

Proceso: 11 001 60 0050 2022 54104
Delito: Acto sexual violento
Acusado: J.E.L.H.
Procedencia: Juzgado 7 Penal del Circuito para Adolescentes
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria proferida en juicio oral
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 013-2023



SALA DE DECISIÓN PENAL PARA ADOLESCENTES

Medellín, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según acta Nro. 054

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del joven J.E.L.H., en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado 7 Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín, a través de la cual lo halló penalmente responsable del punible de acto sexual violento.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los primeros fueron narrados por la *a quo* de la siguiente manera:

“... se dieron a conocer por denuncia del señor José Ignacio Parra Durán, quien adujo que su hija M.J.P.C., de 14 años, fue agredida en su libertad e integridad sexual por parte del joven J.E.L.H., hechos que tuvieron ocurrencia en la unidad residencial Bavaria ubicada en el municipio de la Estrella el 26 de diciembre de 2021, cuando este joven, encontrándose dentro de una piscina realizó tocamientos de naturaleza erótico sexual en la vagina de su hija pues(Sic) perpetró por dentro de su ropa aprovechando que se encontraban departiendo en la piscina.”

La audiencia preliminar de formulación de imputación se llevó a cabo el 25 de marzo de 2022 ante el Juzgado 3° Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Medellín. En esa oportunidad se le imputó la autoría del delito de acto sexual violento en los términos del artículo 206 del C. Penal. No hubo allanamiento a cargos.

La Fiscalía formuló oralmente acusación en audiencia realizada el 7 de junio de 2022 ante el Juzgado 7° Penal del Circuito para Adolescentes de esta ciudad, como autor del delito de acto sexual violento en los términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se agotó en sesión del 7 de julio de 2022 y se convocó a juicio oral cuya actividad probatoria se realizó en sesiones de los días 30 de agosto y 21 de septiembre siguientes, diligencia que culminó con la sentencia que sancionó al joven J.E.L.H con libertad vigilada por el término de 24 meses.

La defensa recurrió en apelación la sentencia.

2. LA SENTENCIA APELADA

La falladora de primera instancia empezó por destacar las declaraciones de los padres de la víctima, y de la propia ofendida, donde esta última dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la agresión. En la misma dirección puso de presente la ausencia de motivo para realizar imputaciones tan graves en contra del joven cuya conducta se juzga. Por el contrario, llamó su atención a la buena relación que entre todos ellos existía con antelación a los hechos. Explicó que en las circunstancias en que se dieron los hechos, mientras sus protagonistas jugaban en la piscina, la joven sobre los hombros del menor infractor, pudo en el despertar sexual propio de la edad, entender que podría tocar a su prima como lo hizo, circunstancia que sin embargo no lo justifica. Resaltó la declaración de la psicóloga investigadora del CTI Teresa Omaira Restrepo, en el sentido de considerar la versión de la ofendida como coherente, además de haber contado con la posibilidad de percibirla angustiada por lo vivido.

En la misma dirección citó las declaraciones de la defensora de familia Claudia Vanegas y del psicólogo William Parada, quienes verificaron los derechos de la adolescente y se encargaron de su restablecimiento, luego de observarlos quebrantados.

La terapeuta Cecilia Gómez describió los hallazgos encontrados en la ofendida, tales como ansiedad, temor por lo sucedido, preocupación por las consecuencias familiares que ha desencadenado el hecho, pues se trata de su primo, así como el tratamiento que realizó.

En relación con la explicación ofrecida por el joven infractor, en el sentido de que se trató de una acción accidental, pues tenía a su prima sobre los hombros y al bajarla se dio el tocamiento, la juez descalificó esa posibilidad al considerar que al bajarla de sus hombros lo lógico era que la tomara de las piernas no de sus partes íntimas, considera de ejecución imposible la hipótesis propuesta por aquel. En su opinión no existe duda acerca del carácter voluntario de la acción.

Dijo que el infractor no aportó ninguna prueba que le diera la razón. Extrañó las imágenes que de las cámaras del lugar dijo la defensa que allegaría.

Concluyó que es el testimonio de la ofendida el que sirve de soporte a la decisión de sanción.

3. DEL RECURSO

La defensa sustentó su inconformidad en términos que se sintetizan como sigue:

Bajo el título de inconsistencias en el testimonio de la víctima, empezó señalando una relacionada con la descripción detallada que hiciera del biquini que vestía el día de los hechos, descripción que aparece ausente en la entrevista rendida ante investigadora de la fiscalía en fecha muy cercana a la de la supuesta agresión. En su opinión esta circunstancia no aparece lógica. Tampoco admitió que la parte baja del referido traje le quedara suelta o grande, pues si era en forma de panti debía quedar ajustada.

Una segunda inconsistencia la hizo consistir en que las pruebas arrimadas al juicio no dieron cuenta del tipo de violencia que debió ejercer el infractor para que su conducta se ajustara al tipo penal por el que se le sancionó. La adolescente se limitó a manifestar que el tocamiento realizado por su primo fue brusco y le produjo miedo.

La defensa consideró demostrado que la madre de la víctima se encontraba en el lugar, a escasos metros de los adolescentes, sin embargo, no observó la agresión o la reacción de la menor quien dijo haber empujado a su primo para alejarlo, como tampoco la conversación por ellos sostenida. Citó la decisión SP107 de 2018, 49.799 en la que la Corte se refiere a la necesidad de demostrar la circunstancia que configura la violencia exigida en el tipo.

Como tercera inconsistencia de la prueba de cargo, dijo que la madre de la víctima manifestó haber visto primero, a su hija sobre los hombros de su primo, luego frente a él, aunque precisó que en ese instante no pudo verla a ella, mientras que la víctima dijo que siempre tuvo a la vista a su madre.

Bajo el título de examen separado de testigos y contaminación de la prueba criticó el orden en que se recibieron las declaraciones de la Fiscalía pues la menor intervino después de su madre, lo que permite identificar afirmaciones en común que le resultan sospechosas. En esa misma dirección, identificó un aparte de la declaración de la menor, en que su madre sugirió la respuesta en punto del lugar donde se encontraba al momento del juicio y la actividad a que se dedicaba.

Como punto tres de la sustentación del recurso, titulado valoración de testigos de la defensa, criticó que la juez haya limitado el alcance de la prueba arrimada al juicio por la defensa a la intención de demostrar el carácter accidental del tocamiento. En su opinión dejó de lado que con las declaraciones del adolescente infractor y su madre Claudia Marcela se demostró que la prima menor de la víctima para la fecha de los hechos ya sabía nadar, con lo cual quedó sin piso la afirmación de la madre de la víctima en el sentido de que no pudo percibir lo ocurrido porque para ese momento cuidaba a aquella niña, que se encontraba en la piscina pequeña, porque no sabía nadar. Ante esa realidad, concluyó que debía darse por probado que la mujer no observó ningún tipo de conducta sugestiva de una agresión por parte de J.E a su prima.

En un cuarto aparte titulado vulneración al debido proceso y derecho de defensa de su apadrinado, el defensor se refirió a un aparte de la entrevista rendida por la ofendida ante investigadora del CTI, en la que pudo advertir que el padre le sugirió la respuesta. Al ser interrogada para que explicara el significado de su manifestación en el sentido que su

primero la tocó por debajo, se escuchó a su progenitor decirle que era por debajo del pantalón del bikini. En la misma dirección destacó que éste en su declaración negó haber realizado esa acción y explicó que se retiró durante la entrevista, hecho sobre el cual no se observa ninguna evidencia en la grabación de ese acto de investigación.

Pidió tener en cuenta que este caso no reviste las características propias de esta clase de delincuencia como es la ejecución a puerta cerrada.

Finalmente, bajo el título de Análisis de la dosificación de la sanción, destacó el hecho de que los tocamientos no se describieron con claridad, que de existir fueron fugaces, al punto que pasaron inadvertidos para la madre de la víctima. Lo anterior justificaría una sanción menos severa.

Expresó que el componente libidinoso de la conversación no se demostró, pues de existir se limitó a preguntarle si tenía novio y a invitarla a que pasara en la noche por su habitación. Aclaró, sin embargo, que J.E. negó la existencia de tal conversación. Insistió en resaltar cómo, en este asunto se está ante dos versiones opuestas entre sí.

Concluyó solicitando se revoque la decisión para que en su lugar se absuelva a su apadrinado o, en subsidio, que la sanción a imponer sea más leve, acorde con los fines propios del sistema de responsabilidad penal de adolescentes.

4. CONSIDERACIONES

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

2. Ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente a los temas propuestos por el recurrente.

3. No se observan irregularidades que pudieran viciar la actuación.

4. En este evento, el problema jurídico postulado por la defensa se centra en establecer si en el juicio logró demostrarse la intención libidinosa en el proceder del joven J.E.L.H. en relación con su prima M.J.P.C., esto, en razón a que el adolescente cuya conducta se examina admitió la existencia de un tocamiento que calificó de accidental, mientras su prima lo describió en un contexto que sugiere su carácter intencional y punible.

A fin de dar una respuesta al dilema acabado de anunciar, el Tribunal, atendiendo el contenido de la censura, antes de abordar el análisis del caso concreto discurrirá brevemente acerca de la naturaleza especial y diferenciada del sistema penal de adolescentes, para luego abordar el tema de la prueba de referencia inadmisibles, en este asunto representada en la entrevista rendida por la ofendida ante investigadora del CTI de la fiscalía.

Del sistema de responsabilidad penal para adolescentes

5. La Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia incorporó en su contenido el sistema penal de adolescentes. Con ello, pretendió abandonar el sistema tutelar de justicia hasta ese entonces vigente, caracterizado por un tratamiento del adolescente en general y del infractor en particular, como persona en situación de riesgo, merecedora de la intervención estatal y objeto de protección sin consideración a sus derechos como individuo. Se buscó entonces evolucionar hacia un sistema orientado por el principio de protección integral, según el cual los niños, niñas y adolescentes son sujetos de los mismos derechos de que gozan los adultos y de otros que resultan propios de su condición de personas en formación. Esa orientación ideológica hace del proceso penal de adolescentes un escenario pedagógico, especial y diferenciado del de adultos. Lo anterior lleva consigo toda una carga filosófica que se soporta en una serie de tratados e instrumentos internacionales, la mayoría de los primeros suscritos por nuestro país (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificado por Colombia en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Colombia en 1972, la Convención sobre los Derechos del Niño 1989, entre otros) y los segundos, si bien no ostentan esa condición, sí forman parte del llamado *soft law*, que los erige en criterios válidos de interpretación al abordar asuntos relacionados con niños, niñas y adolescentes (las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing (1985), Las

Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad o Reglas de La Habana (1991), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o directrices de Riad (1990) y las Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio (1990)).

Entre los principios rectores que consagran estos instrumentos está el interés superior del niño, al que se refiere concretamente el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño en los siguientes términos:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Ahora bien, la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU (2013), abordó el significado de este principio desde una triple perspectiva: la primera como un derecho sustantivo, lo que impone sea tenido como consideración fundamental siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño o niña o a un grupo de ellos o ellas. La segunda, como principio interpretativo fundamental, de acuerdo con lo cual, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se ha de elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y, la tercera, como norma de procedimiento, es decir, siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, niña o adolescente, el proceso de adopción de esa decisión deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones, positivas o negativas, frente a sus derechos.

La Ley de Infancia y Adolescencia adopta el referido principio en los términos acabados de exponer, cuando en su artículo 140, denominado finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes dispone:

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño, y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Estos principios, no está de más recordarlo, no se pregonan solo de los adolescentes que fungen como sujetos pasivos de la acción penal, sino, además, de aquellos que intervienen

en la actuación penal en condición de víctimas. Así lo entendió el Código de Infancia y Adolescencia, cuando reguló en el título segundo de su libro segundo, lo relacionado con los procedimientos especiales cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos. A título de ejemplo, el artículo 192 del referido ordenamiento, trata de los derechos especiales que asisten a estos sujetos en los siguientes términos: *En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución y en esta ley.*

La Corte Constitucional se ha ocupado de este principio, en el contexto precisado, en los siguientes términos:

5.3. El interés superior del niño ha sido considerado como eje central del análisis constitucional y principio orientador para resolver conflictos que involucren a menores de edad, encumbrando el trato preferente del cual son titulares, para que puedan formarse y desarrollarse plenamente.

...

5.4. Tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas, claro está, sin que ello lleve indefectiblemente al detrimento de otros valores o principios constitucionales, como ya se indicó.

Se erigen así una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía).¹

En la misma decisión, esa Corporación se ocupó de discurrir respecto de la relación entre principios fundantes del proceso penal de adultos y su carácter relativo cuando se enfrentan a derechos de jerarquía constitucional. Esto se dijo por la Corte:

¹ Sentencia C-177/14

En el mismo sentido, en sentencia de marzo 4 de 2009 (rad. 30.645), M. P. María del Rosario Gonzáles Muñoz, se puntualizó que si bien los principios mencionados hacen parte vertebral del sistema penal acusatorio, es deber del juez ponderarlos frente a derechos que pueden llegar a ser afectados:

“Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias.”

7.3. La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas como el principio pro infans.

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces.²

Hasta aquí, debe enfatizarse que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes es especial y diferenciado, tanto respecto del tratamiento al adolescente infractor, como al niño, a la niña o al adolescente que funge como víctima de un delito. Ese carácter especial impone al operador judicial unos deberes igualmente particulares, que vistos desde las pautas de la justicia penal de adultos pueden aparecer incluso desconocedores de los principios rectores de este procedimiento. Expresado de diferente manera, en la justicia penal de adultos se advierte una estructura de triple vértice integrada por dos partes que no dialogan entre sí, sino que tienen como cometido el de persuadir a un tercero imparcial, ajeno al conflicto, acerca de la eficacia y solidez de su teoría del caso expresada en argumentos. En el sistema penal de adolescentes, esos roles se atemperan, pues la Fiscalía debe modular su pretensión de condena a toda costa para buscar el punto en que los intereses de infractor y víctima se acerquen en una satisfacción recíproca. Así mismo, el juez deja de ser ese observador pasivo, pues en este escenario debe intervenir de manera

² Sentencia citada

más activa en procura del respeto de los derechos e intereses del menor infractor y, en casos como el que se evalúa, en que se ven involucradas víctimas niños, niñas o adolescentes, puede y debe tomar todos los recaudos y medidas necesarias para proteger sus intereses.

Lo hasta aquí considerado ha de tomarse con especial cuidado en el presente asunto donde se enfrentan derechos de adolescentes desde ambos extremos de la confrontación dialéctica.

De la prueba de referencia

6. El sistema penal de juzgamiento vigente, al cual remite el artículo 144 de la Ley de Infancia y Adolescencia, se enmarca dentro de una tendencia acusatoria, caracterizada esencialmente por principios como el referido en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 de acuerdo con el cual “***únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento***”. No obstante, ese mismo ordenamiento consagra y admite la prueba de referencia como excepción al principio en mención³.

La prueba de referencia ha sido definida jurisprudencialmente como una declaración, rendida por fuera del juicio oral, presentada en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos del tema de prueba cuando no es posible su práctica en el juicio. Así, es claro que el concepto examinado parte de la no disponibilidad del testigo. Acerca del procedimiento para su incorporación ha dicho la Corporación de cierre:

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo

³ Artículos 437 y ss

estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente⁴.

Sobre la admisión como prueba de referencia de declaraciones anteriores de niños víctimas, la Corte aclaró:

Puntualmente, la Sala ha analizado las anteriores reglas en lo que concierne a los testimonios de niños, para resaltar que debe seguirse el mismo procedimiento, sin perjuicio de los cuidados que deben tenerse para evitar que estos sean nuevamente victimizados, lo que se traduce en la imposibilidad de ponerlos frente a frente con el procesado en la audiencia de juicio oral, la verificación de que las preguntas no atenten contra su integridad, etcétera (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637).

Finalmente, la Sala se ha referido a la posibilidad excepcional de admitir como prueba de referencia las declaraciones anteriores, cuando la Fiscalía opta por presentar al niño como testigo en el juicio oral, pero ha hecho énfasis en que ello solo es posible en casos excepcionales, cuando la edad de la supuesta víctima, su condición mental u otra situación equivalente den lugar a que su disponibilidad como testigo sea relativa (ídem)⁵.

En efecto, la Corte ha calificado de admisible como prueba de referencia la declaración anterior del niño víctima, a pesar de haber concurrido al juicio, pero única y exclusivamente en eventos en que *para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones⁶.* En estas hipótesis, si bien el niño concurre al juicio, su disponibilidad para declarar efectivamente se hace relativa. Se insiste, solo en este tipo de situaciones se admite la declaración anterior como prueba de referencia, pues si el testigo está disponible física y funcionalmente, desaparece el sustrato esencial del instituto examinado.

⁴ CS de J sentencia 44.950 de 2017

⁵ CS de J sentencia 56.919 de 2020, criterio reiterado en sentencia 56.705 de 6 de noviembre de 2022

⁶ CS de J sentencia 55.651 de 2019

Finalmente, la jurisprudencia ha considerado que los yerros en que se incurra en lo relacionado con la prueba de referencia son insubsanables:

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por las fallas del juez en su rol de director del proceso⁷.

Hasta aquí el recuento teórico que se erige en insumo de la presente decisión.

Del caso concreto

7. En este asunto entran en franca confrontación las versiones de la ofendida M.J.P.C. y la del adolescente infractor J.E.L.H., circunstancia que hace ineludible el examen de sus contenidos. El Tribunal procederá de conformidad e irá respondiendo los reparos del censor, en la medida en que lo considere pertinente.

8. Antes de verificar la declaración de la víctima M.J.P.C. debe, de entrada, dejarse claro que concurrió al juicio y respondió todos y cada uno de los interrogantes que le fueron planteados de manera directa por la Fiscalía y en forma de conainterrogatorio por la defensa. Es decir, estuvo plenamente disponible para las partes. En esos términos, las manifestaciones que realizara ante la investigadora del C.T.I. Teresa Omaira no ingresaron al debate público y por ello no pueden ser utilizadas en el ejercicio de valoración probatoria.

Superada la anterior aclaración, se tiene que M.J.P.C.⁸ dijo tener 14 años, cursar 8 grado y estar estudiando y viviendo en Bogotá. Explicó que estaba en el juicio porque su primo J.E.L.H. le tocó sus partes íntimas, la vagina, aclarando que en varias oportunidades él le preguntó si la podía tocar, ante lo cual le respondió enfáticamente que no, pero a él no le importó y luego de tocarla le dijo que por la noche pasara por su habitación. Explicó que el hecho ocurrió en la urbanización donde vive su primo, lugar al que fueron a pasar vacaciones de fin de año con su familia, pues su papá es primo de la mamá de J.E.; que el 28 de diciembre de 2021 en horas del mediodía habían reservado el uso de la piscina, pues la unidad residencial, por razones que tenían que ver con la pandemia, así lo exigía. A la piscina fueron su mamá, su prima pequeña Mariana, hermana de J.E., y éste. Ya en

⁷ CS de J sentencia 56.919 de 2020

⁸ Sesión del juicio oral y público del 30/08/2022, después de 1:49:00

el lugar, su mamá se encontraba en la piscina pequeña con su primita, que no sabía nadar, mientras ella y su primo J.E. se metieron a la piscina grande; que las piletas están una al lado de la otra; ella se puso sobre la espalda de su primo y le preguntaba por el colegio y la mudanza, pero él le cambió de tema y le preguntó si tenía novio, que si iba a fiestas, la bajó de su espalda y la puso frente a él y le preguntó que si podía tocarla, ella le dijo varias veces que no pero a él no le importó y le metió la mano por debajo del biquini. Dijo haber quedado paralizada por el miedo, pero se calmó y lo empujó alejándolo. Que luego él le insistió en que por la noche pasara por su cuarto. Refirió que eso sólo pasó ese día 28 de diciembre de 2021. Acto seguido se salió de la piscina y se sentó al lado de su mamá, quien le preguntó qué le pasaba, sin embargo, en ese momento no le contó lo ocurrido, esperó a hacerlo en la casa, cuando su madre le insistió en preguntarle si le pasaba algo. Enterada de lo ocurrido su mamá habló con su papá y este con la mamá de J.E.; luego se reunieron padres e hijos, y su primo dijo que ella lo estaba ahorcando y le tocó los genitales con los pies. El papá de J.E. concluyó que había sido un toque accidental. Ante esa situación decidieron irse para Bogotá inmediatamente. Explicó que nunca antes hubo problema alguno entre las familias. Dijo que vestía un biquini que le quedaba un poco grande en la parte de abajo. Aclaró que cuando J.E. la tocó estaban de frente, muy cerca el uno del otro, que el tocamiento fue con fuerza, brusco.

A conainterrogatorio dijo que su madre estuvo siempre en el lugar, a más o menos 8 metros de donde ellos estaban, precisando que no era mucha la distancia que los separaba de ella. Que J.E. le dijo que le prometiera que pasaría por su habitación en la noche. Que la parte baja del biquini era como un panti que se pegaba a la piel con el agua. Que J.E. la bajó de su espalda y la puso de frente a él, posición desde la cual alcanzaba a ver a su mamá.

Hasta aquí una síntesis bastante detallada de la versión de la ofendida M.J.P.C. En ella se advierte un relato claro, consistente, coherente, que describe un episodio vivido en realidad por la deponente. No se aprecia que se trate de un relato elaborado de manera artificial o que exista un motivo oculto de animadversión hacia J.E. o su familia que justifique su existencia. Por el contrario, la ofendida es absolutamente clara en exponer que entre los integrantes de aquel grupo de familia extensa existía una excelente relación, que era común que se frecuentaran y compartieran espacios en vacaciones. Los unía el afecto que nace de una relación de consanguinidad extensa, sumada al trato cercano y

frecuente. Así, no existe motivo para que M.J. y su familia quisieran perjudicar sin motivo a J.E.

La defensa cuestiona esta versión afirmando que Gladys Pilar Cuellar, madre de la ofendida, le sugirió una respuesta en desarrollo de su intervención en la vista pública. Revisada la grabación del juicio en la sesión respectiva, puede advertirse que el incidente a que se refiere el censor, tuvo lugar al inicio de la declaración, cuando la Fiscalía le preguntó a M.J. a qué actividad se dedicaba en ese momento, interrogante que generó alguna confusión en la joven, razón por la cual miró a su madre quien le explicó la pregunta y sugirió la respuesta. Sin embargo, inmediatamente la juez llamó su atención, advirtiéndole a la mamá que no podía intervenir, luego de lo cual la declaración transcurrió sin ningún otro incidente. Así, es cierto que la situación destacada por la defensa se presentó, pero esta resulta absolutamente insustancial, dado el tópico que se estaba tratando para ese momento. En otros términos, fue un incidente que no determinó el contenido de la declaración de la víctima que resultara de interés o relevancia para el derecho penal.

También critica el censor que la adolescente en sede del juicio oral haya descrito sus prendas de baño, descripción que no realizó en la entrevista rendida ante la investigadora del C.T.I. Al respecto, se traen a colación las reflexiones esbozadas como prolegómeno de esta decisión, relacionadas con la prueba de referencia inadmisibles. Ello, para concluir que la defensa no puede involucrar en el ejercicio de valoración probatoria el contenido de las manifestaciones realizadas por la víctima en aquella entrevista. La razón, se insiste, tiene que ver con que M.J. concurrió al juicio y respondió los interrogantes que le fueron planteados por las partes. Además, el defensor durante la declaración de M.J. no utilizó la referida entrevista para efectos de impugnarle la credibilidad o, si hubiese sido del caso, pedir que se incorporara como testimonio adjunto, eventos que permitirían una conclusión diferente a la anunciada. Al margen de lo anterior, la censura es francamente insustancial. Si la menor no se refirió a su vestido de baño en la entrevista, pudo deberse a que no fue interrogada sobre el particular, sin que ello tenga por qué restarle credibilidad a su versión en juicio oral y público.

Finalmente, resalta el defensor cómo, de acuerdo con la versión de la víctima, su primo J.E. le preguntó si tenía novio y la invitó a pasar por su habitación en la noche,

conversación que en criterio del letrado no ostenta un carácter libidinoso. Aunque de por sí la afirmación ya es discutible, lo cierto es que desconoce lo dicho por M.J. en el sentido de que J.E. le insistió varias veces en que se dejara tocar y ante la negativa decidió tocarla sin su consentimiento. Justo este extracto o aparte del episodio, dejado de lado por el censor, es el que termina por soportar el carácter lascivo del proceder del infractor.

Siguiendo con el análisis de esta prueba, hay aspectos sustanciales de la declaración de M.J. que fueron ratificados por quienes acudieron al juicio. Así, por ejemplo, la buena relación previa entre las dos familias se hizo evidente en el juicio a través de las declaraciones que en ese escenario rindieron Gladys Pilar Cuellar, madre de la ofendida, su esposo José Ignacio Parra Durán e incluso Claudia Marcela Hernández Durán madre de J.E. Con las declaraciones de los dos primeros se puede advertir que no tenían intención de denunciar penalmente a J.E. La actuación penal nació cuando quisieron ofrecer apoyo psicológico a su hija, momento en el cual se activaron las alertas institucionalmente establecidas para atender este tipo de situaciones. En la misma dirección, la madre de la víctima dejó ver la desazón y tristeza que le ocasionó el quebrantamiento de la relación familiar por cuenta del incidente que se juzga.

Pero lo anterior no es todo, **Gladys Pilar Cuellar**⁹, ratificó una a una las manifestaciones de su hija. En efecto, expuso que fue a la piscina con M.J. y los hijos de sus anfitriones, una pequeña de nombre Mariana y su hermano adolescente J.E.; que estuvo todo el tiempo con ellos, aunque dedicaba su atención mayormente a vigilar a la infante, que estaba en la piscina pequeña. Vio a su hija sobre la espalda de J.E., luego los observó uno de frente al otro, aunque aclaró que en esa posición advertía solo al joven de espalda. Luego se percató de la forma en que su hija se salió de la piscina y se sentó a su lado, actitud que llamó su atención, por lo cual la interrogó acerca de si algo le sucedía, sin que ella le respondiera en ese momento. Vino a hacerlo luego del almuerzo, al cual no los acompañó J.E. como solía hacerlo. Agregó que al salir de la piscina y durante el almuerzo advirtió una actitud hostil de parte de J.E. hacia su hija, que no había percibido antes.

La defensa critica esta declaración porque en ella se afirma que en un momento vio a J.E. de espalda y a su hija frente a él, sin ver el rostro de la niña, mientras ésta es clara en afirmar que tuvo a su madre a la vista todo el tiempo. Esta no constituye ninguna

⁹ Primera parte del registro del juicio de fecha 30/08/2022

deficiencia de la prueba, ni tampoco puede entenderse como una contradicción con lo dicho por su hija, pues se trata de relatos que se ofrecen desde perspectivas y percepciones diferentes perfectamente posibles. Lo cierto es que ambas coinciden en que estaban en el mismo escenario, a la misma hora.

En la misma dirección la defensa insistió en que demostró en el juicio que la hermana menor de J.E. sabía nadar, contrariando lo afirmado por la víctima y su madre. En esas condiciones, en su criterio resultaba innecesario que Gladys Pilar Cuellar, madre de M.J. estuviera pendiente de la niña en la piscina. Con base en el referido reproche la defensa concluyó que la mujer nada pudo ver sobre lo ocurrido. Esta censura resulta intrascendente, en sentir del Tribunal, pues la mujer nunca dijo que hubiese visto la agresión. Por el contrario, fue enfática en señalar que nada observó en la piscina que llamara su atención, lo único que alertó sus sentidos fue ver a su hija salirse de la pileta y sentarse a su lado, mientras su primo tomaba otra dirección. Ahora bien, el que la hermana menor de J.E. supiera nadar no significa que la mujer la dejara a su suerte en la piscina. Se sabe que se trata de una pequeña que demanda la atención de un adulto, cuando se está en el tipo de escenario que refieren los hechos, sepa o no sepa nadar. Además, es razonable entender que dado ese cuidado especial que requería la niña, la mujer no pudiera estar al tanto de todos los detalles o situaciones que se pudieran presentar en la piscina grande. Sobre todo, cuando hasta ese momento, no existía motivo alguno para prestar especial atención al comportamiento de J.E. respecto de M.J.

Por su parte, **José Ignacio Parra Durán**¹⁰, padre de M.J. relató lo que le consta, es decir a partir del momento en que su esposa lo puso al tanto de lo acontecido, relato que coincide con la versión que ofreció su hija. De esta declaración vale la pena destacar como expuso haber observado a su hija en estado de tristeza y conmoción por lo sucedido y aún días después cabizbaja y aislada, con temor a compartir con sus compañeros de colegio, pues temía que pudieran agredirla en la misma forma en que lo hizo su allegado. Esta situación fue justamente la que dio lugar a la búsqueda de apoyo psicológico. Describió a J.E. como un adolescente muy atento, sin ningún problema previo con ellos.

En contra interrogatorio, la defensa pretendió utilizar la declaración anterior de la menor, para impugnar la credibilidad del testigo, en punto de su manifestación en el sentido de

¹⁰ Tercer registro de video de la sesión del juicio de fecha 30/08/2022 al inicio

no haberle sugerido ninguna respuesta a su hija durante esa diligencia. No obstante, no procedió de conformidad con la técnica que tal intención demandaba de su parte, pues no puso de presente el momento de la entrevista de la ofendida en que el padre procedió en la forma en que la defensa lo sugirió. En ese orden de ideas, hasta ese momento el supuesto incidente quedó sin ser demostrado cabalmente.

De esta declaración resulta ineludible resaltar que el hombre, si bien no fue testigo presencial de los hechos, sí lo fue del comportamiento posterior de su hija y la preocupación que este le generó al punto de dar lugar a someterla a acompañamiento psicológico. Ello es indicativo del carácter veraz del relato ofrecido por su consanguínea.

Ahora bien, que haya podido sugerir alguna respuesta en la entrevista que rindiera M.J. ante la investigadora del C.T.I., como lo afirma la defensa en su recurso, no despoja a la versión ofrecida por aquella en sede del juicio oral, de las cualidades destacadas a lo largo de estas consideraciones. Además, de haber sido así, tampoco se advierte en ese proceder una intención dañina oculta. Por el contrario, responde a la actitud de un padre que en cumplimiento de los deberes que esa condición le impone, acompaña a su hija en momentos de confusión propiciados por un interrogante acerca de un hecho que le resultó traumático y sobre un tópico particular que por alguna razón pudo generarle confusión. Expresado de diferente manera, lo trascendente en el presente asunto es que la declaración en juicio de M.J. estuvo libre de cualquier injerencia exterior que resultara determinante de su contenido. Sobre este particular es necesario insistir en la ausencia de motivo alguno para creer que la víctima y sus ascendientes tuvieran intención de mentir acerca de lo ocurrido, perjudicando injustificadamente a su familiar.

Concurrieron al juicio varios profesionales de la psicología que tuvieron contacto con M.J. como consecuencia de la intervención a que dio lugar el acompañamiento psicológico procurado por sus padres. Así, **Aleida Cecilia Gómez Pinilla**, psicóloga que trabajó en el ICBF, atendió a M.J. en 5 sesiones a petición del padre, y dijo que la adolescente relató el episodio de abuso de manera espontánea, que como profesional identificó en ella ansiedad, temor y preocupación por las consecuencias que para la familia desencadenó el incidente. Especificó que se trató de ansiedad leve con efectos en su relacionamiento con sus compañeros varones, todos estos síntomas relacionados con la situación a que debió enfrentarse. No está demás destacar que el último de los hallazgos

referidos por esta profesional se identifica con el advertido por su padre. El temor de ser sometida a igual tratamiento por sus compañeros de colegio.

Claudia Janeth Vargas Romero y William Antonio Parada Vargas, funcionarios del ICBF que luego de escuchar a M.J. tuvieron que ver con el proceso de declaratoria de vulneración de sus derechos, por cuenta de lo ocurrido y del procedimiento de restablecimiento de los mismos. El segundo de ellos, recordó que la adolescente expresaba sentir culpa, porque ella reaccionaba ante el peligro, pero en esa oportunidad no fue capaz de hacerlo. Así mismo que le expuso la presencia de pensamientos recurrentes sobre lo acontecido. Estos síntomas o comportamientos, sin duda son compatibles con la experiencia vivida.

9. Hasta aquí, resulta ineludible concluir que la versión de M.J.P.C. es coherente y sólida. Además, encuentra respaldo en las demás que la Fiscalía arrimó al juicio, sin que los reparos del recurrente, hasta ahora respondidos, socaven su credibilidad. Por el contrario, corroboran su contenido en punto de su comportamiento inmediatamente posterior a la agresión y los efectos del episodio en su personalidad y salud mental.

10. La defensa, por su parte arrimó al juicio a **Claudia Marcela Hernández Durán**¹¹, madre de J.E., quien describió un trato normal entre M.J. y su hijo, aunque aclaró que la menor era brusca con él. Describió la existencia de dos piscinas en su conjunto residencial, dijo que su hija Mariana sabe nadar desde marzo de 2021, además de no haber notado nada extraño en el comportamiento de los jóvenes cuando regresaron de la piscina. Cuando le informaron lo sucedido, confrontó a su hijo quien ofreció una explicación razonable de lo ocurrido, mientras M.J. insistía en decirle que la había tocado indebidamente. Dijo que el papá de M.J. era su primo más allegado, que se visitaban con frecuencia y tenían muy buena relación. Que la mamá de M.J. dijo no haber visto nada. Esta declaración no ofrece mayor información. Ratifica lo dicho por los demás deponentes. Sólo agrega que su hija Mariana sabía nadar, tópico al cual se refirió ya el Tribunal, al considerarlo insustancial. Además, califica de brusca a M.J. en una clara intención de justificar de alguna manera la versión de su hijo en punto del carácter accidental del tocamiento. Empero, este fin choca ante la declaración de la ofendida que si bien admite que estaba abrazando por la espalda a J.E. a quien considera su primo, no

¹¹ Sesión del juicio del 21/09/2022, video 4 parte inicial

obstante, la agresión se dio en un contexto completamente diferente, luego de que respondiera negativamente a una petición de connotación libidinosa de parte del joven.

También negó haber presenciado algún comportamiento extraño en los muchachos luego de su llegada de la piscina buscando, una vez más, desacreditar el dicho, ya no solo de M.J. sino de su madre en punto del comportamiento de alguna manera hostil de J.E. hacia M.J. después de los hechos, en señal clara de molestia por la reacción de la joven, que daba cuenta de las consecuencias que podrían desatarse si contaba a sus padres lo sucedido, como en efecto aconteció.

Finalmente J.E.L.H. declaró en el juicio, escenario en el cual empezó por calificar a M.J. como temperamental y brusca con él, pues de pequeños le rompía los juguetes. Describió el escenario, dos piscinas, una grande, otra chica, insistió al unísono con su madre en que su hermana menor Mariana sabía nadar y sobre la presencia de Pilar la madre de M.J. todo el tiempo en el sector de la piscina. Dijo que todos se metieron a la piscina grande y luego Mariana y Pilar se fueron para la pequeña. Agregó que estaban con M.J. frente a Pilar, jugando a tumbarse, que ella saltó sobre sus hombros y lo estaba ahorcando, le dijo varias veces que lo soltara, como no lo hizo entonces la bajó a la fuerza y al hacerlo le tocó sin culpa sus partes íntimas, por lo que le ofreció disculpas y siguieron jugando, todo el tiempo frente a Pilar. Luego jugaron con unas pistolas de agua y M.J. nunca cambió de actitud. Salieron de la piscina todos a la vez, se secaron y regresaron a la casa. Almorzaron sin ningún tipo de problema y conversaron sobre lo que harían al otro día. Luego la mamá le pidió explicaciones, los confrontaron y ella con la cara baja le decía que él le pidió que se dejara tocar.

A conainterrogatorio respondió que su relación con M.J. y su familia era normal, tranquila y se llevaban bien, aunque ella era brusca con él.

