaba indebidamente y así se lo dijo en una carta que convenientemente no guardó pese a que en esta le confesaba hechos tan graves, los cuales denunció, y de otro lado, descalifica a la niña por ciertos comportamientos y porque trataba de llamar la atención de los hombres.

Es decir, es evidente que habla mal de la víctima tratando de cernir un manto de duda sobre los contundentes señalamientos en contra del aquí sub iudice, sin reparar en que no resulta lógico que no denunciara hechos tan graves presuntamente dados a conocer por quien, además, tan poco protegió, ni conservara la carta en la que le develó lo ocurrido, mientras que la madre de la niña en punto de la develación de los hechos coincide con lo dada a conocer por la menor en juicio, otro aspecto más que suma en razones para tener su testimonio como creíble y revestido de coherencia externa.

Así las cosas, la Sala encuentra que el ejercicio analítico de la a quo es coherente y bien fundamentado, no se observa errático, en tanto se demostró más allá de toda duda -superando de esta forma el estándar legal fijado en el artículo 7°, 380 y 381 de la ley 906/04 por el legislador para emitir fallo de condena- la materialización del delito de actos sexuales con menor de 14 años y la responsabilidad que le asiste al procesado en los mismos.

Sin necesidad entonces de mayores elucubraciones, la Sala confirmará en su integridad el fallo apelado.

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida en el caso del rubro por el delito de actos sexuales con menor de 14 años en contra de **JONATAN MARULANDA GARCÍA**, acorde a lo analizado en el acápite de las consideraciones.

Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual podrá interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

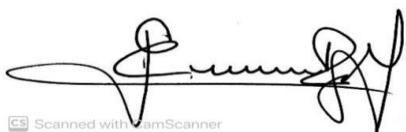
Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁵,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁵ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas".