



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Acusatorio ordinario: 2020-00967

Aprobado mediante acta 144

Medellín, octubre (18) de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia del pasado 23 de marzo, mediante la cual la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí resolvió en su numeral primero:

Condenar a David Augusto Hurtado Suaza, identificado con la cédula de ciudadanía 10.287.472 de Manizales, Caldas y demás condiciones personales conocidas en esta sentencia, a la pena de diecinueve (19) años de prisión, por hallarlo penalmente responsable en calidad de autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años, demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad y uso de menores de edad la comisión de delitos, todos en concurso homogéneo, -excepto el ultimo-, descritos y sancionados en la ley 599 de 2000 artículos 208, 209, inciso 02° numeral 04° del artículo 217A y

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

188D, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en la parte motiva.

Además, en su numeral tercero decidió absolverlo del cargo de "*pornografía con personas menores de 18 años*", descrito y sancionado en la Ley 599 de 2000 artículo 218.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

La acusación formulada en audiencia del 24 de septiembre de 2020 se contrajo a que desde el 20 de diciembre de 2019 hasta el 19 de enero de 2020 en su residencia ubicada en la vereda la Gómez, David Augusto Hurtado Suaza realizó con V.U.B., cuando tenía 12 años (nacida el 4 de febrero de 2007) las siguientes prácticas sexuales: "*usted hacía que Valeria le chupara el pene, le acariciaba el ano a ella y la vagina, usted la penetraba con su pene por la vagina e intentó hacerlo por el ano, le hacía videos pornográficos y hacía que ella viera y grabara en video las relaciones sexuales que usted tenía con otra menor en esos momentos*". Agregó que se valió de la menor A.D.T.R. quien reclutaba menores, las convencía de que se sometieran a prácticas sexuales a cambio de regalarles celulares y dinero por sumas entre 200 y 450 mil pesos.

Tipificó los hechos como un "*concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo*" de "*varios delitos de accesos*

carнаles abusivos con menor de catorce años” (art. 208 C.P.), “varios delitos de actos sexuales con menor de catorce años” (art- 209 C.P.), “varios delitos de pornografía con menores de dieciocho años” (art. 218 C.P.), “varios delitos de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de dieciocho años agravado” (art. 217 C.P, causal 4) y “uso de menores de edad en la comisión de delitos” (art. 188D C.P.).

Practicado el juicio en las sesiones de los años 2020 (9 de diciembre), 2021 (22 de enero, 10 de febrero, 7 de septiembre y 8 de noviembre) y 2022 (23 de marzo), la estructura de la decisión sancionatoria que evaluaremos descansó sobre los siguientes segmentos:

Inicialmente consideró que pese a que los delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad y uso de menores de edad la comisión de delitos no fueron objeto de imputación, pues este acto sólo aludió a los concursos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años y pornografía con personas menores de 18 años de edad, no se afectó el principio de congruencia pues la premisa fáctica se conservó, la calificación jurídica es provisional y no se lesionó el derecho de defensa y el debido proceso.

A continuación, teniendo en cuenta las estipulaciones sobre la edad de la víctima y la identidad del acusado, fundó el juicio de responsabilidad por los delitos referidos (salvo pornografía con personas menores de 18 años de edad, como

ya dijimos) en la credibilidad que le concedió al testimonio de la menor V.U.B. porque "*fue coherente, consistente, claro, enfático, reiterativo, natural, y espontáneo*" y fue corroborado por la médica legista Catalina Sofía Vallejo Aristizábal y la psicóloga Daniela Arango Aguirre y con los testimonios de sus familiares Luz Francy Henao Sabas (casada con el primo de ella), María Orfa Betancur Montoya (abuela) y Alexandra Patricia Uribe Betancur (tía), y se demostró que hubo indicios de oportunidad, espacio y tiempo para que David Augusto los cometiera valiéndose de una menor de edad.

Y en la otra orilla descartó como prueba de inocencia a A.D.T.R, quien negó que los hechos narrados por la víctima hubieran ocurrido, así como los otros testigos que fueron presentados: Adriana María Restrepo Gómez (madre de esta), Anyeli Gutiérrez Restrepo y Guillermo León González Galeano (hermanos de la testigo), Diana Patricia Hurtado Suaza (hermana del acusado) y Erin Andrea Ochoa Gil (investigadora).

En cuanto a las penas y graficando los cuartos de cada uno de los injustos, se ubicó en el primero de ellos por ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, concluyó que el delito más grave es el de "*demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad*" y fijó el mínimo legal en 18,66 años y por los otros hizo un incremento de dos (02) meses para una pena definitiva a imponer de diecinueve (19) años de prisión, determinando la inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena privativa de la libertad.

Por último, negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no reunirse los requisitos objetivos previstos para cada uno y por la prohibición legal que se cierne para "*delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*". Decretó, por tanto, que "*Purgará la pena en el establecimiento penitenciario que le designe el Inpec y se tendrá como parte cumplida, el tiempo que estuvo privado de la libertad por este asunto*".

2. La apelación.

Reclamó el defensor la absolución con base en los principios del *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, destacándose de su exposición, los siguientes planteamientos:

Defendió el testimonio de A.D.T.R. y descalificó el de V.U.B., a la que consideró como "imprecisa" y "tendenciosa".

De la primera indicó que era su *testigo estrella*, no era "común" para la Fiscalía y fue "clara", "transparente", "sin ánimo de favorecer o perjudicar a nadie", "precisa", "elocuente", "concomitante" y "congrua" y quien desmintió todos los hechos narrados por la presunta víctima, reproduciendo de su testimonio varios apartes que estima de refutación. Concluyó que son contradictorios y tendrá "*la Sala*

entonces determinar a quien se le cree” y mínimo generan dudas insalvables.

