



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 196

(Sesión del 29 de noviembre de 2023)

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>
<i>Asunto:</i>	<i>La defensa material presenta recurso de apelación</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma Parcialmente</i>
<i>M. Ponente:</i>	<i>José Ignacio Sánchez Calle</i>

Medellín, 4 de diciembre de 2023

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

La Sala resuelve el recurso de apelación que el condenado en primera instancia, Jorge Alonso Serna Araque, en ejercicio de la defensa material, presentó contra la sentencia del dos de febrero de 2023, por la cual el Juzgado segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí, lo declaró penalmente responsable del concurso homogéneo de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con Pornografía con menor de dieciocho años, y lo condenó a la pena principal de quince años de prisión y multa de 200 smImv además de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión y le negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Radicado: 05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado: Jorge Alonso Serna Araque
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

2. HECHOS.

Desde enero de 2016 hasta septiembre de 2019, en el municipio de La Estrella (Ant), en la urbanización Ciudadela de la Estrella, barrio Pueblo Viejo y la vereda El Guayabo del mismo municipio; Jorge Alonso Serna Araque, esposo de la tía de la menor de 10 años Y.O.J.¹ la convenció para que se fotografiara desnuda, con el argumento de que conociera su cuerpo; con posterioridad le indicó que el dispositivo móvil donde almacenaba las fotografías se había extraviado y que quienes lo encontraron le exigían que enviara más fotografías de contenido sexual, so pena de divulgarlas ante la familia y amigos. Aprovechando la confianza que la niña le tenía y el miedo generado por la amenaza, la convenció para que se dejara filmar y fotografiar, en más de 20 ocasiones, mientras la desnudaba, le besaba la boca, los senos, le tocaba los glúteos y le frotaba el pene en la vagina. Los abusos se desarrollaron en la casa de la menor, en la casa de su abuela y en la azotea del edificio donde residían.

Después de tres años de soportar las vejaciones la menor le relató a la psicóloga del colegio en el que estaba matriculada, la profesional informó a la madre y la conminó para que presentara la denuncia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. El 13 de agosto de 2020 el Juzgado Promiscuo Municipal de Heliconia (Ant.) con función de control de garantías emitió orden de captura en contra de Serna Araque.

3.1.2. Entre el 27 y 28 de Julio de 2021 el Juez Primero Promiscuo Municipal de La Estrella (Ant.) declaró legal la captura, presenció la formulación de

¹Se omite identificar al menor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU, Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

imputación por el concurso homogéneo de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con Pornografía con menor de dieciocho años e impuso medida de aseguramiento intramuros.

3.1.3. El 22 de octubre de 2021 se presentó escrito de acusación, que se formuló en audiencia el 01 de diciembre de mismo año por los mismos delitos imputados.

3.1.4. El 15 de febrero de 2022 se realizó la audiencia preparatoria

3.1.5. El 22 de junio y trece de septiembre del 2022 se desarrolló el juicio oral, en la última fecha se anunció sentido del fallo condenatorio.

3.2. Sentencia impugnada.

El dos de febrero de 2023 se profirió sentencia condenatoria argumentando la primera instancia que las pruebas de la acusación fueron sometidas a contradicción y no lograron ser impugnadas o menguar su poder suasorio. Afirmó el *a quo* que, analizados en su conjunto los testimonios de cargo, se ubican en el plano de lo veraz, se aprecian sinceros y coherentes entre sí, que en ellos no se advierte intención dañina o propósito diferente a dar a conocer lo que sus sentidos percibieron y los cita así:

Dina Jiménez Cano, madre de la víctima, se refirió a la relación de su hija con el marido de su hermana, quien le regalaba dinero y se ofreció a enseñarle a manejar motocicleta, dio cuenta de los cambios comportamentales de la niña quien era distraída en el colegio y presentó mal rendimiento académico reprobando dos años escolares. Dijo que su hija le contó que la primera foto se la tomó voluntariamente pero después lo hizo por la amenaza, también le dijo que él tenía un video de los dos desnudos y él tocándola.

Jazmín Andrea Román Jiménez, hermana de la víctima quien afirmó que también fue víctima del novio de su tía, que en un principio la relación era

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

buena hasta que cuando tenía 12 años Serna Araque empezó a hacerle ofrecimientos sexuales consistentes en que se dejara tomar fotos, que hizo lo mismo con su hermana, pero Y.J.O., sí accedió ingenuamente y relata lo dicho por la menor.

Ishiara Patricia Mitchell Moreno, psicóloga practicante, escuchó a la niña relatarle las agresiones e informó que se comunicó con la madre de la menor para que presentara la denuncia, en el contrainterrogatorio dice que nunca vio fotos explícitas pero que la menor si se las describió.

Se escuchó el testimonio de la víctima Y.O.J. quien declaró en juico cuando ya contaba con 17 años, dio cuenta de las agresiones sexuales a las que la sometió Jorge Alonso que es el esposo de su tía Natalia Andrea Jiménez.

Eugenio Sierra Martin, médico legista, manifestó que en el informe pericial de clínica forense se incorporó lo relatado por la menor en la anamnesis y de la que resalta la fluidez de Y.O.J. para relatar lo ocurrido.

Argumenta la primera instancia que las pruebas fueron sometidas a contradicción y no lograron ser impugnadas, encuentra los testimonios veraces, sinceros y coherentes entre sí, y que no demostraron malquerencia contra Serna Araque, en especial lo dicho por la víctima sobre los hechos.

Respecto de la prueba a cargo de la Defensa afirma que nada aportaron al juicio oral, ni Wilson Alberto Martínez ni Natalia Andrea Jiménez Cano, quienes observaron a la menor en la cárcel donde está recluso Jorge Alonso, pero visitando a su abuelo, quien también está detenido en el mismo patio.

Respecto del relato de la menor argumenta que se mantuvo firme, describiendo con certeza los escenarios y señalando a Jorge Alonso como autor, lo califica de coherente y totalmente verosímil.

Califica la prueba de cargos como creíble y consistente, y argumenta que no existe ninguna duda razonable que esté pendiente de resolución. Afirma que

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

los hechos narrados por la menor fueron corroborados periféricamente, los testimonios dieron cuenta de la real afectación que a nivel emocional sufrió la menor, al punto de que sus familiares recibieron quejas del colegio, porque era demasiado retraída, tanto que reprobó dos grados.

3.3. Del recurso.

Actuando en su propio nombre Jorge Alonso Serna Araque sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria solicitando su revocatoria para en su lugar absolverlo de los cargos.

Argumenta que la Juez incurrió en errores manifiestos en la apreciación de la prueba, se condenó solo con pruebas de referencia y no hubo prueba de corroboración periférica para hacer más creíble el dicho de la víctima, no se allegó prueba verificable de la presunta Pornografía infantil, ni siquiera se indagó por el teléfono móvil en el que se guardaron los presuntos videos o fotografías, aunado a que no se ejerció contrainterrogatorio, como herramienta para ejercer un buen derecho de defensa

Considera que fue condenado solo con indicios, dice que la Fiscalía no probó los actos sexuales, solo se basó en el testimonio de Y.O.J. y, los otros testigos solo son prueba de referencia, a ninguno le consta, solo contaron en el juicio lo que a su vez les contó la joven.

El apelante pone en duda que se hubieran tomado las fotografías y videos, no se explica por qué la Fiscalía no solicitó autorización para extraer la información de su celular.

Critica que las pruebas no fueron sometidas a contradicción, que no se ejerciera el contrainterrogatorio y por tanto no se impugnó a los testigos, agrega que al juez en lugar de cumplir con la norma y efectuar preguntas aclaratorias o complementarias actuó como parte realizando preguntas que superan lo permitido por el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma que las pruebas no fueron analizadas en su conjunto y aunque reconoce que los testigos son aparentemente sinceros y coherentes y admite

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

que es posible que no tengan intención dañina o aversión infundada, sí merecen reparo porque son inconsistentes en sus relatos, así:

Considera que Dina Jiménez Cano no es una testigo de corroboración periférica, dice que es una testigo de referencia, quien solo repite lo que la menor le contó, producto de la llamada de la psicóloga de la institución educativa. Dice que es extraño que después de tres años de abusos ni la mamá ni la hermana de la menor que declararon hubieren observado nada extraño en el comportamiento de la joven.

Pone en duda el procesado el hecho de que la hermana de la menor quien la encontró llorando después de un episodio ocurrido en el apartamento y con quien se desahogó, le aconsejó que le contara a su madre, pero ninguna de las dos lo hizo, pues considerando lo precoces que son hoy los niños, lo encuentra muy extraño. Critica que a pesar de que la menor presentaba bajo rendimiento académico entre los años de 2016 al 2019, no se hubieran tomado correctivos y solo venga a ventilarse en el juicio tratando de atribuirlo a las presuntas agresiones, lo cual considera inverosímil y critica a la falladora por no valorarlo.

La madre de la menor dijo que la niña le contó que él intento penetrarla, pero la menor solo dijo en su testimonio que le ponía el pene sobre su vagina, critica a la Juez por no valorar ese juego de palabras y considera que es un peligro para la seguridad jurídica de cualquier procesado. El censor critica la afirmación de la testigo de que no sabe si se subieron o no las fotos o los videos a las redes, o si solo era por amenazar. Afirmando que también puede ser factible que ni siquiera se tomaran las fotografías.

Respecto del testimonio de Jazmín Andrea Román Jiménez indicó que no notó ningún comportamiento anormal en su hermana como tampoco nada raro, a pesar de que dijo que escuchaba que Jorge Alonso le iba a enseñar a manejar moto y que ella misma antes había sido víctima de las mismas propuestas eróticas, la testigo solo contó lo que le dijo la menor, se pregunta el recurrente por qué no se generó ninguna alerta.

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

Respecto del testimonio de la psicóloga y el médico legista dice que también son testigos de oídas.

Respecto del testimonio de Y.O.J. se pregunta por qué se tardó tres años en contar la historia de las presuntas amenazas para que se dejara tomar fotografías, además de que cuando revisaron en su presencia y con su esposa el celular, no encontraron ningún video, ninguna foto, contestando que la respuesta es porque no existen. Afirma que la menor declaró que para filmar ponía el teléfono en el suelo pero que esto no es creíble por la falta de soporte o algún artefacto que permita sostener el móvil; y se pregunta por qué si lloraba después de los acontecimientos nadie escuchó u observó los vestigios posteriores al llanto.

Cita las tesis sobre la credibilidad del testimonio de los menores y concluye que los niños pueden mentir, y que, aunque debe dársele prevalencia a sus derechos esto no es patente de curso para pasar por encima de los derechos del procesado. E insiste en que los testigos en este caso no son de corroboración, son meros testigos de referencia que no fueron valorados en su conjunto.

En síntesis, considera el procesado, como recurrente, que no existe mérito para condenar por todas las dudas que se demostraron, que los testimonios son contradictorios interna y externamente lo que no permite la certeza más allá de toda duda razonable, por lo que plantea la aplicación del *in dubio pro reo*.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

² Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

4.2. Problemas jurídicos.

El apelante ha planteado varios problemas jurídicos, a saber, (i) Nulidad, por violación al derecho de defensa; (ii) Un problema jurídico de índole probatorio que se concreta en determinar si la prueba practicada en juicio supera el baremo impuesto por la legislación para sostener la sentencia; y (iii) Deberá definirse si las acciones del acusado tipifican el delito de Pornografía con menor de dieciocho años.

4.3. Valoración y solución de los problemas jurídicos.

4.3.1 ¿El trámite del juicio generó nulidad por falta de defensa técnica?

La Sala observa que el procesado apelante, en ejercicio del derecho de defensa material, afirma que aunado a la indebida valoración de la prueba se debe tener en cuenta que no se ejerció contrainterrogatorio y no se ejerció la contradicción, como mejor forma de defensa. Encontramos que está cuestionando la idoneidad del defensor técnico, a más de que acusa a la Juez de sobrepasar las facultades del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, efectuando preguntas no para complementar o aclarar, sino como si fuera parte; por lo que entendemos que considera que su derecho a la defensa se vio afectado.

Pues bien, resulta palmario que el procesado apelante no cumple con la carga argumentativa exigida para solicitar la nulidad por violación al derecho de defensa, en el sentido de identificar la irregularidad sustancial que afirma vicia la actuación y concretar cómo esta perjudicó su derecho de defensa, demostrando la relevancia o trascendencia de la misma para afectar la validez de la sentencia. Es claro para esta Sala que es la defensa material y no la defensa técnica la que presenta el recurso y esboza la posibilidad de la violación a ese derecho de dentro de la actuación, por lo que examinará el asunto.

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

Procedemos entonces a revisar los elementos obrantes en la carpeta y en las audiencias para verificar si se garantizó a Serna Araque el derecho al debido proceso en su manifestación del derecho de defensa, establecido en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, en el artículo 29 de la Constitución Política, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en especial consiste en ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado, tener comunicación privada con el defensor antes de comparecer frente a las autoridades y disponer de tiempo razonable para preparar la defensa y que el defensor ejerza actos positivos tendientes a refutar la pretensión punitiva del Estado. Al respecto se observa:

El primero de febrero de 2022 el abogado contractual Kelfrin Damian Velásquez González renunció al poder otorgado por Serna Araque argumentando desacuerdo en los honorarios.

El 4 de febrero de 2022 el abogado de la cárcel municipal de La Estrella, remite oficio solicitando la designación de un defensor de oficio para Serna Araque, quien manifestó oralmente su intención de que le nombraran uno, el mismo día el despacho de primera instancia ofició a la Defensoría Pública.

El 15 de febrero de 2022, en audiencia preparatoria fue asistido por el abogado Francisco Javier Díaz Cañas.

El 8 de abril le fue designado el defensor público Héctor Fredy Gómez Sánchez.

El 22 de junio en la sesión de audiencia del juicio oral, que fue presidida por la Juez María Fernanda Tejada Castaño y donde se practicaron los testimonios de Dina Cristina Jiménez Cano³ y Jazmín Andrea Román Jiménez⁴, madre y hermana de la menor respectivamente, se observa que (i) el defensor no hizo uso del derecho a contrainterrogar (ii) La Juez no hace uso de las facultades establecidas en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal para efectuar preguntas complementarias.