Hasta aquí la declaración de J.E.L.H. que al Tribunal no le ofrece credibilidad. Con ella pretende sugerir que todo responde a un invento de M.J. Sin embargo, esta es una hipótesis que no posee respaldo. Coincide con su madre en calificar a M.J. como temperamental y brusca. Sin embargo, temperamental y brusca no se asimila a mentirosa. En este caso en particular resulta relevante en grado sumo la inexistencia de antecedentes negativos, no solo entre los protagonistas directos del incidente sino también entre los integrantes de su entorno. Se trata de familiares muy allegados, a punto tal que la madre

de J.E. admitió que se frecuentaban entre 4 o 5 veces al año, a pesar de vivir en ciudades distantes una de la otra. En un escenario o contexto de esas características no hay razón para que uno de sus protagonistas invente una agresión como la que se juzga, que además de perjudicar a uno de sus miembros en particular produciría, como en efecto lo hizo, la destrucción de un nexo familiar y afectivo cultivado por largo lapso. Es claro que los padres de M.J. no se prestarían para una imputación tan grave de no considerarla correspondiente con la verdad de lo sucedido. Se insiste, ni M.J. ni sus padres tenían motivo para mentir. Además, como se mencionara en aparte previo de esta decisión, no expresaron una intención inmediata de denunciar a J.E., esta situación se desencadenó ante la necesidad de buscar apoyo psicológico para su hija, que, tal como quedó demostrado lo requirió efectivamente. Además, la versión del infractor no se corresponde con la de la víctima y su madre en punto de la forma en que aquella abandonó la piscina, de manera intempestiva y mostrándose incómoda o molesta por alguna razón. El ofensor, manifestó, sin que resulte creíble para el Tribunal, que la adolescente salió de la piscina grande y siguieron jugando con unas pistolas de agua, situación, se itera, que en nada coincide con lo narrado por la ofendida y su madre. No en vano, a la mujer le llamó la atención la actitud de su hija al punto de interrogarla acerca de si había sucedido algo.

10. De conformidad con lo que se ha discurrido, es cierto, como lo sostiene el inconforme, que estamos ante dos versiones opuestas de los hechos, empero al confrontarlas, queda claro que hay razones de peso para preferir la de la víctima. Esta realidad obliga a concluir que J.E.L.H. tocó de manera voluntaria y con intención libidinosa la vagina de M.J.

11. La defensa recurrente afirma que no se demostró el tipo de violencia ejercido sobre M.J. Al respecto, hay varias consideraciones por realizar.

En primer término, el concepto de violencia ha evolucionado en la jurisprudencia de manera importante. Es cierto que sigue considerándose que puede ser física o moral. La primera *“se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que , dependiendo de las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia de una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado”*¹². La

¹² Sentencia del 30 de junio de 2021, radicado 58.575

segunda, *consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento, tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia...*¹³. Sin embargo, la exigencia de aquella como nexo causal ha ido evolucionando. Estas las razones: en la actualidad existe un mandato constitucional y supraconstitucional¹⁴ que obliga a las autoridades del Estado, a imprimir enfoque de género al ejercicio de sus funciones y competencias a fin de identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres¹⁵.

En aplicación de aquellos mandatos, la Corte Constitucional ha sostenido que el Estado tiene, entre otras imposiciones, la de *“investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer”*, y los jueces en desarrollo de tal imposición han de aplicar *“una perspectiva de género en el estudio de sus casos que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género”*¹⁶. En la etapa de juzgamiento, *“los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar los casos”*¹⁷, lo cual significa que la apreciación de los medios de prueba se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de un sustento probatorio concreto.

La tendencia acabada de enunciar, ha generado efectos prácticos en el análisis y contenido que ha de imprimirse, por ejemplo, al elemento violencia del delito sexual. Sobre el particular se transcribe in extenso lo considerado por la Corte en la sentencia 52.897 citada, al respecto del delito de acceso carnal violento, argumentos que *mutatis mutandis*, resultan aplicables al asunto bajo examen:

En otras palabras, el Tribunal afirmó que el acceso carnal no fue consentido, pero tampoco violento. Dicha conclusión revela un entendimiento inadecuado de los elementos constitutivos del punible objeto de investigación y la noción de “consentimiento”, y encierra, por demás, una perspectiva de las cosas contraria a la dignidad de la mujer.

¹³ Misma decisión.

¹⁴ Art. 13 C.N., ley 1257 de 2008, Ley 1719 de 2014, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

¹⁵ Sobre el tema, entre otras, la sentencia SP2136-2020 del 1 de julio de 2020, radicado 52897

¹⁶ Sentencia T-338/18

¹⁷ Sentencia T-012/16

Se explica:

(i) Si una persona comunica la voluntad discernible de **no acceder** a una determinada interacción sexual y ésta de todos modos se consuma, tal curso causal sólo puede encontrar explicación en una de dos situaciones:

(a) Aquella, luego de expresar discerniblemente el no consentimiento al intercambio sexual, cambió de opinión y accedió al mismo, o;

(b) El intercambio sexual se materializó en oposición a la voluntad discernible de rechazo.

(ii) El primer escenario es irrelevante para el derecho penal. Nada impide que, no obstante haberse negado en un primer momento a la relación, el individuo, en ejercicio de su libre albedrío y disposición de su sexualidad, modifique su voluntad y acceda a ella de manera autónoma.

(iii) El segundo escenario, en cambio, corresponde precisamente a la descripción de una interacción sexual (acto o acceso, según el caso) violenta.

En efecto, si la persona exterioriza y persiste discerniblemente en su voluntad de **no** acceder a un intercambio sexual, el único curso causal ajustado a derecho es que dicho intercambio sexual no ocurra.

Lo contrario implicaría la asunción – violatoria de la dignidad humana - de que el consentimiento es irrelevante y carece de significado en la autodeterminación sexual del individuo, o bien, de que al decir “no” la persona ofendida en realidad quiso decir “sí”. En últimas, supondría su reducción a un objeto desprovisto de la capacidad de disponer de su propio cuerpo y erotismo. Ese razonamiento ya ha sido calificado por la Sala como «por completo inaceptable»¹⁸.

En esa línea, si el individuo exterioriza y persiste en su voluntad inequívoca de **no** acceder a un intercambio sexual y éste de todos modos se produce, la conclusión obvia es que su voluntad fue quebrantada, pues de no haberlo sido, sencillamente la interacción no habría tenido lugar.

(iv) De acuerdo con el artículo 205 del Código Penal, comete el delito allí definido «el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia». A su vez, el artículo 212A ibídem prevé que

«...se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares **que impidan a la víctima dar su libre consentimiento**».

De la hermenéutica conjunta de ambos preceptos se sigue con claridad que la conducta típica se materializa cuando la interacción sexual sucede aunque

¹⁸ CSJ SP, 9 sep. 2015, rad. 34514.

la víctima no ha dado «su libre consentimiento» para ello, es decir, cuando la aquiescencia es aparente y está determinada por la coacción (de cualquier índole). Con mayor razón, por consecuencia, cuando sucede en contra de su voluntad discernible de no asentir al mismo.