Asimismo, defendió las declaraciones de Diana Patricia Hurtado Suaza y de los familiares de Alejandra Dayana, Adriana María Restrepo Gómez, Anyeli Gutiérrez Restrepo, y Guillermo León González Galeano, cada uno en particularidades que retomaremos más adelante y que en general planteaban la imposibilidad de que los sucesos hubieran ocurrido el 24 y 31 de diciembre o que en cierta forma corroboran a Dayana, y asimismo destacó a la investigadora Erin Andrea Ochoa Gil, quien halló motos en la casa de esta menor usado como parqueadero.

Estimó que se dictó la sentencia condenatoria con base en pruebas de referencia, no hubo corroboración periférica y no se aportaron las supuestas grabaciones, fotos, el celular suministrado no apareció, como tampoco el dinero, la moto, y no declararon las jóvenes “Shariff” y “Briggite”, supuestamente reclutadas por Alejandra Dayana y de las que esta informó que ni las conocía, lo que impide configurar el delito de uso de menores. Aclaró que no se pronunciaría sobre los demás testimonios de la fiscalía porque todos eran de referencia.

Censuró, además, el informe de clínica forense, que al explicar la médica que ante himen dilatado “era posible” que la penetración no dejara huellas, sostuvo, por el contrario que el himen elástico o complaciente también puede ser

desflorado, con mayor razón cuando V.U.B. indicó que había sangrado. La duda es clara: ni se descartan ni se afirman las penetraciones.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Del panorama descrito, son dos los problemas jurídicos que se abordarán: el primero la validez procesal de los dos injustos agregados en la acusación sin haber sido imputados, estudio que la Sala oficiosamente efectuará; el segundo, obviamente considerando lo antes resuelto, se valorará la responsabilidad penal del acusado, cuestionada por la defensa, instante en el que dentro de las conclusiones que se avizoran, se introducirá una modificación también oficiosa a la adecuación típica, y tercero, se procederá a reelaborar la tasación de las penas a imponer, según los cambios que se harán.

1. Violación al principio de congruencia.

Orienta nuestra atención el deber que nos compete de garantizar en esta instancia la vigencia del principio de legalidad definido en los siguientes términos en los dos primeros incisos del artículo 29 de la Constitución Política:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativa.

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

La Sala Penal de la Corte ha sostenido que la limitación que el apelante impone a nuestra competencia no es un proceder absoluto, por ejemplo, en la sentencia del 27 de abril del presente año (SP1343-2022-Rad° 52330), discurrió así:

“...pues, con independencia de si la parte inconforme no lo alega o, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, es advertido por la parte no recurrente, surge como alternativa para el funcionario que aborda el estudio de la alzada, restablecer las garantías y derechos fundamentales infringidos a los sujetos procesales en el amplio espectro de la actuación procesal, lo que, de suyo, supera la aplicación del principio de justicia material por el que se inclinó el Tribunal”.

Preocupa para comenzar la constatación de que en la audiencia de imputación del 29 de mayo de 2020 los delitos expresamente atribuidos por el fiscal 125 seccional fueron el *concurso homogéneo y heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años y pornografía con personas menores de 18 años*. Empero, en la acusación del 24 de septiembre de 2020 el fiscal 234 seccional agregó la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años “*en la menor Valeria Betancur*” y el uso de menores de edad para la comisión de delitos “*consistente en la inducción, utilización e*

instrumentalización de la menor Alejandra Dayana Tangarife Restrepo en la comisión de todos los anteriores delitos”.

La Juez también abordó este problema, pero no halló ninguna afectación a la legalidad de la actuación en tanto que la calificación jurídica es provisional y la premisa fáctica se mantuvo. Expuso que:

En la audiencia de formulación de imputación realizada el 29 de mayo de 2020, el Fiscal le comunicó al Implicado de manera suficiente el componente factico y, respecto a la calificación jurídica le informó que sería por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo; actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y pornografía con personas menores de 18 años en concurso homogéneo (artículos 208, 209 y 218 del código penal), dicha premisa fáctica, como se pude constatar en el transcurrir del proceso penal se ha mantenido incólume, invariable; no ocurrió lo mismo con la calificación jurídica que es provisional, en tanto, en la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía añadió los delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, en concurso homogéneo y uso de menores de edad la comisión de delitos (artículos 217 parágrafo numeral 04 y 188D del código penal), actuación que respetó en todo el debido proceso y el derecho de defensa.

La Sala no comparte su apreciación.

Para ubicar correctamente lo ocurrido, no estamos en presencia de un cambio en la calificación jurídica de los hechos que fueron imputados y se conservan, sino de unos nuevos delitos, lo que imponía, acorde con el debido proceso, principio de congruencia y derecho de defensa la realización previa de su imputación, o si esta ya se hizo, la adición como acto procesal previo a la acusación.

Desarrollado el capítulo “Cambios desfavorables al procesado”, la Sala de Casación Penal de la Corte en la sentencia del 5 de junio de 2019 (SP2042-2019 Radicación nº 51007), en el aparte concreto que deseamos destacar, indicó:

No sobra advertir que se trata de un evento diferente al cambio de calificación jurídica de los hechos incluidos en la imputación. Este tipo de cambios es relevante cuando, en la acusación, la Fiscalía se refiere *por primera vez* a hechos que, individualmente considerados, pueden subsumirse en un determinado tipo penal.

(...)

Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por “*sobreentendido*” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría *inferirse* de los hechos –lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos,

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos facticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como "*detalles*", en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves –Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que ello debe hacerse a través de la adición a la imputación; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las

Se trató, entonces, de una novedad jurídica y el planteamiento de que la premisa fáctica se conservó, la Sala también la estima incorrecta. Nótese que las tipicidades de los delitos de "*uso de menores de edad la comisión de delitos*" (artículo 188 D del Código Penal, adicionado mediante el artículo 7 de la ley 1453 de 2011) y "*demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad*" (artículo 217 A, adicionado por el artículo 3 de la ley 1329 de 2009) son bastantes complejas si se tiene en cuenta el número de alternativas típicas y numerosos verbos rectores que se desprenden de sus definiciones.

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

La primera tiene la siguiente descripción: *“El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años”,* y la segunda de esta forma: *“El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años”.*

En la formulación de imputación, siguiendo una indebida práctica de los fiscales¹, el delegado resumió el contenido de dos exposiciones, la de la tía Alejandra Patricia Uribe Betancur y la de la menor víctima, y la primera, minuto 20:15, hizo referencia a la participación de otros menores de edad, Shariff y Adriana convocadas por Dayana a acudir a la casa de su tío a desarrollar actividades sexuales remuneradas, que sería el enunciado que se aproximaría a las tipicidades en mención. No se hizo ninguna afirmación acerca de que de este hecho o, ni siquiera de otros, el acusado realizó una secuencia fáctica que permite la deducción de ambos delitos. No se

¹ En armonía con lo anterior, ha hecho énfasis en las diferencias entre: (i) **hechos jurídicamente relevantes** -los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal-; (ii) **hechos indicadores** -los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes-; y (iii) **medios de prueba** -los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores- (*CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras*). Sobre esta base, ha resaltado que el artículo 288 establece que en la en la audiencia de imputación solo se puede hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes.

sostuvo, como ya se agregó en la acusación, que *la menor Valeria Betancur* fue objeto de explotación sexual o que *Alejandra Dayana Tangarife Restrepo* fue inducida, utilizada o instrumentalizada "en la comisión de todos los anteriores delitos".

Es que es diferente una narración de hechos con base en el resumen de medios de conocimiento, al acto concreto y específico de adjudicar tal o cual acontecimiento. Para llegar a una conclusión de esta naturaleza tendríamos que seleccionar como jueces la interpretación que más se acomode por sobreentendida, y sin duda ampliar los sucesos relevantes vertidos para una adecuada adaptación. Todo en extremo irregular.

De estos dos delitos, demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años y uso de menores de edad en la comisión de delitos, se declarará la nulidad desde la audiencia de formulación de acusación (incluida) y como consecuencia se rechazará el acto de parte presentado en el escrito de acusación. Lo anterior, sin perjuicio que en un nuevo juzgamiento y ante la condición del defensor como apelante único, se considere la vigencia del principio de prohibición de reforma peyorativa.

2. De la pretensión de absolución.

El análisis se concentrará a continuación respecto a los dos delitos que subsisten: concurso de delitos de acceso carnal

abusivo con menor de catorce años (art. 208 C.P.) y actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 C.P.), cuya declaración de responsabilidad se sustentó principalmente en la credibilidad que se le concedió al testimonio rendido en el juicio por V.U.B., y cuya narración fue reiterada a familiares y profesionales, y que la defensa pretende su refutación con el testimonio de A.D.T.R., quien negó que los hechos narrados por la víctima hubieran ocurrido, secundada por familiares y una investigadora.

2.1. Para una adecuada ilación de nuestro análisis, procederemos a verificar el tenor del testimonio de V.U.B., para luego confrontar la persuasión concedida por la Juez, con los argumentos del apelante y otras razones adicionales que la Sala introducirá.

En su testimonio del 8 de diciembre, contando con 13 años, narró tres escenarios fácticos relevantes:

Primero, que conoció a David Augusto por intermedio de su amiga de la infancia Dayana, quien lo trataba y se mantenía en su casa; empezaron a tener contacto y esta le indicó que tenía que hacer cosas con él para que le diera plata, que moto, celular, pagos de deudas. Además, compartían vecindad en los Gómez y cierta distante consanguinidad.

Segundo, con este antecedente tuvo cinco relaciones sexuales con el acusado. Inicialmente detalló que llegó a la residencia de este junto a su amiga y les dijo que se

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

desnudaran, tuvieran relaciones entre los dos, le puso a succionarle el pene y se lo introdujo en su vagina. Luego, de nuevo hubo previa *chupada del pene* y penetración previa, y las otras tres ocasiones las resumió indicando que hicieron lo mismo, negándose, eso sí, a que fuera accedida por vía anal.

Evocó que ocurrieron el 23 y 24 de diciembre y 20 de enero, las otras no las recuerda y por la primera recibió 250 mil pesos y las otras le daba 70, 50, 20, 60, "me daba así", para un total de 500 o 550 mil. Afirmó que le quitó la virginidad por el ofrecimiento de un iPhone, pero que nunca se lo dio.

Y tercero, que, a raíz de haber comprado una torta para una prima a raíz de su cumpleaños, fue indagada por sus familiares cercanos acerca de la procedencia del dinero, conociéndose que no tenía ningún ingreso. Que le contó a su primo lo que estaba haciendo con David, a su esposa, tía y abuela. Hubo varios efectos: i) la relación de amistad con Dayana terminó y que con Sahrid Pulgarín Araque la iban a *cascar*, de quien se enteró de oídas que también hacía cosas con el acusado y entendió que su molestia se presentó porque David le suministraba para *la lonchera y para todo*. Y ii) que David Augusto le empezó a *decir cosas*, la amenazó para que no contara, *que no debería estar en este mundo sino muerta*, y le mandó un celular Samsung G7 Prime con Dayana para que no fuera hablar, objeto que finalmente lo entregó su tía a la Fiscalía.

El análisis de este testimonio no se reduce a su confrontación con A.D.T.R., porque, según se alegó, los demás presentados por la Fiscalía son de referencia y, en consecuencia *"la Sala entonces determinará a quien se le cree"* y que mínimo generan dudas insalvables. Es una indebida reducción del problema de valoración probatoria que es, con evidencia, de mayor complejidad.

El proceso de rememoración, sus circunstancias de tiempo y modo y la personalidad del testigo, variables, entre otras, exigidas según el artículo 404 del CPP, deben ser estudiadas en conjunto con las demás pruebas, según lo demanda el artículo 380 del mismo código, a efecto de examinar su verosimilitud, coherencias internas y externas e idoneidad física y moral. Su contrastación con las demás declaraciones es un ineludible paso en materia de valoración probatoria.

En nuestro caso, resulta relevante examinar lo ocurrido antes y después de los sucesos.

En cuanto a lo primero, los hechos fueron anteceditos por unas relaciones de vecindario y amistad tranquilas y pacíficas. No hubo ningún incidente entre la víctima y el acusado o inclusive con Dayana (con quien se conocía desde pequeña), o sus familias, que permitiera inferir enemistad, odio, cualquier pasión que originara un interés de retaliación o daño, o también de provecho económico o moral, como el que se provocaría con una denuncia o testimonio espurio. Es una variable que el apelante no encara, y que es de máxima

importancia pues los actos de los seres humanos en tanto que racionales, son motivados. Si no hubo una razón para faltar a la verdad, la verosimilitud del enunciado apunta a acreditar que la narración se fundó en la realidad de lo ocurrido.

El proceso penal para una niña víctima de un delito sexual constituye una dura y agresiva carga para su vida al tener que presentar su cuerpo y sus órganos sexuales para que sean escudriñados y evocar y narrar la historia de la violencia padecida una y otra vez; hay un sacrificio de su intimidad, honra, tranquilidad, ante la exposición judicial y probatoria que surge en estos casos. No es una experiencia ordinaria, normal o deseable, someterse a una investigación y proceso penal y recibir, como aquí ocurrió por la prueba de la defensa, el tratamiento de trastornada mental, pérfida delinciente, casquivana o mentirosa, sino es porque corresponde a la verdad de lo vivido y entiende, en sus términos, su ingreso a un sistema de formas que desconoce, que hace realidad un concepto de justicia.

Y respecto a lo segundo, después de los hechos, dos aspectos sobresalen.

Inicialmente se advierte verosimilitud y espontaneidad en la revelación del suceso a sus familiares, con un detonador vinculado a la íntima cotidianidad familiar, como fue el descubrimiento de la tenencia inusitada de dinero de la menor. No está atado a ningún otro suceso. Luz Francy Henao Sanas, María Orfa Betancur Montoya y Alexandra Patricia

Uribe Escobar fueron observadoras directas de la revelación, que admitió en medio de llantos y concatenación en las comunicaciones verbales, hasta la denuncia colocada por esta última.

La defensa despreció esta perspectiva de análisis, pues englobó a todos como de referencia inadmisibles "*De los demás testigos de la fiscalía no haremos pronunciamiento, creemos que fueron todos testigos de referencia*". Es cierto que no observaron las relaciones sexuales, entregas de dineros, amenazas, o cualquier conducta del acusado, pero sí percibieron con sus cinco sentidos el proceso de revelación, que en estos casos adquiere una superior importancia.

A continuación, es relevante también el estudio de la conducta posterior de la víctima.

Daniela Naranjo Aguirre, psicóloga y especialista en neurosopedagogía, con experiencia en 3 años y quien labora como terapeuta infantil en el área clínica en general del abuso sexual, expuso acerca de su contacto con V.U.B., destacándose los siguientes segmentos: i) que fue remitida por un defensor de familia por un presunto abuso sexual y en la anamnesis escuchó el relato acerca de las relaciones sexuales remuneradas que había consentido; ii) que por esta información, la atendió en cinco sesiones presenciales denotando un trauma de afectación leve, que le percibió tristeza, pena, y sentimiento de culpa por haberse "*dispuesto a ese tipo de actos y haber recibido dinero*", aislamiento,

demostración de tristeza y llanto por presuntas amenazas que recibió y iii) se le dio un procedimiento de intervención y sicoterapia, observando la disminución de síntomas.

Estas observaciones, reuniones y diálogos especializados y directos que tuvo con la menor, no son de referencia inadmisibles y advertimos, que este contacto posterior con la psicóloga tiene absoluta coherencia con los episodios de abuso sexual. No apuntan a la autoría del acusado, pues el conocimiento de este es de referencia, pero sí corrobora los efectos que padeció.

A propósito, en cuanto al testimonio de la médica legista Catalina Sofía Vallejo Aristizábal, quien en su intervención halló himen anular, íntegro, elástico y el ano sin lesiones. Puede ser posible que eventos de la medicina indiquen que aun en el supuesto de himen elástico puede haber desfloración u otros rastros, como propone la defensa, tópico especulativo, tipo doctrina e irrelevante para este caso. Simplemente de esta observación especializada no se descarta la penetración.

Este cuadro probatorio genera credibilidad en su máxima expresión. La menor carece de interés en faltar a la verdad y se encuentra corroborado por su conducta posterior y ratificación del suceso una y otra vez, no solo ante su círculo familiar sino ante diversos profesionales (psicóloga y médica legista) que escucharon su relato hasta el juicio.

2.2. Si la prueba referida se nos presenta sólida por los motivos expuestos, a continuación, se aprecia que fue correcto el análisis de la Juez para negarle credibilidad a los testimonios de la defensa, que es diferente a que no los tuvo en cuenta, como criticó indebidamente el apelante.