³ Entre los minutos 17:20 y 58:10 del registro.

⁴ Entre los minutos 59:46 y 1:24:50 del registro

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

El 28 de junio el procesado solicitó a la Defensoría Pública cambio de defensor argumentando que no ha podido comunicarse con el actual para informarle aspectos cruciales y relevantes para el desarrollo de la defensa y que su participación en el juicio fue casi nula en momentos cruciales como los contrainterrogatorios

Ante la solicitud y el traslado al defensor de la queja el mismo contestó que asumió la defensa para el juicio y ya el anterior defensor había pedido dos testimonios, que se comunicó con la esposa del procesado donde se asesoró sobre el proceso y la etapa en que se asumía, afirma que es su costumbre tener comunicación en privado con el procesado antes de la audiencia para asesorarlo. En cuanto a la intervención en el contrainterrogatorio considera que, es una facultad de la defensa ejercerlo o no, siempre y cuando vaya en pro de los intereses del procesado garantizando la defensa técnica.

El 13 de septiembre de 2022, en la audiencia del juicio oral, presidida por la Juez Liliana María Arias Uribe, continuó como defensor el abogado Gómez Sánchez, de donde inferimos que no fue relevado por la Defensoría y que el procesado admitió que continuara actuando como tal. En esta audiencia se escuchó el testimonio de la psicóloga Shiara Michelle Moreno⁵, el defensor contrainterrogó y la Juez no hizo preguntas complementarias, igual ocurrió con el testimonio de la menor Y.O.J.⁶

El siguiente testigo en la lista de la defensa era Wilson Alberto Martínez, pero como se presentaron dificultades para su conexión la Juez manifestó *“El siguiente testigo tengo entendido que está detenido en la cárcel de La Estrella ... es posible que se escuche al procesado mientras se conecta el otro testigo”* ante lo que el defensor técnico adscrito a la Defensoría Pública replicó: *“Me gustaría primero asesorarlo sobre el derecho que tiene a guardar silencio”*. Frente a la solicitud, la Juez ordena que se permita la conexión telefónica privada entre el procesado y el defensor público y luego de varios minutos el defensor

⁵ Entre los minutos 30:10 y 44:01 del registro.

⁶ Entre los minutos 54.24 y 2.11.32 del registro

Radicado:	05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado:	Jorge Alonso Serna Araque
Delito:	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

manifestó. “Ya lo asesoré y no va a declarar, conserva su derecho a guardar silencio”⁷

En los alegatos de conclusión el defensor público solicito absolución con fundamento en que la prueba no tenía la fuerza suasoria necesaria para condenar argumentando que, aunque el testimonio de la menor es contundente, es también contradictorio, y la Fiscalía no aportó los videos ni las fotografías, para demostrar los hechos.

En la lectura del fallo condenatorio participó el mismo defensor, quien no interpuso recurso de apelación, solo lo hizo el condenado.

Se observa un Email remitido del correo nataji858@gmail.com en el que la esposa del condenado solicita copias de los audios de las audiencias con destino a él quien presentara el recurso, informando que el defensor no lo va a hacer.

Para resolver el asunto consideramos pertinente citar apartes de una reciente decisión, en un asunto analógico, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:⁸

“ 16.- Es preciso recordar que si bien la Sala ha dicho que la nulidad es menos exigente en su demostración que las otras causales de casación, lo cierto es que impone al censor proceder con precisión al identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación; señalar si se trata de un vicio de estructura o garantía; plantear sus fundamentos fácticos; indicar los preceptos que considera conculcados; fijar el momento procesal en que se produjo la anomalía y la cobertura de la invalidez deprecada; y, acreditar, en términos de trascendencia, la necesidad de acudir a la nulidad como remedio único y extremo para restablecer el derecho afectado con la anormalidad procesal o la garantía conculcada.

17.- En este sentido, se debe acotar que solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley –principio de taxatividad-; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, -principio de protección aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales –principio de convalidación-; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los

⁷ Minuto 33:03:14 y ss del registro

⁸ AP2925-2023 Radicado 60807 del 27 de septiembre de 2023 M.P. Miriam Ávila Roldan.

Radicado: 05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado: Jorge Alonso Serna Araque
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento –principio de trascendencia-; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso –instrumentalidad- y; además, que no existe manera de subsanar el yerro procesal -residualidad-.”

Respecto del derecho a la confrontación, como garantía judicial del procesado, del cual se queja el apelante que no se ejerció, este consiste en la posibilidad de controlar el interrogatorio y de contrainterrogar al testigo de cargos, pero como lo manifestó el defensor al dar respuesta al traslado de la queja presentada por el usuario, es una facultad de la defensa ejercerlo o no, siempre y cuando vaya en pro de los intereses del procesado garantizando la defensa técnica, es decir como opción defensiva puede o no controlarse el interrogatorio mediante las objeciones a las preguntas del interrogatorio directo o, mediante el contrainterrogatorio, impugnar la credibilidad u obtener información relevante para sustentar su teoría del caso. Lo que se observa al revisar la actuación observando los videos del juicio oral, que se ha resumido renglones arriba, es que el defensor no siempre contrainterrogó, pero sí lo hizo frente a una de las testigos y que intervino para evitar, según su criterio, que el procesado declarara, a pesar de que el otro defensor, que participó en la audiencia preparatoria, lo pidiera como testigo. Por último, presentó alegatos conclusivos solicitando absolución.

Por lo anterior concluimos que los reproches del procesado apelante, respecto de la violación al derecho de contradicción no se ajustan a la realidad, observamos que el defensor si intervino y lo hizo conforme a su criterio, otra cosa es que el procesado no compartiera parcialmente la estrategia, resaltamos que lo hizo cuando lo asesoró para que renunciara a declarar como estaba previsto, el defensor se ajustó a la técnica procesal y eligió una acciones que pueden ser compartidas o no, pero no descalificadas. Resulta por lo menos especulativo por parte del apelante afirmar qué acciones debió desarrollar el abogado público, no se observa trascendencia en las acciones o falta de ellas para que el resultado del juicio fuera diferente, partimos de que el derecho de defensa no opera en abstracto pues es

Radicado:	05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado:	Jorge Alonso Serna Araque
Delito:	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

necesario⁹ demostrar que al subsanar el error cambiaría significativamente al decisión, no basta con mencionar que especulativamente se hubiere defendió mejor si hubiere hecho una cosa u otra, en el sub judice si se hubiera ejercido el contrainterrogatorio con mayor agudeza o frente a todos los testigos.

Consideramos que el defensor público si realizó su trabajo y ejerció dentro de su leal saber y entender. Sin que estuviera obligado a ejercer el contrainterrogatorio frente a todos los testigos, al respecto en la providencia citada la Sala de Casación Penal dijo:

“30.- Sobre dichos reparos ofrecidos por la recurrente, debe decirse que el ejercicio de la defensa no se encuentra condicionada a la práctica de los contrainterrogatorios de los testigos de la Fiscalía, como parece entenderlo en su demanda, más aun cuando se sabe que, de acuerdo con el artículo 391 de la Ley 906 de 2004, son preguntas cuya formulación está sujeta a la discrecionalidad del defensor, pudiendo abstenerse de hacerlo cuando no sea su interés confrontar a los declarantes por esa vía del interrogatorio cruzado, ya sea porque no exista manera de impugnar su credibilidad o porque en ese propósito podría motivar que el testigo se reafirme en situaciones perjudiciales para el acusado.

31.- Así, entonces, es connatural al ejercicio de la defensa en materia de contrainterrogatorios que en algunas oportunidades se haga uso de esa facultad, mientras que en otras no se estime pertinente emplear esa técnica procesal por parte del defensor. Además, el contrainterrogatorio, para que sea efectivo, no tiene que circunscribirse a un determinado número de preguntas, correspondiendo en todo caso a quien lo formula establecer, en función de la necesidad y la oportunidad con sus intereses, conocer cuándo resulta conveniente una intervención de esa naturaleza.

32.- Adicionalmente, no puede olvidarse que como de tiempo atrás lo viene reiterando la Sala, la ley procesal penal prevé otros mecanismos para ejercer el derecho de defensa, entre ellos, a través de la impugnación de las decisiones que valora los testimonios o presentando su personal criterio sobre su poder demostrativo en los alegatos de conclusión:

Como se adujo en la misma decisión impugnada con fundamento en amplia, pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala, el derecho de contradicción no se circunscribe a la posibilidad de contrainterrogar a los testigos, pues su ámbito es mucho más amplio y, por tanto, puede ejercerse con la crítica que se formula al mismo medio de prueba al momento de presentar alegatos, o en la interposición y sustentación de los recursos legales, ora mediante la solicitud de pruebas que los desvirtúe¹⁰.”

⁹ *Ibídem.*

¹⁰ CSJ S.P may, 2012, rad. 37915

Radicado: 05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado: Jorge Alonso Serna Araque
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

Respecto de la ineficacia de los actos procesales, el artículo 457 establece la nulidad por violación a las garantías fundamentales del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. De vieja data la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹¹ ha explicado que en cada caso hay que hacer un balance de la actividad del defensor profesional y ponderar si materializa la defensa real y efectiva, no vista desde los resultados sino desde la actuación. Agrega esta Sala que la obligación del defensor es de medio no de resultado, es decir, tiene la obligación de desplegar todos los medios a su alcance para asistir y representar los intereses del procesado de forma real y efectiva de acuerdo a su formación jurídica, lo que debe determinarse es si existió algún yerro y luego “...revelar con plausibilidad y suficiencia cómo el sentido de la decisión habría de ser sustancialmente diverso si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental”¹²

Respecto de la necesaria imparcialidad del Juez, el apelante se queja de que en las preguntas complementarias la *a quo* actuó como si fuera parte. Lo que se observa, conforme a la revisión de las dos audiencias, es que la Juez que intervino en la primera audiencia no hizo uso de las preguntas complementarias y la segunda solo lo hizo respecto del testigo de la defensa que declaró respecto de las visitas de la menor a la cárcel, y solo para aclarar el contacto que esta pudo tener con el procesado allí, mientras visitaba con su familia al abuelo de la menor, que también estaba detenido por otros hechos.

El Juez debe ser imparcial y la legislación penal le permite, una vez terminado el interrogatorio de partes, hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso. Observados los videos y precisados los momentos de intervención de las dos jueces que actuaron, no se observa ni de manera remota, que superaran las limitaciones que establece la sistemática procesal penal acusatoria y mucho menos que se comportaran como parte, resaltamos que la primera Juez no hizo uso de las preguntas complementarias y solo la directora de la segunda parte del juicio intervino

¹¹ Sentencia Radicado 11040 del 22 de octubre de 1999 M.P. Jorge A. Gómez Gallego

¹² C.S de J. sentencia del 25 de enero del 23, S.P.004-2023, rad 62.766 M. P. Miriam Ávila Roldan. Citando CSJ AP 9 marzo de 2011, rad. 32.370

Radicado:	05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado:	Jorge Alonso Serna Araque
Delito:	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

para hacer preguntas a un testigo, que ni siquiera fue trascendente para las resultas probatorias.

4.3.2. ¿Las acciones del acusado tipifican el delito de Pornografía con menor de dieciocho años?

*“Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, **posea, porte, almacene**, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Respecto del delito de Pornografía con menores de 18 años afirma la sentencia de primera instancia que, conforme al testimonio de la menor, al que le da credibilidad, Jorge Alonso Serna Araque poseía y almacenaba en su teléfono móvil archivos fotográficos en los que guardaba imágenes de los abusos sexuales a lo que sometía a Y.O.J.; por su parte, la Defensa pone en duda que se hubieran tomado las fotografías y videos, y argumenta que no se explica por qué la Fiscalía no solicitó autorización para extraer la información de su celular.

Pues bien, tenemos que en el *sub judice* la Fiscalía no recurrió a buscar en las bases de datos y en el teléfono móvil del procesado, las fotografías pornográficas que dice la menor, le fueron tomadas por él. Empero, lo que resulta de la valoración probatoria es que Serna Araque le manifestaba a la menor que las había tomado y por lo menos la primera fue tomada.

El procesado utilizó las fotografías con la creencia de la menor de que existían y habían caído en manos de terceros para manipularla y obligarla a ceder a sus libidinosos e ilícitos deseos; si el acusado almacenaba en su teléfono celular imágenes pornográficas de la menor o no, no está en discusión, pues almacenó por lo menos la primera, la que se tomó la menor y lo cierto es que, a más del testimonio de la niña, no se allegó prueba verificable de la presunta Pornografía infantil. Debiendo reconocerse entonces que la Fiscalía se quedó corta en la consecución y aportación de

Radicado: 05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado: Jorge Alonso Serna Araque
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

prueba al juicio respecto de esas fotografías, quedando en duda esa conducta.

Ahora, resulta intrascendente para la configuración de este tipo penal, si el procesado almacenaba las fotografías o no puesto que definitivamente lo que no se probó es que las hubiere compartido con otras personas. No sabemos si lo hizo o no, y si era cierto o solo una estratagema para dominar la voluntad de la menor. No obstante, este punible no se acredita en el *sub judice* pues no se demostró que el procesado hubiere compartido o usado de alguna manera las fotografías, más allá de usarlas para engañar y ejercer violencia moral en contra de Y.O.J. para someterla a sus libidinosas intenciones. No se probó que terceras personas se hubieren apoderado de las primeras fotografías y luego los extorsionaran para que enviaran más fotografías y videos, lo que resulta razonable interpretar de la calificación en conjunto de la prueba es que Jorge Alonso se inventó esta mentira para abusar de la inocencia de la menor, pero este hecho no constituye el delito de pornografía, pues la acción no se desarrolló en el contexto de explotación sexual de menores. Veamos que ha dicho la jurisprudencia en sentencia con Radicado 47234 del 24 de octubre de 2019 con ponencia del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, al referirse a este tema en particular:

“5.3. En cualquier caso, el intérprete de la norma deberá tener especial cuidado con que la acción imputada a su autor comprenda por sí sola, o apreciada en su contexto lógico, una manifestación de la prostitución infantil, el turismo sexual o, en general, la explotación sexual de menores.

Por ejemplo, estos casos acerca de la conducta punible de pornografía con personas menores de dieciocho (18) años:

(...)

(ii) x, de cuarenta (40) años de edad, suele frecuentar la ‘Deep Web’ (o Internet no indexado en los motores de búsqueda convencionales) en busca de material pornográfico con menores de edad. Ha bajado de allí varios videos especializados de niños teniendo relaciones sexuales entre ellos y también con adultos. Los conserva en su computador, no los comparte con nadie y solo los usa para su satisfacción personal”

4.3.3 ¿La prueba practicada en juicio supera el baremo impuesto por la legislación para sostener la sentencia condenatoria por el concurso

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

homogéneo de delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado?

Para dar respuesta a este problema jurídico planteado partimos de que solo contamos con el testimonio directo único de la menor, respecto de que fue objeto de agresiones sexuales por parte de Serna Araque. Testimonio que es verificado por varias pruebas periféricas que, aunadas a la principal de cargos, tienen la capacidad de llevar al Juez el conocimiento, más allá de toda duda, sobre la autoría y responsabilidad del procesado.

La defensa material presenta críticas a la sentencia condenatoria así:

4.3.3.1. Se condenó solo con pruebas de referencia. Esta es una afirmación del apelante que no se corresponde con la sentencia, pues como prueba directa se tiene el testimonio de la menor víctima Y.O.J. quien declaró en juicio cuando contaba con 17 años, dando cuenta de las agresiones sexuales a las que la sometió Jorge Alonso Serna Araque, que es el esposo de su tía Natalia Andrea Jiménez, testimonio donde pormenorizadamente da cuenta de los hechos jurídicamente relevantes.

El testimonio de Dina Jiménez Cano, madre de la víctima, es de referencia en cuanto relata lo que su hija le contó, pero es directo respecto de lo que observó en cuanto a que el marido de su hermana, Jorge Alonso, le regalaba dinero a Y.O.J. y se ofreció a enseñarle a manejar motocicleta, y respecto de los cambios comportamentales de la niña, de las constantes llamadas del colegio por su comportamiento y de que reprobó dos años escolares. Hechos todos estos que sirven para hacer más probable el único testimonio directo, el de la víctima y su relato de los hechos.

Lo propio ocurre con el testimonio de Jazmín Andrea Román Jiménez, hermana de la víctima quien relató que también fue víctima del novio de su tía, que cuando tenía 12 años Serna Araque le hizo ofrecimientos del mismo contenido que los que hizo a su hermanita menor, pero que ella no aceptó. Agrega que él le decía a su hermana que le enseñaría a manejar moto, que la menor presentó baja en su rendimiento escolar, y que la psicóloga llamó a

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

la casa para informar de lo que se había enterado en la consulta con la menor

4.3.3.2. ¿No se cuenta con prueba de corroboración periférica para hacer más creíble el dicho de la víctima? Ésta afirmación no es cierta y desconoce las pruebas que se practicaron en el juicio pues, en el acopio de medios de conocimiento de este tipo, se cuenta con los siguientes:

Los testimonios que dieron cuenta de la real afectación que a nivel emocional sufrió la menor, al punto de que sus familiares recibieron quejas del colegio, porque era demasiado retraída y reprobó dos grados escolares. La menor víctima presentó cambios comportamentales era distraída y dejó de rendir académicamente en el colegio y fue atendida por la psicóloga lo que implica que la menor sentía afectación de este tipo y fue esta quien informó a la madre de la menor sobre los abusos que la niña le relató.

Otro elemento de corroboración periférica que debe tenerse en cuenta para hacer más creíble el testimonio de la menor es que Jorge Alonso le regalaba dinero y le prometió enseñarle a conducir motocicleta, lo que puede explicar la intención de congraciarse con la víctima para propiciar y facilitar el abuso sexual.

Eugenio Sierra Martin, médico legista, en el informe pericial de clínica forense incorporó lo relatado por la menor en la anamnesis y quien resalta la fluidez de la menor para relatar lo ocurrido, es prueba de corroboración respecto de que la menor ha mantenido su testimonio coherente, reiterativo y básicamente sincero. El médico es testigo directo de lo que observó, pero respecto de lo que le relató la menor no es realmente una prueba adicional a la de referencia., tiene como función en este caso verificar la consistencia intrínseca del testimonio de la menor pues se observa que no la ha cambiado en sus diferentes versiones.

La psicóloga del colegio declaró que era practicante en el colegio en el que estudiaba la menor, que su oficina estaba siempre abierta para hablar con ella que la menor se presentó y le contó todo lo que le pasaba, entonces le

Radicado:	05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado:	Jorge Alonso Serna Araque
Delito:	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

propuso que hicieran una carta frente a lo que le pasaba y posteriormente le entregara la carta. Esta declaración de referencia es prueba de corroboración respecto de que ella le informó a la madre de la niña, la reacción que tuvo y es testigo directa de que la niña presentaba mucho llanto, muchos nervios, mucho miedo de que se publicaran las fotos.

Los testigos presentados por la Defensa, Wilson Alberto Martínez y Natalia Andrea Jiménez Cano, no se constituyen en prueba de corroboración, dan cuenta de la inexistencia de razones para que la víctima o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado, es relevante recordar que aun en la cárcel las relaciones entre estos y aquel continuaron siendo razonablemente cordiales, como lo declaran los testigos. No se probó la existencia de ningún motivo de animadversión o de otro tipo para que la niña y la familia lo acusaran de hechos que tienen tan graves consecuencias, se deriva de lo declarado que era considerado como de la familia, estos testigos narraron que observaron a la menor en la cárcel donde está recluido Jorge Alonso, pero visitando a su abuelo, quien también está detenido en el mismo patio, y que la relación era normal.

La defensa material ha puesto en duda la ocurrencia de los hechos, afirma que la menor ha mentado en su testimonio, pero en la práctica probatoria no se demostró, ni siquiera se mencionó, o se exploró como tesis, las motivaciones, móviles o razones que tendrían la víctima o sus familiares para idear y escenificar un engaño a la administración de justicia dirigido a causarle un tan grave daño, a un miembro de la propia familia. Resulta pertinente citar la afirmación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de que *“postular sin mayor sustento una teoría conspirativa impide, o por lo menos dificulta, la crítica racional”*¹³. En el *sub judice* no se vislumbran móviles que condujeran a elaborar una farsa de tal magnitud, no se vislumbra que entre el procesado, la menor y sus familiares existiere una posible enemistad o rencor que ponga en entredicho la capacidad suasoria de sus dichos.

Surge evidente la falta de diligencia de la Fiscalía al no utilizar investigadores con capacitación informática para buscar y presentar ante el Juez las

¹³ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012.

<i>Radicado:</i>	<i>05-380-60-99022-2019-01183</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Jorge Alonso Serna Araque</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.</i>

mencionadas fotografías pornográficas, que sin duda darían cuenta, sin necesidad de analizar ninguna otra prueba, de la existencia de un abuso en contra de la menor, pero no lo hicieron, y aunque debe admitirse esa falta de labores investigativas, la otra prueba obrante que se ha valorado, es suficiente para cumplir con los parámetros exigidos en la ley y la jurisprudencia para establecer la autoría y responsabilidad de Jorge Alonso Serna Araque en el concurso de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, por los que se le acusó.

4.3.4 Nueva tasación de la pena

En virtud de la absolución por el delito Pornografía infantil, Jorge Alonso Serna Araque será condenado solo por la conducta punible del concurso homogéneo de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, pues no existe el concurso heterogéneo por el que fue acusado y se deberá tasar la pena conforme a esa decisión.

En virtud a lo anterior, tenemos pues que la Juez de primera instancia impuso el mínimo establecido para el delito más grave, esto es, 13.3 años de prisión por la Pornografía infantil, argumentando que a Serna Araque no se le dedujeron circunstancias de mayor punibilidad y, por el contrario, cuenta con la circunstancia de menor punibilidad relativa a la carencia de antecedentes, por lo debía ubicarse dentro del primer cuarto; a partir de ahí, adujo que, si bien la violencia sexual en contra de las mujeres y/o menores de edad es un atentado contra su dignidad, autonomía, integridad física y psicológica y, una forma de desconocimiento de su carácter de humanidad, esa gravedad no desborda la intrínseca establecida en la norma para el tipo mismo. Además, aumentó 2.7 años más por el concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Pues bien, como revocamos la condena por la Pornografía infantil, teniendo en cuenta los mismos argumentos esbozados por la a quo, impondremos el mínimo de pena establecido para el delito de Actos sexuales con menor de 14 años Agravado, esto es 12 años de prisión y le aumentaremos 12 meses más por el concurso homogéneo de esta conducta punible, para un total de

Radicado: 05-380-60-99022-2019-01183
Sentenciado: Jorge Alonso Serna Araque
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso con pornografía con persona menor de 18 años agravada.

13 años de prisión; sin pena de multa pues los artículos 209 y 211 del Código Penal no la consagran para este tipo de conductas. Por los mismos 13 años se modificará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia condenatoria proferida el 2 de febrero de 2023, por la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí, que declaró penalmente responsable a Jorge Alonso Serna Araque de un concurso homogéneo de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años Agravado.

SEGUNDO: REVOCA la condena por el delito de Pornografía con menor de dieciocho años.

TERCERO: MODIFICA las penas principal y accesoria impuestas al sentenciado, reduciendo las mismas a trece (13) años de prisión, conforme a lo dispuesto en este proveído.

CUARTO: Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(En permiso concedido por la Presidencia del TSM)

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **edc28426dcbe6969848884a62e455f86d2299ea2bc4fdeeebb0a0015d77edafb**

Documento generado en 29/11/2023 11:10:08 AM

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