La inclusión del precitado artículo 212A al Código Penal, entonces, supuso un viraje en la comprensión del delito sexual violento. Mientras antes estaba asociado a la existencia de una relación causal instrumental entre la violencia y el evento sexual, ahora su dimensión normativa está referida a la consumación de intercambios sexuales sin la aquiescencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida. (subrayado por el Tribunal)

En el presente asunto tal como quedó demostrado, J.E.L.H. le preguntó a M.J.P.C. si podía tocar su vagina, ante lo cual la adolescente respondió negativamente. El joven insistió, pero ella se plantó en su posición inicial. Negativa que nada importó o tuvo sin cuidado a J.E. quien, sin más, tocó a su allegada de manera inapropiada. Como si ello no fuera suficiente, una vez más ignorando su voluntad, la invitó a pasar por su habitación en horas de la noche. En este particular contexto, la inquietud del censor en punto de la no demostración de la violencia en el comportamiento de su poderdante carece de fundamento alguno. La violencia estuvo representada en el desconocimiento por parte del adolescente infractor de la negativa de la víctima, expresada en un número plural de veces, de aceptar cualquier tipo de tocamiento de su parte.

El proceder acabado de describir no es menor, no es una simple pilatuna adolescente, como lo sugiere la defensa cuando menosprecia su entidad. De ninguna manera. Por el contrario. Reviste una gravedad superlativa, en la medida en que parte de la consideración propia del infractor como un ser superior a la víctima, a quien le asigna la condición de un ser menor, sin libertad de decisión sobre su sexualidad, reduciéndola a la condición de objeto que puede ser tratada por él, desde su condición de hombre, de cualquier manera, sin consideración alguna a su voluntad. Además, se erige en semilla de comportamientos hacia la mujer que pueden llegar a revestir una connotación mucho más grave en sus consecuencias incluso para el propio actor. A J.E. ha de quedarle aprendido que cuando una mujer dice NO, es una respuesta con un significado único: NO. Lejos está de significar “de pronto”, “tal vez” o mucho menos “sí”. Incluso ante un sí inicial, que se muta en el camino por un no, el hombre debe actuar de conformidad con ese cambio en la voluntad de la mujer, que no tiene por qué estar acompañado de justificación alguna. Basta que la mujer ponga de presente su voluntad para que surja inmediatamente en el hombre el deber de respetarla. Proceder como lo hizo J.E., parte de suponer que el hombre

está por encima de la mujer en su condición de seres humanos, que por esa sola razón su voluntad ha de prevalecer sobre la de ella. Esta intelección ha estado vigente durante siglos, es cierto, y es justamente esa circunstancia la que impone el deber de superarla. J.E. como representante de una nueva generación de hombres debe estar convencido de ello. Su conducta fue grave, tan grave que afectó a M.J., una persona con la que se conocían desde niños, con quien había compartido en múltiples oportunidades y tenían un nexo fraterno. Esa afectación no fue menor, pues le generó temores, inseguridades y ansiedades que debieron ser tratadas por expertos en psicología. Eso en lo que tiene que ver con la directamente afectada, pues como daño colateral se produjo una fractura familiar que tal vez resulte insubsanable. Esas son las consecuencias de sus actos y parte de crecer y madurar tiene que ver con asumir responsabilidades, sin pretender trasladarlas a los demás, mucho menos a la propia víctima.

En coherencia con lo hasta aquí considerado, el Tribunal entiende que las medidas que se imponen al adolescente responsable de una conducta penal tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y fueron precisamente esos aspectos en los que se fundamentó la sanción impuesta, la cual en sentir de la Sala es la adecuada para que el infractor entienda la gravedad de su proceder y no quede con la idea de que se trata de un comportamiento que no genera consecuencias. Lo anterior no impide advertir que, ésta puede ser modificada dependiendo de los informes que rinda la Defensoría de Familia acerca del comportamiento del adolescente sancionado en relación con los efectos de la sanción. Estas las razones para confirmar la sentencia recurrida.

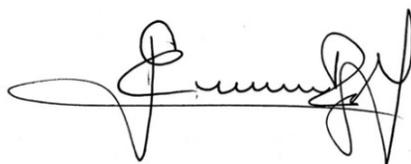
12. Al margen de lo anterior, el Tribunal quiere recordar a las partes que desempeñaron los distintos roles en el sub examine, en particular a la Fiscalía, que en este tipo de actuaciones en que se juzgan sucesos acaecidos en un contexto tan particular, no hay ganadores. Sus protagonistas de lado y lado, un par de adolescentes y sus respectivas familias, son perdedores. En situaciones como esta el derecho penal ocasiona más daños que beneficios. La Sala consideró traer como prolegómeno de la decisión unas reflexiones acerca de la naturaleza del sistema penal de adolescentes con el carácter flexible y *sui generis* de los diferentes roles procesales, por considerar que esta habría sido una preciosa oportunidad para buscar alternativas distintas al ejercicio riguroso de la acción penal. Con respeto se considera que el ánimo de victoria procesal, en casos como este, debe ceder

ante la necesidad de restablecer el tejido social, en este asunto representado por una familia que se tiene afecto, integrado por personas de una condición social y académica que de alguna manera habría facilitado ese ejercicio de generar conciencia en el infractor acerca de la gravedad de su proceder y de la importancia de los derechos en cabeza de su familiar víctima y su obligación ineludible de respetarlos. Se habría podido activar el rol de corresponsabilidad que recae sobre la familia del infractor, para que se ejerciera de mejor manera, no a modo de acompañar a su hijo en una justificación inaceptable de su conducta, por estar soportada en mentiras, sino por la correspondiente toma de conciencia acerca de su inadecuado proceder y sus consecuencias. Más que un llamado de atención a las partes, es una invitación a explorar los mecanismos de solución alternativa de conflictos que ofrece el sistema penal de adolescentes especialmente en asuntos con las características del que nos concita.

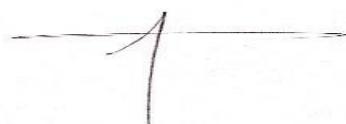
Por lo anterior la Sala Decimotercera de Decisión para Asuntos Penales de Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA
MAGISTRADA

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Gloria Montoya Echeverri', with a stylized flourish at the end.

GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
MAGISTRADA