El punto de partida para su estudio fue expuesto con claridad por la Juez y que no fue refutado por el apelante, omisión contraria al deber de sustentar su inconformidad. Tratándose de una menor víctima de un conjunto de abusos sexuales cometido por un adulto masculino, la perspectiva de género debe introducirse en el análisis probatorio. Por ello declaró *"En consecuencia, apropiado resulta en este contexto resaltar, como se dijo en párrafos anteriores, que la víctima VUB presenta condiciones que vulnerabilidad, por ser mujer y menor de edad, rasgos que no pueden pasar desapercibidos, lo que amerita desde ahora un miramiento de la valoración de la prueba desde una concepción integradora en virtud de los principios de igualdad y no discriminación"*.

La Juez acierta en el enfoque de género que le imprimió a su análisis y que es obligatorio realizarlo, al punto que, explicaba la Sala Penal de la Corte en la sentencia del 1 de julio de 2020 (SP 2136-2020-Rad. No. 52897), ciertamente con mayor extensión en su fundamentación que: *"Se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el fallador, estando obligado a hacerlo (por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer), no valora la prueba con enfoque de género, el cual, en el ámbito de la ponderación y razonamiento probatorios,*

se traduce en la obligación de examinar los elementos de juicio – y particularmente, el testimonio de la víctima – «eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas»².

Y más adelante, respecto al análisis probatorio en materia penal, indicó:

En suma, pues, la Sala reitera que el enfoque de género en casos de violencia sexual y de género obliga al fallador a valorar la prueba *«eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas»*. Puesto en otros términos,

«La incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial no asegura una decisión a favor de las mujeres pero obliga a los jueces a considerar las manifestaciones de la desigualdad entre hombres y mujeres -o las especiales características y circunstancias de los delitos sexuales al momento de justificar su decisión. La perspectiva de género en el razonamiento judicial trae como consecuencia la exigencia de deliberación práctica en los casos de delitos sexuales – aunque las normas que tipifican delitos sean reglas–, la misma que no tendría por objeto derrotar las reglas sino garantizar que la resolución de dichos casos sea valorativamente coherente con los principios constitucionales. El enfoque de género, como

² RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. En *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (n. 1), 2020, ps. 201 – 246.

exigencia metodológica, contribuye, como se ha afirmado, a que las decisiones que toma el operador judicial estén mejor fundamentadas y sean más justas; es decir, respetuosas de los derechos que la Constitución reconoce a las mujeres»³.

Es que los estereotipos, incluidos los asociados al género, «son elementos cognitivos irracionales»⁴ que «poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas» (por ejemplo, las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres), o bien, pretenden «imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado» (verbigracia, las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación)⁵.

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en

³ VILLANUEVA, Rocío. “Delitos contra la libertad sexual y valoración de la prueba: la importancia de un acuerdo plenario para combatir la impunidad”. Citado en *Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual. Guía de Orientación. El acuerdo plenario No. 1-2011/cj-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, p. 23.

⁴ POYATOS I MATAS, Gloria. “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”. En *Revista de Género e Igualdad* (n. 21) 2019.

⁵ ARENA, Federico José. “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”. En *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (n. 1) 2020, ps. 247 – 258.

ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

¿A cuáles estereotipos nos estamos refiriendo para este caso en concreto? En la sentencia penal aludida se trajo a colación las sentencias de la Corte Constitucional T-634 de 2013 y T-878 de 2014, en las que se destacaron los siguientes:

A continuación se expondrá una categorización que la doctrina ha adoptado sobre las actitudes registradas por parte de agentes del sistema de justicia penal frente a las denuncias de violencia doméstica y de género. La categoría de “mujer honesta” se refiere a los atributos con los que debe contar una mujer para ser merecedora de la tutela judicial. Por ende, bajo este prejuicio los funcionarios indagan sobre la vida pasada de la denunciante, a pesar de que ello no tenga relevancia en el juicio. Tal concepto se opone a los de:

- “La mujer mendaz”, que hace referencia al estereotipo según el cual “las mujeres no saben lo que quieren” o “cuando las mujeres dicen ‘no’, en realidad quieren decir ‘sí’”, que se utilizan para construir la sospecha de que las mujeres mienten cuando denuncian un abuso sexual. En estos casos, los Tribunales buscan exhaustivamente en los testimonios dados por la denunciante elementos que lleven a corroborar el engaño. En esa línea, el relato de la mujer no tiene valor frente a la ausencia de consentimiento y deben existir elementos externos que lleven al convencimiento de su dicho (por ejemplo, marcas de resistencia en el imputado, testigos, signos de que ella ejerció resistencia).

- “La mujer instrumental”, que se deriva del estereotipo según el cual las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como

medio para obtener algún fin, "la exclusión del marido del hogar", "posicionarse en un juicio de divorcio", para "perjudicar", "vengarse", o bien para "explicar una situación". Esta situación las ubica en plano de desigualdad respecto del hombre quien cuenta con el límite del derecho penal como ultima ratio a su favor. Ello implica que la mujer también tenga que probar absolutamente su versión.

- "La mujer co-responsable", se relaciona con la doctrina de la intimidad, de acuerdo a la cual a la justicia penal no le corresponden inmiscuirse en asuntos de pareja. Así, la violencia es una manifestación de una relación disfuncional y no de una historia de discriminación estructural, por lo que a la demandante le corresponde parte de la culpa de las lesiones recibidas.

- "La mujer fabuladora", se vincula con el estereotipo la mujer "fantaseadora", indicando que la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos. Generalmente, este prejuicio parte las nociones de locura e irracionalidad que se atribuyen frecuentemente a las mujeres, en oposición a la racionalidad que suele asignársele al hombre»⁶.

En nuestro caso, como veremos a continuación, los testigos de la defensa posicionan al acusado como un hombre recto, trabajador, serio, callado y víctima, y a V.U.B. como una trastornada mental, obsesiva con la obtención de celulares, singular extorsionista que amenazó a un par de varones con la obtención del adminículo referido y si no los hundía, acosadora, perseguidora de los mismos, mentirosa y problemática. En estos estereotipos negativos (mendaz,

⁶ Sentencia T – 878 de 2014.

instrumentalizadora, corresponsable y fabuladora), se pusieron de acuerdo los testigos de la defensa.

2.2.1. Inicialmente respecto al testimonio de la menor A.D.T.R., en cuanto a una de las aristas de la apelación, escuchada su declaración del 10 de febrero de 2021 se equivoca la defensa al plantear que no era "un testigo común": *"Valga la aclaración señores magistrados, la adolescente ALEJANDRA DAYANA no era un testigo en común como lo hace ver la A quo"*, como quiso refutar a la Juez. El argumento es errado y extraño, o inentendible. Observamos que en esta sesión fue interrogada por la fiscal vía cuestionario y luego, a partir del minuto 43, por la defensa, inclusive afirmaba el profesional que "era propia y común". Era procesalmente común para ambos y otra cosa diferente es la utilidad que podría tener para sus teorías del caso, según interpretamos.

En todo caso, es evidente que se trata de una testigo manifiestamente interesada en favorecer al acusado y defenderse ella misma, agregamos. y que no trasmite persuasión, como acertadamente lo infirió la Juez. Hacía parte de un librero colectivo y familiar y fue aleccionada, como se advierte de su declaración en la hora 1:29:49 cuando, supuestamente se le descargó el celular a la joven, y se escuchó con claridad que alguien le decía en la habitación: *"Alejandra usted tiene que decir que ella fue a su casa..."*, lo que, luego de una suspensión por varios minutos, provocó una constancia oportuna de la fiscal más adelante

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

(hora 1:46:00) y que la Juez también confirmó que lo había escuchado, y que sería tenido en cuenta al momento de la apreciación de su testimonio.

Vemos los siguientes niveles de análisis:

Primero, su propósito era atacar a V.U.B y pese a que dijo que desde que empezó el problema la relación terminó y que fue una amiga cercana, lanzó los siguientes descalificativos: mentirosa, chismosa, que en el barrio metía en problemas a todo el mundo (por ejemplo, porque estaba diciendo que su primo la había embarazado, dice que es novia de todo el mundo y que había demandado a su padrino), inclusive su mamá le prohibía la amistad y la echaba de su casa.

Fue más allá de esta suerte de improperios, y que en iguales términos traerán sus familiares.

Opinó inicialmente que la incriminación fue porque le pedía cosas a David y este no se los daba, y luego pulió este hecho y agregó que era más bien por un iPhone y *"que iba a hacer lo imposible"* por *hundirlo si no se lo daba*. Que le consta porque su mamá estaba cuando ella le dijo, aunque esta testigo no lo corroboró. Todo lo cual demuestra las fisuras esenciales de esta presentación ya que introduce un agregado principal para pretender persuadir falsamente acerca de la razón para incriminar y perjudicar que le asistía a la testigo.

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

Segundo, el acusado ostentaba una relación de familiaridad como tío de su padre, en la que desde el 2019 se integró a la cotidianidad de las relaciones, lo presentó a algunos de sus familiares y, como lo resaltó la testigo de la defensa, Anyelly Gutiérrez Restrepo, también destacado por la Juez, los visitaba y departía con ellos. Además, declaró que les ayudaba económicamente porque su mamá estaba desempleada, detallando que esto ocurrió en la mitad del 2020; nótese luego de la denuncia penal.

Familiar, amigo y proveedor económico.

Tercero, había razones para que no asumiera la condición de víctima porque al tenor de la declaración de V.U.B., no solo obtenía réditos económicos para ella, sino que, además, algún grado de ilicitud ostentaba su intermediación y por tanto es verosímil que pretendiera propiamente defenderse.

Los demás testigos no son tampoco creíbles y no son idóneos para refutar la incriminación antes descrita. No fueron observadores de los hechos, pero sí se pusieron de acuerdo en desacreditar a la testigo de todas las formas posibles desde lo moral y mental, y posicionar al acusado con una superior moralidad, y con unos enunciados preparados: que Dayana no salía de su casa, y David Augusto siempre estaba trabajando y nunca permanecía en su residencia, esto es, no había forma que hubiera cometido los delitos.

Veamos el análisis efectuado por la Juez y los planteamientos de la defensa.

2.2.2. Su madre Adriana María Restrepo Gómez fue también correctamente excluida en la persuasión, exponiendo la Juez:

(i) refirió que los hechos le constaban porque para el año 2020, precisamente en pandemia, estuvo durante nueve (09) meses en su residencia de manera continua; no obstante, los hechos, acontecieron en diciembre de 2019 y enero de 2020, cuando aún no se había decretado la emergencia sanitaria; (ii) Afirmó que Alejandra Dayana nunca salía de la casa, detallando solamente que le permitió salir el 24 y 31 de diciembre de 2019 con el novio llamado "Estrada" desde las 15:00 horas hasta las 5:00 horas del día siguiente; que estuvo en la casa de este; no obstante, en la vista reservada Alejandra Dayana, manifestó que salía habitualmente acompañada de sus amigas, familiares y novio, precisando que, el 24 y 31 de diciembre de 2019 estuvo con el novio desde las 18:00 horas hasta las 2:00 horas del día siguientes, compartiendo inclusive con amigos por los lados del puente ubicado en el sector; (iii) Afirmó que Alejandra Dayana acudió a la residencia de David Augusto en una ocasión para llevarle un almuerzo, empero, su hija en el juicio oral dijo que estuvo en la casa del Acusado en dos ocasiones y acompañada por esta progenitora, lo que suma se aprecia como incierto; (iv) si bien, fue una tendiente que los testigos de la defensa, incluso esta declarante, calificaran a la víctima como de "mentirosa" no pudo detallar ni una sola razón de peso como para advertir la presunta tendencia a mentir de VUB, por lo que acudió a reflexiones sin profundidad y, (v) la manifestante no pudo detallar las razones del presunto problema por el cual le prohibió la amistad a su hija Alejandra Dayana con VUB, pero sí expuso con

suficiente claridad y firmeza que, en una ocasión la menor VUB le informó que asistió a la casa de David Augusto en compañía de su hija.

El apelante no encaró todas las anteriores razones y desatendió su deber de sustentar que significa abordar necesariamente las explicaciones del Juez y proceder, si es del caso, a su reproche.

Su interés parcializado se evidencia en i) defender a su hija y al acusado y ii) atacar a la víctima. No en vano refirió que *“yo me ofrecí a ser testigo de David”*, ya que *“Valeria la involucró en todos estos problemas”* y *“porque lo que está pasando es mentiras”*⁷. Lo que no recordó era que les ayudaba económicamente.

En lo primero declaró que su hija Dayana y ella estuvieron en su casa por la pandemia del 2019, que nueve meses, lo que revela una radical mentira pues para esa época todavía no se había decretado el encerramiento general, ensayando la defensa el rechazable argumento que sí había pandemia, solo que no los habían *“acuartelado”*. En todo caso agregó que sí salió para el 24 de diciembre con el novio (Estrada) a las 3:30 de la tarde y regresó a las 5 de la mañana del 25 (aunque Dayana dijo que fue hasta la 1:30 A.M.), y el 31 de diciembre que salió a las 6 de la tarde y regresó a las 10:30 de la

⁷ A partir minuto 33:55.

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

mañana del día siguiente (pese a que Dayana sostuvo que fue hasta las 2:30 AM). No se pusieron de acuerdo.

En cuanto a lo segundo, dejando claro que el acusado era su amigo, callado y serio, lanzó un arsenal de ataques: que era "mentirosa" (con la abuela para escaparse), "confianzuda" ya que trataba de seducir a su hermano Guillermo León con quien vivía en esa época, se le insinuaba, lo tocaba, y trataba de sentarse en sus piernas, esto por toda la casa (hecho que no ratificó este testigo) y hasta le pidió un celular, y también confianzudo con David Augusto en su residencia y que provocaba que se fuera en el acto ya que *no le gustaba la presencia de Valeria "por esa misma razón, por confianzuda"*. Por eso la reprendió: que respetara, que no tenía que meterse con él, e inclusive, la sacaba de la casa. La exageración llegó al extremo de sostener que ella defendió a David Augusto del acoso de la menor.

El apelante criticó la participación de la Juez en este interrogatorio al desbordar la competencia excepcional que le asiste, como si fuera "una parte" y terminó asustando a la testigo. La Sala, por el contrario, encuentra que la testigo era claramente evasiva y varias preguntas que se le hizo tenían la orientación de que simplemente contestara. Si no responde las preguntas, la única actitud de la interrogadora es procurar que conteste. Acierta la Juez cuando la calificó como *"insegura, vacilante, imprecisa en muchos aspectos"*.

2.2.3. Anyelly Gutiérrez Restrepo, hermana de Alejandra Dayana, testimonió con la misma orientación. Sin ninguna información sobre los hechos, calificó a la víctima como "chismosa", "mentirosa", "problemática", con mala relación con ella ("*...nunca me ha caído bien...*") y tuvo conocimiento que pedía plata a los hombres por haber solicitado que le prestara una cédula y que, alcanzó a decirle que "su mamita" lo sabía y le decía, "*que no diera eso gratis*". Que era la que buscaba a su hermanita Alejandra Dayana y que amenazaba a su hermano Guillermo León para que le diera un celular y si no lo iba *a hundir* (aunque este no ratificó el tenor de esta amenaza).

Destacó que David Augusto frecuentaba su casa, tomaba tinto, almorzaba y jugaban cartas, integración familiar que no aceptó Alejandra Dayana, pues para ella rara vez lo veía, que los visitaba muy poco porque salía muy tarde del trabajo, disparidad que representa otro amaño, tal como lo apreció la Juez.

2.2.4. Guillermo León González Galeano, tercer familiar de la testigo, declaró con la misma estrategia. Nada afirmó sobre los hechos, pero dejó constancia que el acusado que es muy allegado y que lo conoce desde hacía 15 años y V.U.B. es prima lejana, y de una vez la catalogó como una "*peladita chocante del barrio*", expresó que "*me ha caído mal toda la vida*", *chismosa, era un problema* y que intervino para que la sacaran de la casa.

Relató que V.U.B. les dijo a sus hijas que hasta que él no le diera un celular no lo dejaría en paz, afirmación que impulsa a la defensa a sostener que esta testigo estaba obsesionada por este tipo de artículo: *"evento que al parecer sucedió con varios testigos que contaron una historia parecida"*. Ya es un cargo de trastorno mental o péfida ambición económica, soportada en una inusitada y extravagante historia de la que la víctima andaba por la vereda pidiéndoles celulares a los hombres y amenazándolos de que los iba a hundir. A propósito, el testimonio de V.U.B. es absolutamente discordante con esa obsesión. Las relaciones sexuales fueron pagadas en efectivo, la promesa del iPhone no fue cumplida y un celular que le envió el acusado, la tía lo entregó a la Fiscalía.

2.2.5. La hermana del acusado, Diana Patricia Hurtado Suaza, lo presentó como un incansable trabajador con un horario de 6 de la mañana hasta las 10 de la noche sin descansos festivos, el 24 de diciembre hasta las doce la noche y el 31 de mismo mes hasta la una de la mañana y el 20 de enero de 6 hasta las 10 de la noche. Y de V.U.B. afirmó que la conocía de vista y sabe quién es, no se quedó atrás. Que había ido a buscar a David Augusto en una oportunidad (recibiendo la respuesta de este que le dijera que no estaba), volvió con su mamá para pedir ayuda y que la menor lo había elegido para que fuera su padrino de confirmación lo que él rechazó porque se dio cuenta que solo tenía intereses económicos, que solo lo buscaba por la plata.

También acierta la Juez acerca de que solo conoció las características de la residencia a raíz de los abusos sexuales y no por haber entrado allí antes, exponiendo que: *"...la testigo relacionó el conocimiento cuando (i) la vivienda se encontraba en el 2017 lista para alquilar (ii) para ese momento no vivía David Augusto y, la víctima en el juicio detalló la asignación de las habitaciones a cada uno de los miembros de esa familia"*. Este argumento no fue refutado. Entonces, V.U.B. conoció de tal distribución en el mes de diciembre de 2019 y enero de 2020, cuando en ese inmueble se cometieron las conductas ilegales.

2.2.6. Y del testimonio de la investigadora Erin Andrea Ochoa Gil, averó la juzgadora que *"corroboró que la habitación del procesado era la última de la residencia, además que se ubicaba contigua al baño, lo que en palabras casi similares manifestó en juicio VUP –sic–"*. Lo anterior no fue rebatido, elaborando el apelante un irrelevante argumento alusivo a que *"en la casa de Dayana Alejandra había unas motos, porque usaban el inmueble como especie de parqueadero, y posiblemente por ello fue que VUB contó en juicio que David le regaló una moto a cambio de las prácticas sexuales"*. Es insulso y especulativo alegar que porque vio unas motos, entonces, V.U. acomodó su versión, hecho que ni siquiera se abordó en el interrogatorio de la testigo.

Estos testigos, por interesado y parcializados al ponerse de acuerdo para posicionar a la víctima con estereotipos negativos de género (trastornada, corresponsal de los

hechos, ambiciosa, acosadora y necesidad de corroboración) a más de las esenciales contradicciones entre ellos antes evidenciadas, carecen de credibilidad y no son idóneos para poner en duda la historia de abuso sexual expuesta por V.U.B.

3. Conclusión y modificaciones.

Se advierte que la sentencia apelada, examinada acorde con las razones del impugnante y otras adicionales, será confirmada, pero, únicamente en lo relacionado con el concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años (arts. 31 y 208 del C.P.), pues respecto a los actos sexuales abusivos (arts. 31 y 209 C.P.), se dispondrá la siguiente modificación oficiosa:

En la formulación de acusación, el delegado de la fiscalía simplemente optó por imputar "*varios actos sexuales abusivos con menor de 14 años*", sin ninguna distinción o detalle en cuanto al número de acaecimientos y circunstancias, enunciado que se observa indebido pues el artículo 209 del Código Penal prevé tres conductas alternativas de tipicidad: "*realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales*".

Desde antaño, marzo 8 de 1988 (reiterado con el mismo tenor en las sentencias de la CSJ SP 1867-2021 y 2920-21), explicó la Corte: "*La primera forma – dijo la Corte – exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es,*

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido". Tratándose de este delito, la Fiscalía debe determinar a cuál de esas tipicidades se están refiriendo, pues si se trata de los mismos hechos circunstanciados, es un mal proceder atribuir las tres conductas.

Pero este no es el problema.

Si se repara la declaración de la menor V.U.B. fue clara en señalar su ocurrencia en cinco ocasiones, y en todas ellas hubo penetración vaginal, fuera de otros despliegues de contenido sexual (desnudez, succión de pene, intento anal, tocamientos mutuos). Estos actos carecen de independencia típica, pues hallándose en el mismo escenario de tiempo y espacio, están vinculados a la progresividad del propósito final, que termina subsumiéndolos. Entendemos que no es que no hubieran ocurrido y por esto no es viable la absolución, sino que se integran jurídicamente al delito de mayor extensión y riqueza.

En consecuencia, se procederá a modificar la adecuación típica en el sentido de que la responsabilidad penal se conservará por el concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años (art. 208 C.P.), que comprenderá los actos

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

sexuales que se hubieran cometido, excluyéndose, a propósito, el acaecido el 20 de enero de 2020, pues el delegado de la fiscalía determinó en la acusación como duración máxima de los abusos hasta el día 19 de enero del mismo año.

En cuanto a la dosimetría se impondrá el mínimo legal de doce (12) años de prisión, el cual se aumentará en un (1) mes por el concurso en cuatro (4) ocasiones para un definitivo de ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión, teniéndose en cuenta el poco o exiguo incremento que como criterio empleó la Juez para los delitos concursales, sin otra motivación al respecto. En igual lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

1. Declara la nulidad del proceso desde la audiencia de formulación de acusación (incluida) respecto a los delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217A C.P.) y uso de menores de edad en la comisión de delitos (art. 188D C.P.), y rechaza el escrito de acusación formulado por estos punibles.

C.U.I.: 053606099057-2020-00967
ACUSADO: David Augusto Hurtado Suaza
DELITO: Acceso Carnal Abusivo y otro.
DECISIÓN: Confirma.

2. Confirma la sentencia apelada en relación con el concurso de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 C.P.), que comprenderá la tipicidad de los actos sexuales abusivos. En consecuencia, se impondrá la pena de ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión y con igual duración la inhabilidad de derechos y funciones públicas. En lo demás rige el fallo.

3. Informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia para su notificación.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN.