

ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR – Su configuración requiere que la víctima se haya encontrado en circunstancias en las que no hubiere contado con la facultad para comprender el episodio erótico sexual o prestar su consentimiento para ello.

ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - ESTADO DE INCONSCIENCIA POR EBRIEDAD: Se configura.

TESTIMONIO – VALORACIÓN.

TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – VALORACIÓN: Estudio de factores objetivos que permiten verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir su credibilidad.

NATURALEZA JURÍDICA Y VALOR DE LOS TESTIMONIOS RENDIDOS POR PERITOS, EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES - El testimonio rendido por el perito médico o del experto en psiquiatría o psicología, no constituye prueba de referencia sino directa.

IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO: El grado de certeza lo excluye de plano.

Hay lugar a proferir sentencia condenatoria, teniendo en cuenta que de la apreciación conjunta de los elementos de conocimiento allegados al debate oral, conforme las reglas de la sana crítica y las que orientan la correcta valoración de los testimonios rendidos por menores que han sido víctimas de delitos sexuales, se llega al convencimiento más allá de la duda razonable acerca de la ocurrencia del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir y de la responsabilidad penal del acusado, al verificarse que la versión rendida por la víctima y el testimonio de su madre, testigo presencial de los hechos, merecen total credibilidad, los cuales se encuentran respaldados con otros medios de conocimiento, como las manifestaciones realizadas por los testigos peritos, los cuales al manifestar directamente sobre sus percepciones y conclusiones periciales dentro del área particular en las que científicamente se desempeñan profesionalmente, se constituyen en testigos directos y no de referencia, aunado a la existencia de indicadores objetivos de corroboración periférica; descartando la duda alegada por la defensa y en tanto ésta no logró demostrar su teoría del caso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Sentencia Penal N°:	02
Radicación:	520016000485201203965-1 NI. 8446
Procesado:	JFMJ.
Delito:	Acceso carnal o acto sexual abusivos en incapaz de resistir.
Acta de Aprobación:	18 del 04 de marzo del 2020

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, diez (10) de marzo del dos mil veinte (2020)

ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDÓN en su condición de Fiscal 52 Seccional CAIVAS, contra la sentencia proferida el día 11 de agosto de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto – Nariño-, a través de la cual se absolvió por duda a JFMJ de los cargos de ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUALES ABUSIVOS EN INCAPAZ DE RESISTIR.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

RELEVANTES

Los hechos objeto de investigación aparecen resumidos en escrito de acusación, de la siguiente manera:

“A eso de las 17:00 horas del 8 de abril de 2012 la menor M.N.C.M., de 13 años de edad, salió de su casa ubicada en el barrio Anganoy de esta ciudad y no regresó sino hasta que un vecino fue a informarle a su madre LYMM, a la 1:00 a.m. del 09 de abril, que aquella está siendo abusada sexualmente en un callejón oscuro cercano a su residencia por un sujeto llamado J; al desplazarse hasta ese lugar la señora LYM, encuentra a un hombre conocido como EL C, encima de la menor y accediéndola carnalmente, logrando retirarlo con agresiones del lugar de la escena y se percata que su hija se hallaba con la ropa desorganizada en estado de completo alicoramiento e inconsciente y con un fuerte olor a semen, por lo que inicialmente la lleva hasta su casa y posteriormente hasta el Centro de Salud de San Vicente, desde donde se reporta el caso a la URI, para el inicio de la investigación.

Se logró establecer que la persona que se encontraba accediendo carnalmente a la menor M.N.C.M., que se hallaba en estado de inconsciencia, responde al nombre de JFMJ, quien porta la CC. No..., expedida en Pasto Nariño”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante la solicitud de orden de captura incoada por la Fiscalía el 19 de junio de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías, en fecha 26 de junio de 2013, decidió emitir orden de captura contra JFMJ, la cual se materializó el día 11 de septiembre de esa misma anualidad.

Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, el día 12 de septiembre de 2013 se celebraron audiencias preliminares concentradas que contemplaron la declaración de legalidad de la captura del señor JFMJ, así como la de formulación de imputación en la que se le atribuyó al filiado la comisión del delito de acceso carnal abusivo con persona en incapacidad de resistir contenido en el artículo 210 del Código Penal, a título de dolo, y agravado por la circunstancia del numeral 4 del artículo 211 de la misma codificación; en esa oportunidad la Juez de Garantías resolvió imponer al procesado medida preventiva de aseguramiento en establecimiento carcelario; finalmente se dispuso acceder a la petición de toma de muestras de sangre elevada por el delegado de la Fiscalía.

El día 08 de noviembre de 2013, la Fiscalía allegó escrito de acusación en contra de JFMJ, acusándolo como autor material del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO EN INCAPAZ DE RESISTIR contemplado en el artículo 210 de la Ley Sustantiva Penal, agravado por la circunstancia del numeral 4 del artículo 211 de la misma codificación; la audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el día 7 de marzo de 2014, diligencia en la que el delegado de la Fiscalía realizó una variación de la conducta punible enrostrada, manifestando

que es la de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS DIVERSOS DEL ACCESO CARNAL por la que se acusaba al filiado

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 4 de agosto de 2014, allí el acusado se declaró inocente y se decretaron las pruebas según las solicitudes elevadas por las partes e intervinientes.

Posteriormente, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto en fecha 06 de abril de 2015, se dio inicio a audiencia de juicio oral, la cual fue suspendida toda vez que en aras de recepcionar el testimonio de la menor MNCM se requería del servicio de cámara GESELL, la cual no se encontraba disponible en ese momento; posterior a ello la mentada diligencia se reanudó el 29 de octubre de 2015, y siguió su curso en sesiones del 23, y 24 de febrero de 2016, luego el 27 y 28 de junio de 2016, emitiendo el respectivo sentido del fallo el día 16 de diciembre de esa misma anualidad y, finalmente profiriendo sentencia el 11 de agosto de 2017, providencia que dispuso absolver por duda al señor JFMJ.

Esta decisión fue impugnada por el delegado de la Fiscalía lo cual ha dado lugar al arribo del asunto a ésta instancia judicial.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La doctora NANCY JOSEFINA VILLAREAL CORAL, en su condición de titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, refirió que la sentencia en el asunto de marras debía ser absolutoria por las siguientes razones:

Planteó preliminarmente un juicio de tipicidad respecto de la conducta punible que se le atribuye al procesado, para tal fin partió de que es

presupuesto indispensable que el órgano de persecución penal acreditase con la suficiencia necesaria, - más allá de toda duda-, el estado de inconsciencia en el que se dice se hallaba la menor al momento de sostener interacciones sexuales con el acusado. Consideró que en aras de acreditar dicha circunstancia consagrada en el artículo 210 del Código Penal, el ente acusador arrió como pruebas los testimonios de la señora LYMM, quien había asegurado encontrar a su hija en un callejón cercano a su casa con el procesado encima de ella, en estado de inconsciencia, con la ropa sucia y desorganizada, y con un fuerte olor a semen; y por otro lado, el relato de la misma víctima quien habría manifestado que encontrándose departiendo con un “*grupo de amigos*” recibió una única copa de aguardiente “*norteño*” que le derivó en el aducido estado de inconsciencia.

Se adentró entonces la Juzgadora de Conocimiento en la valoración de las pruebas testimoniales de cargo, en ejercicio de cuya labor confrontó tales probanzas con los testimonios introducidos por la defensa y las analizó de conformidad con las pautas de interpretación definidas por la sana crítica, corolario de ello sostuvo que sería un hecho por establecer si la menor MNCN fue sometida a los efectos de alguna sustancia que hubiese comprometido su sistema nervioso central, con ocasión al licor que había ingerido, y ello causar los efectos amnésicos señalados por ella y por su madre.

Consideró en tal virtud que la sola manifestación incriminatoria de la víctima, sobre que el acusado y sus hermanos se habían “*secreteado*” y concertado en su contra, no probaba más allá de toda duda que la menor MNCN hubiera sido reducida premeditadamente, y menos a instancias del procesado, máxime cuando FCRP había referido que Yeison –alias pintu- fue quien distribuyó el licor entre todo el grupo de jóvenes y en similares

cantidades. Es así que para la Juzgadora de instancia, si bien se demostró la presencia del procesado en el lugar y fecha de ocurrencia de los hechos, esgrimió que de ello no podía inferirse que éste se aprovechara del estado de inconsciencia en que supuestamente se hallaba MNCN para abusar sexualmente de ella, pues puntualizó que una persona normal no llega a tal estado por la ingesta de una cantidad mínima de licor, a menos que la víctima presentara alguna causa de embriaguez patológica -lo cual aseguró no era el caso porque la menor había referido que consumió vino sin alteración alguna- o, hubiese sido sometida a alguna sustancia que afectara su sistema nervioso central; circunstancias que a su modo de ver, la Fiscalía solo acreditó basándose en la credibilidad absoluta de los testimonios de la señora LYMM y su hija, siendo estos, a su criterio, insuficientes para demostrar con la suficiencia requerida, la circunstancia de inconsciencia que se arguye fue aprovechada ominosamente por JFMJ.

Por tanto, esbozó que la acusación, ante tal desatino, debía sustentar su tesis en elementos corroborantes que pudieran respaldar la versión de cargo, que bien pudieron consistir en los testimonios del vecino que afirmó que dio aviso sobre las condiciones en que se encontraba su hija, o del estudiante de quien se dijo había custodiado a la menor mientras su madre regresaba para llevarla consigo, o inclusive de su tío, quien presuntamente había sido llamado telefónicamente para trasladar a la menor al centro de salud “San Vicente”, probanzas que a su juicio se echaron de menos en el presente asunto, impidiendo colegir el referido estado de inconsciencia.

Así mismo, adujo que los testimonios periciales rendidos por el doctor MIGUEL DARÍO MARTÍNEZ VÉLEZ y la psicóloga forense MARTHA

ISABEL DELGADO CHAVEZ, no refuerzan en modo alguno la teoría incriminante, dado que en su sentir el primero cimentó sus conclusiones en lo que le había contado la madre de la menor – y no en la estricta práctica del examen sexológico-; y el segundo, no dilucidó sobre aspectos constitutivos del presunto estado de inconsciencia, sino meramente sobre lo que la supuesta víctima y su madre le comentaron, siendo en su criterio tales asertos poco determinantes y por tanto generadores de incertidumbre de cara al punible investigado.

Concluyó señalando que los sentimientos de pena, tristeza y culpa, así como los cambios intempestivos de hábitos en la alimentación y el sueño que advirtió en la menor la profesional de la psicología, bien podían tener causa en hechos aislados al discutido; consideró así mismo que las afirmaciones incriminatorias pudieron deberse a una estrategia de la supuesta víctima para evadir el castigo físico y psicológico que normalmente le irrogaban sus familiares, y también que resultaba posible que su arribo al centro de salud se produjera por parte de su madre en orden a evitar un posible embarazo advenido de actos suscitados no necesariamente en estado de inconsciencia.

En síntesis, para la Juez *A quo*, la prueba acopiada por la Fiscalía no llevó al convencimiento más allá de toda duda sobre la existencia del punible enrostrado, por tanto, resolvió en aplicación del principio *in dubio pro reo*, absolver al procesado.

ARGUMENTACIONES DEL IMPUGNANTE

El doctor JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDÓN, en su calidad de Fiscal 52 seccional CAIVAS, interpuso y sustentó en escrito allegado el 17 de

agosto de 2017 el recurso de apelación, indicando que la sentencia proferida por el Juez de conocimiento se sustrajo de los criterios fijados por la jurisprudencia nacional en cuanto a la valoración de los testimonios de menores víctimas de delitos sexuales, al respecto argumentó que entre el procesado y la víctima no concurrían sentimientos de enemistad que enervaran la entidad suasoria del testimonio de ésta última; que así mismo la mentada versión sí se hallaba corroborada en otros elementos del acervo probatorio.

Puso de presente el testimonio de la señora LYM quien –dijo– corrobora la versión de la menor, siendo ella quien encontró a su hija en el piso y totalmente inconsciente; arguyó además que los asertos de la menor estaban dotados de persistencia y libres de ambigüedades o contradicciones, por lo cual no había motivo para apreciar aquellos como poco creíbles, tal como lo hiciera el Juzgador de instancia; refirió por tanto que el *a quo* faltó en el deber de seguir los lineamientos definidos por la jurisprudencia en punto de valoración del testimonio de la menor MNCN, pues en su sentir, de haberlo hecho así, la decisión de instancia hubiese sido diferente.

Esgrimió que en la sentencia de marras se desconoció sin motivos fundados el testimonio de la señora LYM, pues tratándose del testimonio de un familiar de la víctima –como asegura lo expuso el mismo Juez de Conocimiento–, debía realizarse un exhaustivo examen de valoración junto con los demás medios de conocimiento allegados a juicio, examen que dice fue pasado por alto en la providencia en cuestión, pues aduce que si así se hubiera realizado, no se habría arribado a la conclusión de que las declaraciones de los testigos de cargo “*sólo generaban incertidumbre*”.

Seguidamente rebatió que la interpretación efectuada por la *A quo* no se hizo en debida forma, pues insiste que no pudiendo establecerse la cantidad real del licor ingerido por la menor, de ello no podía predicarse que ésta no se encontraba inconsciente, pues considera que no habiendo razones fundadas para considerar falaces las aseveraciones de la madre de la menor, debían ser aquellas las que dieran luz respecto del estado de la supuesta víctima, más aún –advierte- cuando la menor había corroborado la versión de su madre manifestando haber despertando al día siguiente en el centro de salud “San Vicente” donde –refiere- no habría arribado de no ser porque se encontraba totalmente inconsciente. De igual manera, esgrimió el impugnante que, contrario a lo planteado por la Juzgadora de primera instancia, el procesado sí pudo conducir a la menor MNCN hasta el lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos, pues considera que aún estando inconsciente pudo llevarla caminando hasta allí, y que así mismo éste pudo pasar por alto que dicho lugar era cercano a la casa de la víctima y estaba bien iluminado, toda vez que -en su opinión- a esas horas de la madrugada todos estaban durmiendo y no había personas transitando por las calles que pudieran observarlos.

Cuestionó finalmente que en la decisión de instancia no se tuvieron en cuenta las pruebas periciales por él aportadas, puesto que en primer lugar, según refiere, se desconoció lo dicho por la psicóloga forense quien advirtió causalidad entre el abuso vivido y la sintomatología presente en la menor; luego expuso que igual suerte corrieron las declaraciones del médico forense MIGUEL DARÍO MARTÍNEZ VÉLEZ, pues arguyó que el Juez de instancia atribuyó el origen de las “ESCORIACIONES” que el profesional consideró con causa en

“mecanismo de arrastre”, a circunstancias de castigos físicos propinados por su madre, lo cual consideró nunca fue probado, y por tanto no podía desdeñar las afirmaciones del perito experto.

Por lo expuesto, concluye el impugnante que no habiéndose valorado las pruebas en debida forma y sin acreditarse que la denunciante LYMM tenía motivos para inculpar falazmente al procesado, es pertinente solicitar se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se emita una sentencia que declare responsable al procesado por el delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, por cuanto fueron superadas las exigencias del art. 381 del C.P.P.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

2.- Problema jurídico a resolver.

¿Con el acervo probatorio recopilado legalmente es posible establecer, con la suficiencia exigida por los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal la configuración del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir por el cual se procede, y la responsabilidad penal del señor JFMJ en el mismo?

3.- Aspectos preliminares.

La meticulosa revisión del expediente que integra el proceso seguido contra el señor JFMJ, que contiene los registros de las diferentes

audiencias preliminares y del juicio oral, llevadas a cabo en su contra por la probable autoría material de delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO, del cual supuestamente fuera víctima la entonces menor de iniciales MNCM, en hechos que se dicen ocurridos el 8 de abril de 2012, de cara a los cuestionamientos esbozados por el delegado de la Fiscalía General de la Nación dentro de los respectivos escritos de sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia absolutoria proferida el 11 de agosto de 2017, nos advierte que el aspecto jurídico a considerar no es diferente a establecer si el acervo probatorio recopilado legalmente establece, con la suficiencia exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal vigente (más allá de toda duda), la configuración del delito sexual por el cual se procede y la responsabilidad penal que le pudiera caber al acusado.

Comoquiera que el recurrente reclama la revocatoria de la sentencia por la razón principal de que -en su sentir- las pruebas arrimadas al proceso fueron valoradas indebidamente por la Juzgadora de primer nivel, nos corresponde revisar profunda y desapasionadamente el asunto, en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones. Con ese propósito, a la Sala, en esta ocasión, se le ofrece la oportunidad de precisar las dificultades que presenta la investigación de delitos sexuales, por el marco de intimidad en las que éstas prácticas se desarrollan; analizará entonces lo relacionado con el valor del testimonio de menores víctimas de abusos sexuales y de la importancia de encontrar evidencias objetivas de corroboración periférica para aumentar su verosimilitud; tratará el tema de cuándo y por qué los testimonios de los peritos psicólogos no constituyen prueba de referencia sino prueba directa y, una vez finalizado este examen, analizará el caso concreto,

con el fin de establecer si la valoración que el Juez de primer grado hizo de la prueba se ajusta a la legalidad, o si como lo afirma el apelante, desconoce la realidad probatoria y la normatividad que la regula. Para tal efecto se debe considerar:

3.1.- La complejidad propia de la investigación de delitos sexuales.

La práctica jurisdiccional nos ha permitido conocer que la demostración de un acontecimiento sexual tiene importantes dificultades judiciales, por aquello que con regularidad presenta la característica fundamental de constituir “*actos de intimidad*”, motivo por el que generalmente se observan encontradas las versiones inculcantes y de defensa de la víctima y victimario, sin que se acompañen pruebas directas que establezcan los pormenores de la relación carnal que se investiga, ni los antecedentes o circunstancias concomitantes al caso en particular. Es así como estas delictuosidades logran esclarecerse por vía indiciaria, gracias a inferencias lógicas emanadas de otras evidencias.

El presente caso se sale de esa regla de intimidad, porque se dice presenciado de manera directa, clara y fehaciente por la madre de la menor víctima, quien no dudó en colocarlo en conocimiento de las autoridades judiciales en los precisos términos de la distancia.

3.2.- Sobre la conducta punible enrostrada.

Es preciso establecer que el delito que se le atribuye en calidad de autor a JFMJ encuentra regulación en el Código Penal Colombiano; Libro Segundo, Título IV “delitos contra la libertad, integridad, y

formación sexuales”; Capítulo II, “de los actos sexuales abusivos”; específicamente en el artículo 210 de ese aparte normativo que describe el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, bajo el supuesto de:

“El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

Así pues, para la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ocasión a la definición de estos delitos de índole sexual el legislador pretendió proteger “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, ha contado con su aquiescencia.”¹(Subrayas fuera del texto original).

Tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esa misma Corporación se ha pronunciado respecto de los eventos en los que se protege la libertad sexual y sanciona la conculcación a la misma:

*“si se comete acceso carnal o actos sexuales en tres hipótesis: (i) con persona en estado de inconsciencia, (ii) que padezca trastorno mental, o, (iii) si está en incapacidad de resistir”*².

Entonces, para que se predique la configuración del reato sexual antedicho, se hace necesario que la víctima se haya encontrado en circunstancias en las que no hubiere contado con la facultad para comprender el episodio erótico sexual o prestar su consentimiento para ello, es decir, en eventos en los que el agente, aprovechándose del

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 24 febrero de 2010. Rad. 32872.

² CSJ AP, 27 jun. 2012, Rad. 38591.

sujeto pasivo que se encuentra en condiciones de “estado de inconsciencia” “trastorno mental” o “incapacidad de resistir”, ejecuta sobre su cuerpo acceso carnal o actos sexuales diversos, pues en esos eventos la materialidad de la conducta no la constituye en sí la realización del comportamiento erótico sexual, sino que éste haya acaecido valiéndose de la imposibilidad de la víctima de comprender o aprobar tal encuentro, esto es, estando ésta fuera de su orbita comportamental ordinaria o “normal” pues en ese escenario “se enerva su libertad para “disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”³.

En efecto, en cualquiera de las formas señaladas en el tipo penal, en las cuales el agente ejecuta el coito o el acto sexual ilícito, se menoscaba la capacidad de autodeterminación de la víctima, bien porque definitivamente no alcanza a comprender la relación, ora porque no tiene capacidad cognitiva para asentir libremente en su realización. Por tanto, puede asumirse que en tal sentido:

“La esencia del injusto no reposa basilarmente en la capacidad de la persona para comprender la conducta sexual, sino en la trasgresión de las condiciones normales en las que puede dar su aquiescencia para la misma, ya que es esta última esfera ontológica el objeto de custodia del bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos, pues un aspecto esencial de la dignidad humana es el respeto y la protección de la libre expresión de la voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente, entre actuar o no hacerlo”⁴.

En tratándose de eventos en los que la víctima se ha encontrado específicamente en circunstancias de inconsciencia ha dicho la jurisprudencia:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 24 febrero de 2010. Rad. 32872.

⁴ Cfr. Rad. 30546, auto de 25 de noviembre de 2008.

“Estado de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, la inconsciencia es despersonalización, aunque psicológicamente la víctima oponga relativa resistencia acorde con su inteligencia normal y su afectividad constante, a las agresiones físicas o que atentan contra los principios y virtudes forjados durante su existencia, es decir, para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor.

(...)

*Así, los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, **la ebriedad**, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones.*

De lo anterior se desprende, contrario a lo argumentado por los libelistas, que para la estructuración del tipo penal de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, suficiente es que a consecuencia de la bebida embriagante o sustancia tóxica suministrada se altere su proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor aunque por acto reflejo, producto de su formación precedente, oponga resistencia al asalto sexual”.(resalta y subraya la Sala).⁵

3.3.-Sobre las evidencias de corroboración periférica (indicios y contra indicios de responsabilidad).

En estos eventos se ha recomendado ancestralmente por la judicatura nacional y extranjera la verificación y acopio de elementos objetivos de corroboración periférica, que permitan hacer más o menos probable la versión de la víctima, dado que –como se indicó en precedencia- resulta posible en nuestro sistema de justicia penal que se dicte un fallo condenatorio con base en testimonio único, siempre y

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, SP 20 feb. 2008, rad. 23290.

cuando con éste se lleve al fallador a un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado. Para éste tipo de casos, la crítica o valoración de dicho testimonio debe ser juiciosa, profunda, dado que las consecuencias punitivas son graves y la historia judicial advierte casos de víctimas simuladoras, otras mitómanas, algunas que se acercan a denunciar inocentes por motivos espurios, razones de vindicta, etcétera.

Para purgar el testimonio de estas posibles falencias, sobre todo en los casos de los llamados “delitos de intimidad” (violencia y/o abusos sexuales, violencia intrafamiliar, acoso sexual, violencia de género, acoso laboral por ejemplo) resulta aconsejable el estudio de factores objetivos que permitan verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir la credibilidad del testigo único y, sobre todo, para que se pueda destruir la presunción legal de inocencia. Así lo ha dicho la doctrina:

“Así, la verosimilitud del testimonio debe estar basada en la lógica de su declaración y el apoyo suplementario de datos objetivos lo cual supone varias cosas. Primero, que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, ósea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo cual exige valorar si su versión es o no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido. Segundo, que la declaración de la víctima debe estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo⁶ obrantes en el proceso, lo cual significa que el propio hecho de la existencia del delito está apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.”⁷

Recuerda la Sala que **el principio de “Presunción de Inocencia”** tiene un rango constitucional innegable, y supone no solo el reconocimiento

⁶GOMEZ COLMER, Juan Luis. “VIOLENCIA DE GÉNERO Y PROCESO”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España. 2007. 2002. “ Podrá ser objeto de prueba en juicio la existencia de razones o motivos que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima, como la venganza o el deseo de obtener una ventaja procesal en el procedimiento de separación o divorcio”

⁷RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. “LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO”. En “REVISTA IBEROAMERICANA DE ESTUDIOS UTILITARISTAS” – Universidad de Santiago de Compostela – España. 2011. XVIII/1-2: (Página 242). ISSN 1132-0877

de la garantía en favor de toda persona, como que fija unas cargas y estándares probatorios que deben ser satisfechos en el proceso por el ente encargado de la persecución penal (Fiscalía General de la Nación) para destruir el amparo de inocencia; éste estándar no es el de una mínima actividad probatoria de cargo, sino que debe tener la capacidad o entidad suficiente para acreditar los hechos imputados más allá de toda duda razonable, y en el mismo nivel de conocimiento probatorio lo relacionado con la responsabilidad del imputado. Estos requerimientos están explicitados por el legislador en el artículo 381 adjetivo penal, y debe indicarse que el postulado de suficiencia o idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar condena resulta ser particularmente sensible cuando se debe analizar la versión del agraviado en “*delitos de intimidación*”, por el vínculo o relación que tiene la víctima con el objeto mismo del proceso penal, esto es la conducta punible, de lo cual emerge un interés incriminatorio insoslayable.

3.3.- Sobre la naturaleza jurídica y el valor de los testimonios rendidos por peritos, en delitos sexuales contra menores.

Recordemos que en el presente caso se ha recibido testimonio en juicio oral de la psicóloga forense entonces adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses doctora MARTHA ISABEL DELGADO CHAVEZ, quien interrogada de manera directa por la Fiscalía como testigo de cargo por ser quien valoró a la menor MNCM los días 9 y 10 de abril de 2012, y habiendo rendido informe base de opinión pericial psicológico al respecto; señaló en su declaración como la menor hizo un recuento de los hechos vividos por ella, las condiciones de tiempo, modo y lugar de cómo estos fueron descritos por la misma, y los hallazgos y conclusiones a los que

posteriormente arribó la profesional. Refiere que en esa oportunidad la adolescente expuso cómo después de haber salido con una amiga a dar vueltas por el barrio, y encontrarse con un numeroso grupo de jóvenes, se dispuso a departir con ellos en el parque de Anganoy donde luego de recibir dos copas de licor norteño perdió la consciencia recobrándola al día siguiente cuando se despertó en el puesto de salud; plasmó en su informe que la menor relató que luego de recibir la segunda copa sintió una especie de mareo, no miraba nada, solo escuchaba risas y que de ahí ya *“no se acordaba nada”*.

Explicó que en la menor concurría un desarrollo volitivo con propensión hacia el consumo prematuro de sustancias psicoactivas en espacios que no siendo controlados, generaba vulnerabilidad frente a los factores de riesgo que se propiciaban en reuniones donde no existía una supervisión adecuada, exaltó que la menor desconocía los detalles de los hechos, y que su madre era quien realizaba el relato detallado de los mismos.

Concluyó esgrimiendo que la menor presentaba estados de alteración en el comportamiento, consistentes en irregularidades en el sueño y en la alimentación, aspectos cuya causa expuso radicaba en los hechos de abuso sexual ocurridos con ocasión al consumo de sustancias psicotrópicas, pues explicó que al momento de ocurrencia de los hechos la menor se encontraba en un estado de inconsciencia que *“le impedía comprender la relación sexual o dar su consentimiento”*.

También se recibió el testimonio del médico forense MIGUEL DARÍO MARTÍNEZ VÉLEZ, quien como profesional adscrito al Instituto Nacional

de Medicina Legal y Ciencias Forenses examinó a la menor MNCM el día 9 de abril de 2012 e indicó que en esa oportunidad emitió un examen médico sexológico, en el cual explicó en los siguientes términos: señaló que en su informe, en el acápite “anamnesis” se transcribe *“textualmente la versión de la examinada y la acompañante que en este caso es la madre”*, aspecto éste que puso de presente en la audiencia pública, reproduciendo literalmente el relato de la mamá de la víctima, agregando, sin embargo, que la madre (LYM) aportó en esa oportunidad historia clínica del Centro de Salud San Vicente, que reportaba que la menor ingresó a dicho establecimiento a las 2:13 a.m.; e indicando que su hija *“es muy rebelde y se escapa del colegio que no quiere hacer nada y que pensó que estaba embarazada”*.

En cuanto a los hallazgos sobre el cuerpo de la menor, adujo encontrar una lesión tipo escoriación en la región lumbar derecha cuya forma de producción provenía del rozamiento de la piel con superficies ásperas que coincidían con lo que había referido la madre de la menor sobre que la arrastró por el suelo debido a su estado de embriaguez. Informó así mismo que a pesar de no existir lesiones a nivel genital, se advertía integridad en la membrana del himen, la cual, por su elasticidad posibilitaba el paso del miembro viril erecto sin ser desgarrada; descartó así mismo signos de posible embarazo.

Esta dupla de testimonios tienen en común que emanan de sujetos que no han podido presenciar directamente los hechos, pero que profesionalmente, dentro de sus roles funcionales, debieron entrevistar a la menor MNCM, como punto de partida para establecer si realmente había tenido ocurrencia el abuso sexual en el que aparece como víctima.

Pues bien, en armonía con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la línea o precedente jurisprudencial de que no constituye prueba de referencia el testimonio del perito médico, ni el del experto en psiquiatría o psicología, porque éste medio de prueba de naturaleza científica que involucra conocimientos técnicos en su práctica y conclusiones, que son el resultado de la interrelación con personas determinadas las cuales – en casos como el presente – resultan ser víctimas de delitos sexuales. Al respecto se ha dicho:

“Y aunque es cierto que el dictamen siquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de esta último, ello no permite calificarlo como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, más no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Naturalmente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos particulares del caso, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular –en este caso-, el comportamiento humano, en particular el de los menores que han sido víctima de abuso sexual- le permite al funcionario judicial comprenderlos en su verdadero contexto. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o siquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido⁸.

4.- El caso en concreto.

Durante la sesión de audiencia pública de juicio oral, celebrada el día 29 de octubre de 2015, la menor MNCN relató ante el Juez de

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, radicado 30612. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

conocimiento su versión de los hechos, narración que en lo sustancial es del siguiente tenor:

(Preguntado: ¿Nos puede informar que hizo en la tarde y noche del día 8 de abril de 2012?) – (...) nos dirigimos al barrio Anganoy con mi madre, en la cancha nos encontramos con una amiga que le dicen Fanny entonces me dijo que vamos a dar vueltas, yo le dije que no ella me insistió a la última dije que sí y que me acompañara a ponerme una chaqueta, a lo que llegamos ahí mi mami me dijo no te vayas a demorar llegarás temprano, yo le dije bueno voy a llegar a las 6, 7 u 8, nos dirigimos a la cancha después de eso bajamos hasta donde Angie, nos dirigimos otra vez a la casa de ella y Fanny me dijo que si me quería cortar el cabello yo le dije que bueno, ya se hicieron como las 8 de la noche y le dije que subamos y subimos hasta Anganoy, nos despedimos y nos subimos y en una tienda esquinera estaban unos muchachos que les dicen los “LINQUIS”, ellos estaban tomando, me ofrecieron una copa de aguardiente y yo les dije que yo no tomaba, luego nos fuimos a sentar a unas gradas que quedan en la cancha en ese entonces Jeisson que le dicen “pintu” me dice que si tomaba, yo le dije que no, vea tome, yo le dije no tomo, se fue a repartir a otros y después volvió y me ofreció yo le dije no tomo, y me dijo te lo he hecho en la ropa, pues échamela le dije y me la echó; después de eso J, Pintu, y los hermanos se dirigieron a otras gradas que quedaban como a 10 metros y se secretaron y fue pinto otra vez y me ofrecieron el aguardiente, yo le dije que no tomaba entonces él se fue y empezaron a fumar cigarrillo y marihuana y ellos se volvieron a secretar y me volvieron a ofrecer a través de “Pintu” aguardiente y entonces yo le recibí, cuando la busque a Fanny y le dije que vamos y ella dijo que no, cuando después de eso ya me sentí mareada con dolor de cabeza y yo le dije ve vamos y me dijo que no, que más tarde, de ahí la busqué por todos lados como a los 5 minutos y no la encontré, de ahí solo recuerdo que me encontraba en el puesto de salud de San Vicente con mi madre, mi padre y mi prima. / **(Preguntado: ¿Qué tipo de licor consumió?)** – una copa de aguardiente norteño. / **(Preguntado: ¿recuerda que efectos le produjo ese consumo de licor?)** – sí, como dolor de cabeza y mareo. / **(Preguntado: ¿usted acostumbraba a consumir bebidas embriagantes?)** – no señor. / **(Preguntado: ¿Quiénes eran las varias personas que usted dijo se encontraban en una tienda?)** – unos muchachos que les dicen los LINQUIS. / **(Preguntado: ¿Cuáles son los apodos de ellos?)** – C, los hermanos de él, Andrés, Aníbal, Pintu, gordo y no me recuerdo más, ahh y también Angie, Thalía, y una muchacha que le dicen zarca. / **(Preguntado: ¿dice usted que se dirigió a unas gradas de una cancha?)** – sí señor. / **(Preguntado: ¿a que distancia queda ese lugar de donde se encontraba inicialmente?)** – más o menos como unos 20 o 30 metros. / **(Preguntado: ¿Cuando llegó a la cancha con quienes estuvo departiendo, con quien habló?)** – ah no, con nadie, solo estaba con Fanny. / **(Preguntado: ¿Quién fue la persona que le ofreció la copa de aguardiente?)** – Pintu, Jeisson se llama. / **(Preguntado: ¿que sintió después de esa copa?)** – mareo y dolor de cabeza, después de eso ya me encontré en el puesto de salud. / **(Preguntado: ¿sabe porque se encontraba ahí?)** – pues mi madre me contó, ella estaba muy brava, me dijo que como me voy a poner a tomar, yo le manifesté que lo que había tomado era una copa de aguardiente,

ella me dijo que me violó ese C que yo miré me manifestó eso, y en ese instante llegó mi prima también llorando y mi padre. / **(Preguntado: ¿Qué hora era cuando le ofrecieron esa copa de aguardiente?)** – más o menos las 10 p.m. / **(Preguntado: ¿dentro del grupo de personas que se secreteaban estaba C?)** – sí, con Jasón y los hermanos. / **(Preguntado: ¿usted tenía algún tipo de confianza con esas personas?)** - no señor. / **(Preguntado: ¿usted había consumido antes alguna bebida embriagante?)** – no. / **(Preguntado: ¿nunca había consumido bebidas embriagantes?)** – pues una vez, pues tan solo era vino. / **(Preguntado: ¿Qué efectos le produjo ese vino?)** – no me produjo nada pues tan solo era una copa. / **(Preguntado: ¿Cuándo se despertó en el puesto de salud como se sentía?)** - pues mal, me sentía mareada, débil. / **(Preguntado: ¿sus prendas de vestir, como las tenía?)** – estaban rotos, los zapatos eran nuevos y estaban rotos totalmente por todos lados, mi ropa estaba llena de barro y mi pantalón estaba roto también. / **(Preguntado: ¿podría decirnos quienes eran las personas con las que se encontraba y sus características físicas?)** – Jasón es trigueño y tiene una cicatriz en el ojo, J o sea C, él es trigueño y alto (...) / **(Preguntado: ¿usted dijo que no conocía al señor JF no es así?)** – no, no lo conocía, tan solo lo había visto. / **(Preguntado: ¿Cuándo usted salía de donde su amiga de hacerse cortar el pelo, hacia donde se dirigía?)** – Me dirigía a mi casa pero como comenzó a llover nos escampamos en la tienda y ahí estaban ubicados ellos, pues Fanny estaba hablando con ellos –LOS LINQUIS- en ese entonces escampó y nos fuimos a sentar a las gradas que quedan en Anganoy. / **(Preguntado: ¿con quien fue?)** – con Fanny y con ellos también se fueron con nosotros. / **(Preguntado: ¿o sea que usted se fue con todo el grupo?)** – sí señora. / **(Preguntado: ¿Qué horas eran?)** – más o menos las 8 u 8 y 30 p.m. / **(Preguntado: ¿señala usted que estaban tomando licor norteño y que usted no había tomado antes, salvo una copa de vino verdad?)** – sí señora. / **(Preguntado: ¿Quién tenía la botella?)** –Jasón a quien le dicen Pintu. / **(Preguntado: ¿Cuántas veces le ofreció trago Pintu?)** – tres veces. / **(Preguntado: ¿la tercera vez es cuando dice que usted le recibió, verdad?)** – sí señora. / **(Preguntado: ¿a quien más le ofreció de ese trago?)** – él le ofreció a todos, después vino directamente hacia mi y me la tomé. / **(Preguntado: ¿el señor JF le ofreció algún trago a usted?)** – no. / **(Preguntado: ¿igualmente usted nos ha dicho que estaban secreteando, alcanzó a escuchar que decían?)** – no, estaban lejos, no los escuché. / **(Preguntado: ¿era la primera vez que usted llegaba tarde a su casa?)** – no. / **(Preguntado: ¿usted para la fecha tenía alguna persona especial, algún novio?)** – sí, en ese entonces había tenido un novio que se llama Arley. / **(Preguntado: ¿tenía algún apodo?)** - Pipo. / **(Preguntado: ¿Cuéntenos por favor, por que razón usted no volvió a la casa a la hora que le dijo su mamá?)** –porque me quería quedar un poco más con ellos, o me distraje con Fanny. **(Preguntado: ¿Qué estado presentaba el señor C?)** – si estaba como un poco mareado.

Esta versión de la entonces menor MNCM es importante en el caso que se tiene entre manos, puesto que a partir de ella es que esta Sala

de decisión puede develar las circunstancias que precedieron los hechos investigados; constituye pues la antesala del escenario factico que motivó el presente tramite; no obstante, toda vez que lo que se ha venido investigando son unos ACTOS SEXUALES CON INCAPAZ DE RESISTIR, en el que ella es quien funge como víctima, es el testimonio de la señora LYMM, -cuyas aserciones son uno de los pilares de la acusación-, el que permitirá a esta Colegiatura discernir de manera amplia y precisa tanto sobre la existencia del hecho punible, como del aspecto subjetivo que se hace necesario para fundamentar los cargos. He aquí la importancia de traer a colación sus aseveraciones:

En sesión de audiencia pública de juicio oral del 29 de octubre de 2015, bajo gravedad de juramento, la prenombrada madre relató que el 8 de octubre de 2012 aproximadamente a las 5 de la tarde, su hija salió “a dar vueltas” con una amiga, señalando que volvería temprano, indicó que ante la demora en el arribo de la menor, salió infructuosamente en su búsqueda en reiteradas ocasiones, optando finalmente por “acostarse”; describió que luego de que un vecino le notificara que su hija se hallaba sosteniendo relaciones sexuales en una calle aledaña, acudió inmediatamente al lugar, observando a su hija con su blusa levantada por encima de sus senos y los pantalones abajo; recordó que encima de ella se encontraba un sujeto que en principio no reconoció pero que a la postre identificó como “C”, del cual arguyó se encontraba encima de la víctima con sus pantalones igualmente abajo y realizando actos libidinosos, mencionó que ésta persona vestía una chaqueta azul verdosa y que usaba peinado de “capul” y arete; mencionó que el mentado se encontraba presente en

el recinto donde se llevaba a cabo la mentada diligencia judicial, e incluso lo señaló indicando al procesado JFMJ.

Siguiendo con su relato manifestó que, cuando sorprendió al individuo que se encontraba encima de su hija, lo haló bruscamente de la chaqueta ante lo cual éste palabreó “*sabes que yo me abro*” y huyó del lugar, hizo saber que la menor se encontraba totalmente inconsciente –que ni propinándole una bofetada despertó-, con su pantalón mojado y oliendo a semen, teniendo que arrastrarla y cargarla junto con un vecino a quien le pidió ayuda, para poder llevarla a su casa y posteriormente al Centro de Salud San Vicente; mencionó finalmente que de lo anterior grabó un video con su celular el cual entregó en un CD a la Fiscalía.

De igual manera, ante el contrainterrogatorio formulado por la defensa, manifestó que no sabía el nombre de la amiga de su hija con quien había salido a dar vueltas; que era la primera vez que la miraba; sobre la distancia desde su casa hasta la cancha, la iglesia y el CAI refirió quedaban aproximadamente dos cuadras; adujo que había salido en cuatro ocasiones a buscar a su hija por ese sector pero que no la encontró; ante la pregunta de la defensa acerca de si había informado de lo sucedido llamando al 123 o acudiendo al CAI del sector, contestó que no lo había hecho, que se limitó a “arrastrar” a su hija hasta la casa de un vecino que estaba estudiando –al que observó a través de una ventana-, para que este la cuidara, mientras que ella llamaba a otros familiares; así mismo expuso que cuando encontró a su hija en el lugar de los hechos ésta olía fuertemente a semen –que es un olor parecido al límpido-, y que tenía conocimiento de que quienes estaban con su hija aquella noche en la cancha eran Pinto, JFM, y sus dos hermanos. Finalmente, ante la pregunta de que si sabía si su hija tenía novio, manifestó que sí, que se

llamaba Yilmer y que le decían “Pipe”, sin conocer datos adicionales sobre el tema.

Pues bien, como ha quedado advertido, esta declaración arroja datos detallados sobre la forma como tuvieron ocurrencia los supuestos fácticos que estructuran la acusación, no obstante, en aras de posibilitar el reproche penal deprecado por el ente acusador, habrá que determinarse el grado de certeza que le asiste a los dichos de la señora LYMM, porque siendo ésta la testigo presencial o directo de los hechos investigados, solo a partir de ello podrá establecerse la ocurrencia o no de la infracción que se le atribuye al procesado, y su grado de responsabilidad.

Así las cosas, luego de examinar detenidamente cada una de las probanzas arrimadas a la actuación, y valoradas en conjunto, para la esta Sala de decisión luce diáfano que el día 8 de abril de 2012, la entonces menor de iniciales MNCM salió con su madre, la señora LYMM a visitar a un familiar al batallón militar de esta ciudad, que regresaron al barrio Anganoy donde residían, siendo aproximadamente las 5 de la tarde, momento en el que la jovencita MNCM se encuentra con una amiga de nombre FCRP quien la invita a “dar vueltas”, ante lo cual la menor accede, previo permiso de su madre, a quien la adolescente le prometió regresar a las 6, 7 u 8 de la noche; emprenden pues las dos menores su camino, dirigiéndose a la casa de una tercera amiga de nombre ANGIE, sosteniendo una pequeña reunión que transcurrió hasta aproximadamente las 8 de la noche, momento en el que las jovencitas en su intento por arribar a sus casas, se encuentran con un grupo de jóvenes que se encontraban consumiendo licor tipo aguardiente de marca “Norteño” en un negocio del barrio Anganoy, quienes seguidamente incitan a las adolescentes a compartir dicha actividad, a lo que las precitadas no se

negaron, uniéndose a dicho grupo y trasladándose momentos más tarde hasta una cancha ubicada en el mismo barrio para continuar con su ociosa actividad de consumo de alcohol y marihuana, acciones que los jóvenes sostuvieron de manera conjunta hasta aproximadamente las 10:00 o 10:30 de la noche, instante en el que el grupo comienza a disolverse y FCR abandona el lugar.

Los elementos de prueba arrojados al proceso tanto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación como por la bancada de la defensa reflejan, con marcada verosimilitud el trasegar fáctico que atrás ha quedado referido; sin embargo, lo que en adelante ocurre es incierto, pues ni la menor MNCM, ni FCRP, dan cuenta de lo acaecido entre las 10:30 p.m. del 8 de abril de 2012, y la 1:00 a.m. del día siguiente, toda vez que mientras la primera refiere “*no acordarse más nada*”, la segunda había abandonado el lugar donde se encontraba su amiga.

Es aquí donde radica el busilis de asunto, dado que a partir de este punto encuentran divergencias las teorías de acusación y defensa; cada una cimentada en los asertos de quienes presuntamente presenciaron o vivieron los hechos que fueron materia de investigación. La hipótesis del ente acusador, cuyo punto de apoyo es el relato de la señora LYM, afirma indiscutiblemente que la menor MNCM se encontró en estado de inconsciencia, a media cuadra de su casa, semidesnuda, con el procesado encima de ella, realizando actos libidinosos sobre su cuerpo, y sin tener la jovencita margen o posibilidad de reacción alguna, pues según sus dichos el estado de la adolescente era tan deplorable que habiéndola abofeteado sin obtener respuesta alguna, tuvo que ser trasladada arrastrándola y luego cargándola hasta su casa, de donde luego fue llevada al Centro de Salud San Vicente, que fue el lugar en el

que despertó aproximadamente a las 8 de la mañana del día siguiente, totalmente desconectada de la realidad, sin recordar lo que había vivenciado la noche anterior.

Por otro lado, en lo que a la tesis defensiva concierne, a partir de los dichos del mismo procesado JFMJ se planteó que luego de la escisión progresiva del grupo a las 10:30 de la noche, el mentado se encontró charlando con la menor MNCM –de quien refirió estar completamente consciente-, que luego se dispuso a acompañarla hasta su casa, que caminaron juntos hasta llegar a media cuadra antes de la misma, lugar donde la menor le comentó que no quería que su madre advirtiese su presencia, y que quería entrar silenciosamente a su casa, pues presumía que su madre estaría enojada; refirió que antes de despedirse de la menor, estando arrimados a la pared se dieron “*un beso largo*”, el cual afirmó fue interrumpido por la madre de la menor quien indiscriminadamente lanzó insultos en contra suyo y de su propia hija, provocando que éste huyera del lugar asustado.

En ese orden de ideas, para ésta Sala de decisión existen algunos supuestos fácticos sobre los que no se suscita debate, y por tanto pueden tenerse como ciertos; no existe asomo de hesitación que permita inferir lo contrario en los siguientes acontecimientos:

En primer lugar, que la menor MNCM participó activamente de la ingesta de alcohol que conjuntamente llevó cabo el pluricitado grupo de jóvenes desde las horas de la noche; bien porque la misma adolescente lo admitió en cada una de sus declaraciones, o bien porque los demás declarantes coinciden en ello; lo cierto es que su organismo –al igual que el de los demás concurrentes- fue sometido a los efectos de la

bebida alcohólica; pues a pesar de no existir prueba toxicológica que lo acredite, las declaraciones del procesado y de FCRP demostraron ciertamente tal circunstancia.

Así mismo, que la menor MNCM siguió departiendo con JFM luego de que su amiga y convidante FCR se retirara de la cancha pasadas las 10:30 horas de la noche; así pudo constatarse de la declaración del precitado quien refirió que cuando el grupo comenzó a diluirse, él acompañó a la menor hasta su casa.

Finalmente, que tanto la menor MNCM como el procesado JFMJ, hicieron presencia concurrente en un sitio mediano a la casa de la víctima siendo la 1:00 a.m. del día lunes 9 de abril de 2012, así se advierte de los testimonios rendidos por la señora LYM y del mismo procesado.

Así las cosas, se observa que el punto de inflexión del asunto que se tiene entre manos, radica en la confrontación de los testimonios de LYM y JFM; por tanto, la resolución del caso de marras deberá obedecer a un exhaustivo análisis de la prueba indiciaria o de verificación de indicadores objetivos de corroboración periférica, los cuales llevarán a esta entidad tribunalicia a establecer racionalmente lo que aconteció aquella noche del domingo 8 y madrugada de lunes 9 de abril de 2012, es decir, si en verdad le asiste razón a la Juzgadora de conocimiento cuando esgrime que la duda prevalece frente a las demostraciones incriminantes de la Fiscalía, o si por el contrario, de la prueba legalmente recaudada, puede inferirse con la suficiencia necesaria –más allá de toda duda- acerca de la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado en el mismo.

En tal sentido, la sala pone de presente que los asertos inculpatorios vertidos por la señora LYM ostentan una notable virtud suasoria, de cara al hecho delictivo investigado, puesto que además de la espontaneidad, coherencia, naturalidad y certidumbre, con la que se refiere a los hechos, la Sala observa dicha versión desprovista de perplejidades, ambigüedades, o invenciones que pudieran menguar su credibilidad; por el contrario, la verosimilitud de su versión deviene de que sus dichos, al ser valorados individual y conjuntamente con las demás pruebas, encuentran respaldo y congruencia en las declaraciones rendidas tanto por el médico legista MIGUEL DARÍO MARTÍNEZ VÉLEZ, quien al asumir en el examen sexológico que las marcas de “escoriaciones” que presentaba la menor en la zona lumbar derecha coincidían con *“una abrasión producida por el roce de la piel sobre una superficie áspera a través de un mecanismo de arrastre”*, confirma lo manifestado por LYM acerca de que por el estado de inconsciencia en que se hallaba la menor tuvo que *“arrastrarla”* hasta donde encontró a un vecino estudiando, quien la vigiló mientras ella buscaba ayuda para trasladarla a su casa; el testimonio del perito robustece además la hipótesis de que ciertamente la menor se encontraba en estado de inconsciencia, pues de haberse encontrado en condiciones físicas medianamente óptimas para desplazarse por sus propios medios, su madre no habría tenido la necesidad de trasladarla a rastras por el piso, y de irrogarle las escoriaciones que presentaba su cuerpo. Resulta asaz indicante, que ni la provocación de las laceraciones haya despertado a la jovencita de su profundo sueño alcohólico.

De igual manera, el testimonio pericial de la señora MARTHA ISABEL DELGADO CHAVEZ, psicóloga forense, al analizar la salud mental de la menor, con ocasión a la valoración psicológica realizada los días 9 y 10 de abril de 2012, advirtió en la menor comportamientos que redundan en el consumo prematuro de sustancias psicoactivas, que al no ser controladas patentizaban su vulnerabilidad, razón por la cual arribó a la conclusión de que dichos patrones de conducta propiciaron el estado de inconsciencia en que se encontró la menor la noche de los hechos, pues resaltó que ésta no tenía claridad acerca de los insucesos relatados por su madre; aunado a lo anterior refirió que la menor presentaba sentimientos de culpa y desorden en sus hábitos de sueño y alimentación, lo cual aseguró significaba que la menor aún cuando no recordaba lo ocurrido, era consciente de que algo malo le había sucedido, en suma, le atribuyó dicha sintomatología al hecho de abuso sexual que había vivido en razón del consumo de alcohol.

Ahora bien, como atrás quedó sentado, es evidente que entre el procesado y la menor MNCM hubo interacción de tipo erótico sexual; la intensidad de la misma no logra esclarecerse ciertamente, sin embargo, esta Colegiatura puede colegir conforme a las bien definidas reglas de interpretación de la sana crítica, que cuando las personas en ejercicio de sus derechos a la libertad sexual, deciden racionalmente sostener encuentros libidinosos o erótico sexuales, normalmente buscan que tal contacto se desarrolle en un plano de privacidad o intimidad, basado en el simple pudor o escrupulosidad social, y no –como en este caso- en un lugar eminentemente público, bien iluminado, a la vista de todos, y alledaño a la residencia de uno de los protagonistas del episodio -quien además era menor de 13 años de edad-; lo anterior pues, deja

entrever que para asentir en un comportamiento que a todas luces se torna inapropiado, la pluricitada menor debió encontrarse en un estado intelectual que indudablemente enervó su capacidad para disponer libremente de su cuerpo, para fines erótico sexuales.

De otro lado, la Sala encuentra que el conocimiento de los hechos que obtuvo la señora LYM no acaeció de forma insólita, sino dentro de un marco de posibilidad, en el cual puede asumirse que estando ésta al pendiente del arribo de su hija, recibió de un vecino la noticia de que aquella se encontraba sosteniendo relaciones sexuales en vía pública, y que por eso salió en su encuentro y pudo presenciar de manera directa el bochornoso hecho y además el estado de inconsciencia en el que se hallaba la menor, a lo que le siguió el traslado de ésta al Centro de Salud San Vicente, lo cual, se considera no desborda los márgenes de verosimilitud, si en cuenta se tiene que la misma menor MNCM mencionó que recobró su conocimiento siendo cerca de las 8:00 a.m. del 9 de abril de 2012, en el citado centro de salud.

Así pues, considera ésta Sala de decisión que no existe motivación, razón o causa debidamente acreditada que permita inferir que la señora LYMM hubiere fabricado falazmente una historia de abuso sexual para inculpar al señor JFMJ, pues las aseveraciones de la *a quo* sobre que la menor MNCM fue llevada por su madre al centro asistencial San Vicente porque pensaba que aquella estaba embarazada, y que las *escoriaciones* que encontró el médico forense en el cuerpo de la adolescente tenían causa en los castigos físicos propinados por su madre, no pueden ser acogidas por esta entidad tribunalicia, y menos detentarles merito suasorio alguno, toda vez que no cuentan con respaldo evidencial o probatorio que permitiese, por lo

menos, contemplarlo como una probabilidad, y por tanto, crear la duda a favor del procesado.

En efecto, como lo ha venido sosteniendo esta Sala de decisión, el secreto del derecho penal está en que las partes e intervinientes prueben sus hechos más allá de su propia palabra, circunstancia que en lo que concierne a la tesis defensiva brilla por su ausencia, dado que los dichos de JFMJ no trascienden más allá de sus propias manifestaciones, las cuales -se itera-, por ser incorporadas conforme a los ritos de la Ley Penal Adjetiva, gozan de igualdad jurídica frente a las aserciones incriminantes de la acusación; no obstante, ocurre que estas últimas –como quedó advertido- sí encuentran acogida en los demás medios de convicción que obran en el plenario, de suerte que el testimonio de LYMM que en principio parecía ser insular, encuentra respaldo y soporte principalmente en las declaraciones de los testigos peritos MARTHA ISABEL DELGADO CHAVEZ, y MIGUEL DARÍO MARTÍNEZ VÉLEZ.

Es así como para esta Colegiatura, diferente a como lo consideró la Juzgadora de primera instancia, las probanzas arrimadas al proceso, permiten inferir con el convencimiento suficiente -más allá de toda duda- de que la menor MNM ciertamente se hallaba en estado de inconsciencia cuando fue encontrada por su madre, pues si aunado a lo anterior se tiene en cuenta que la sustancia que fue ingerida por la prenombrada menor fue alcohol etílico –Aguardiente Norteño- cuyo principal componente es el *etanol* del que puede resaltarse por la ciencia médica que tiene efectos *depresores*, esto es “*disminución o*

*retardo en la actividad normal del Sistema Nervioso Central*⁹; de contera, la sintomatología que generaría su ingesta sobre el sistema nervioso central *“es progresiva y está caracterizada inicialmente por una fase de excitación, lo cual es paradójico con el mecanismo de acción, que es explicada por una inhibición de los centros inhibitorios del cerebro. A medida que aumentan las concentraciones de alcohol en la sangre se afectan también los centros excitatorios y el efecto depresor continua profundizándose en el funcionamiento del sistema nervioso, abarcando los procesos cognitivos”*¹⁰. Explica lo anterior, como en realidad de verdad una persona que de forma escasa ha ingerido alcohol, la cual parezca encontrarse física y psicológicamente “normal”, avance estrepitosamente hacia el deterioro hasta hallarse en un estado de “*amnesia lacunar*” o “*inconsciencia*”, dado lo progresivo de los efectos depresores del alcohol, cuando la ingesta del mismo aumenta así sea en dosis mínimas.

Resulta pues que los efectos que producen las bebidas alcohólicas fluctúan en el cuerpo humano de acuerdo a diversas variables: al organismo receptor, al tipo de sustancia ingerida, a la mezcla de ésta con otras sustancias, a la cantidad de la misma que se le inyecte al cuerpo, a la resistencia y susceptibilidad del sujeto, e incluso a la forma como se metaboliza la intoxicación¹¹; es por tanto impredecible la forma como pudo reaccionar el cuerpo de la menor MNCM ante las inciertas cantidades de Aguardiente “Norteño” que ingirió; no obstante, la Sala no descarta la posibilidad de que la adolescente, en el espacio temporal entre las 10:30 p.m. del 8 y 1:00 a.m. del 9 de abril del 2012, haya continuado libando en compañía de JFMJ hasta

⁹ Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Guía para la determinación clínica forense del estado de embriaguez aguda, versión 2, noviembre (2015): pág., 31, 32.

¹⁰ Téllez J. Cote M. (2006). Alcohol Etílico: Un toxico de alto riesgo para la salud humana socialmente aceptado. Revista Facultad de Medicina Universidad Nacional. Colombia; 54 (1): 32-47.

¹¹ Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Guía para la determinación clínica forense del estado de embriaguez aguda, versión 2, noviembre (2015).

llegar al pluricitado estado mental, que fue aprovechado por éste para realizar sobre su cuerpo actos libidinosos, siendo finalmente sorprendido en dicha situación por la señora LYMM.

Llegados hasta aquí, resulta imperioso que en punto de valoración probatoria esta Sala de decisión precise que los medios probatorios arrimados por el equipo defensivo del señor JFMJ en modo alguno han sido pasados por alto; por el contrario, al igual que las pruebas incorporadas por el Organismo de persecución penal, estos fueron sometidos al tamiz definido por los postulados del sistema de valoración de la sana crítica, obteniendo de ello las conclusiones que a continuación se presentan:

Para esta Sala de decisión los elementos materiales probatorios recaudados por la defensa no ostentan la virtud suasoria necesaria para mantener incólume la presunción de inocencia que recaía sobre el mentado, toda vez que los asertos esgrimidos por los testigos de esta bancada solo arrojan datos circunstanciales que no cuentan con la entidad demostrativa suficiente para rebatir la teoría de la acusación. Nótese que la testigo FCRP, solo ilustró de lo acontecido hasta las 10 o 10:30 de la noche del 8 de abril de 2012, momento en el cual adujo que el grupo de jóvenes comenzó a desvanecerse y ella tomó ruta hacia su casa, luego de preguntarle a MNCM si iría con ella, a lo que ésta ultima respondió negativamente, quedándose en compañía del procesado y en condiciones físicas “normales”. Por tanto, sus asertos no pueden dar luz a cerca de un hecho ilícito acaecido aproximadamente 2 horas y media después.

Por otro lado, la declaración rendida en juicio por el procesado JFMJ, plantea un panorama fáctico en virtud del cual pretendió asolar la versión de cargo de LYM; en su relato refiere que la menor se encontraba en buenas condiciones, y que en el momento que su madre les sorprendió a media cuadra de su casa, solo “se estaban dando un beso largo”. Sin embargo, como ha quedado sentado en precedencia, al ser esta versión única y desprovista de medios de convicción que la corroboren, se ve resquebrajada y subyugada ante el tejido probatorio de la acusación, el cual logra acreditar con suficiente categoría y determinación el estado de inconsciencia o “*amnesia lacunar*” en la que se encontraba la menor MNCM cuando fue encontrada por su madre.

5.- Consideraciones finales sobre el caso sometido a decisión.

Si bien es cierto que en el caso entre manos se echa de menos la prueba toxicológica, que permitiría a esta Sala dilucidar acerca del grado de intoxicación en el que se hallaba la menor MNCM la noche del 8 y madrugada del 9 de abril de 2012, no es menos cierto que a falta de esta, dado el abandono de técnicas de valoración probatoria como la *tarifa legal*, pueda apelarse a los principios de libertad probatoria para acreditar dicha circunstancia. Sobre el particular la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

(...) el sistema procesal colombiano de antaño abandonó la tarifa legal de la prueba como medio para demostrar la ocurrencia de algunos sucesos y dio preponderancia al método de la libre valoración, documentado en los principios que orientan la sana crítica –leyes de la ciencia, reglas de la lógica y axiomas de la experiencia–, de modo que todo hecho jurídicamente relevante para el derecho penal puede ser demostrado a través de cualquier medio probatorio siempre que se haya incorporado al proceso con observancia de las formalidades legales.

La intoxicación por el uso de sustancias psicodislépticas no sólo se demuestra a través del análisis químico de la sangre y la orina, sino también con otros medios probatorios como el testimonio de quienes han tenido contacto con la víctima y que, por sus conocimientos, advierten en ella signos de haber sido envilecida con el uso de tales sustancias; la declaración de ésta o la de quienes por el conocimiento precedente acerca de su forma de ser, le aprecian una actitud anormal...¹² (subrayas fuera del texto original)

No cabe duda entonces, que a partir de los asertos esgrimidos por la señora LYMM y por los peritos MIGUEL DARÍO MARTÍNEZ VÉLEZ y MARTHA ISABEL DELGADO CHAVEZ, pudo develarse como la menor un grupo de jóvenes en la cacha del barrio Anganoy de esta ciudad, y MNCM, luego de encontrarse consumiendo bebidas embriagantes con posteriormente quedarse en compañía de JFMJ, fue encontrada por la madre de la menor ofendida en un callejón cercano a su casa de habitación, en el suelo, semidesnuda, con el procesado realizando actos libidinosos sobre ella, y en estado de completa inconsciencia, pues con todo y las bofetadas que le propinó aquella para despertarla del desagradable letargo, no reaccionó, siendo necesario que la arrastrara causándole lesiones tipo *escoriaciones* en su zona lumbar derecha, despertando finalmente a las 8 de la mañana del día 9 de abril de 2012 en el Centro de Salud San Vicente y con profundas lagunas mentales.

Es así como para la Sala se encuentra debidamente acreditado el elemento normativo del tipo “*en estado de inconsciencia*”, pues aún y cuando no se conoció la cantidad exacta de alcohol que fue ingerido por la menor, lo que las pruebas arrimadas al proceso reflejan -con la suficiencia requerida- es que en realidad de verdad la pluricitada menor alcanzó un grado de intoxicación en el cual le resultaba imposible disponer de manera libre, consciente y voluntaria de su

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, SP 20 feb. 2008, rad. 23290.

cuerpo para fines de satisfacción erótico sexuales, comoquiera que su capacidad de discernimiento se encontraba falseada por una fuente exógena –alcohol- que enervaba completamente su facultad de decidir y disponer libremente sobre su sexualidad, amen que tampoco había alcanzado el límite de los 14 años de edad, que le permiten obtener jurídicamente la capacidad para disponer de su cuerpo.

Lo anterior, aunado al hecho de que el procesado realmente tuvo contacto de tipo erótico sexual con la menor, -lo cual él mismo aceptó al referir que se “dieron un beso largo”- configura, conforme a las exigencias de los artículos 7 y 381 del Código de procedimiento Penal la conducta punible de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR,

En estos términos, en criterio de esta Sala de Decisión, los presupuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal se han superado, toda vez que existe prueba fiel de la existencia del hecho punible constitutivos de Actos sexuales abusivos con incapaz de resistir agravado y también existe la prueba o la evidencia demostrativa de la responsabilidad que en él le cabe a JFMJ; todo ello en grado de conocimiento “*más allá de toda duda*”. Fuerza entonces disponer la revocatoria de la sentencia absolutoria leída en audiencia pública el 11 de agosto de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto y, en su lugar, procederá la condena del sujeto como autor material del aludido delito.

6.- De la determinación judicial de las penas.

A este procesado se le atribuye la autoría material del delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, consagrado en el artículo 210 del Código Penal, modificado por el artículo 6 de la ley 1236 de 2008, que conmina penas de prisión entre 12 y 20 años a todo aquél que realizare acceso carnal en persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir ; y entre 8 y 16 si realizare en las mismas condiciones actos sexuales diversos del acceso carnal. No obstante se advierte que en el presente caso concurre la agravante específica descrita en el artículo 211 numeral 4 de la Codificación Sustantiva Penal, de suerte que la determinación de la pena obedecerá al siguiente procedimiento:

NORMA	MÍNIMO LEGAL PRISIÓN	MÁXIMO LEGAL PRISIÓN
Art. 210.	96 meses de prisión	192 meses de prisión
Art. 211 numeral 4	Agrava (1/3 parte) 128 meses de prisión	Agrava (1/2) 288 meses de prisión

En esos términos, el ámbito de movilidad punitiva es de ciento sesenta (160) meses de prisión, que al dividirse en cuatro partes cada una será de 40 meses, de la siguiente forma:

I CUARTO	II CUARTO	III CUARTO	IV CUARTO
128 a 168 meses de prisión	168 meses + 1 día a 208 meses de prisión	208 meses + 1 día a 248 meses de prisión	248 meses + 1 día a 288 meses de prisión

Partiremos entonces de la base de que el señor JFMJ no reporta antecedentes penales art. 55 C.P., tampoco se le han alinderado

circunstancias de mayor punibilidad genéricas de las establecidas en el artículo 58 del Código Penal, luego lo correcto es determinar judicialmente la pena en el primer cuarto punitivo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Penal. Este cuarto va entre 128 y 168 meses de prisión.

En este orden, se tiene que la conducta desarrollada por el procesado ostenta en sí misma una preponderante gravedad, habida cuenta los bienes jurídicos que se vulneran con su realización (LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES) y que la ofensa recae sobre una mujer, que además es menor de 14 años, aspectos que no pueden ser tenidos en cuenta para la determinación judicial de la pena, porque el legislador anticipadamente lo hizo al fijarle penas ejemplarizantes a los punibles atentatorios de estos bienes jurídicos y al consagrar para estos eventos una circunstancia específica de agravación.

Con todo, no puede pasar por alto la Sala que la conducta punible atribuida a MJ trajo consigo consecuencias bastante negativas a nivel personal, social y familiar para la menor víctima, por aquello de la evidente exposición en público de su sexualidad, desvalor de resultado que debe incidir en la imposición de una mayor sanción. Amén de lo anterior, la acción puramente contemplada merece ser reprochada, dado que –como se ha indicado- se ejecutó sobre una menor, siendo que como integrante asociado de la comunidad lo que le correspondía era servir como protector de los derechos que en calidad de sujeto de especial protección le asistían a la víctima, por simple aplicación o desarrollo del principio constitucional de solidaridad social, y no actuar de manera ignominiosa como lo hizo, transgrediendo por vía doble los bienes jurídicamente protegidos de la adolescente, pues no hay que perder de vista que aún y cuando la menor hubiere asentido

conscientemente en el consumo previo de sustancias alcohólicas con el grupo de sujetos, entre los que se encontraba el acriminado, no por ello estaba dejando al azar sus derechos sexuales y reproductivos y menos aún pudiera interpretarse que desistía voluntariamente de su protección o que convalidaba cualquier vejamen sobre su cuerpo. Posturas como esta son inadmisibles o inaceptables si se estudia el asunto con simple perspectiva de género.

Teniendo en cuenta que el acriminado MJ fue uno de los sujetos que ofreció licor a la menor, hasta que esta se puso en estado de inconsciencia o “*amnesia lacunar*” por el avanzado estado de embriaguez, se tiene que en virtud del prenombrado principio constitucional de SOLIDARIDAD SOCIAL era él uno de los llamados a garantizar la seguridad física de la jovencita, la cual quedaba en riesgo por aquello que no estaba en capacidad de auto-determinarse; precisamente por esta circunstancia resultó presa fácil para que sobre su cuerpo se practicaran actos sexuales en plena vía pública, debido al estado de manifiesta vulnerabilidad física, que le impedía comprender el acto sexual al que fue sometida y a manifestarse eventualmente de manera negativa frente a tal hecho.

Todo lo anterior redundará en que esta Sala de decisión considere pertinente y necesario imponer una pena de CIENTO TREINTA (130) meses de prisión. En igual término se tasarán la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la concesión de sustitutos y subrogados penales, la Sala dispone negar dicha posibilidad por estar expresamente prohibida en eventos que como este trata de delitos sexuales contra menores, prohibición consagrada tanto en el Código de la Infancia y la

Adolescencia (artículo 199 de la Ley 1098 de 2006) como en el artículo 68A del Código Penal. Es así que el procesado deberá purgar la pena en establecimiento penitenciario y carcelario oficial, para lo cual se girará la correspondiente orden de captura.

7.- Del principio de doble conformidad.

Para esta Corporación es de trascendental significación referirse a la garantía constitucional adoptada mediante Acto Legislativo 01 de 2018, por el cual se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, **el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria**. Es así como el artículo 3° de la citada Norma, modificadorio del artículo 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. El siguiente es su tenor:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.

Ahora bien, dado que esta figura procesal aún no ha sido regulada debidamente por el Congreso de la República, y que ello ha dado pie a diversas interpretaciones por parte la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en aras de salvaguardar este importante derecho de rango constitucional, este último Organismo

dispuso a través de pronunciamiento del 03 de abril de 2019 Rad. 54215 y del comunicado 05 del 9 de abril del mismo año, las siguientes “medidas provisionales” orientadas a garantizar el derecho a impugnar la primera condena, que como en el presente caso ha sido emitida en segunda instancia por un Tribunal superior:

“(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

“(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por medio de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

“(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

“(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

“(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que ha regido el recurso –en 600 de 2000 o 906 de 2001-, para el recurso de casación.

“(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

“(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió la casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

“(viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

“(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría – según sea Ley

906 o Ley 600- procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación”.

En esos términos deja sentado la Sala la posibilidad que le asiste al procesado y/o su defensor para acudir al mecanismo de *impugnación especial* para que la decisión adversa a sus intereses, emitida en segunda instancia, sea revisada por una autoridad judicial superior y distinta; como también la oportunidad para los demás sujetos procesales de acudir al recurso extraordinario de casación, si a bien lo tienen.

Por lo anteriormente expuesto, y sin que el caso amerite otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto - Nariño, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR en todas sus partes la sentencia absolutoria proferida en audiencia pública el 11 de agosto de 2017, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto - Nariño, dentro del radicado 201203965-1 que se adelantó en contra del señor JFMJ.

SEGUNDO.- En su lugar se dispone **PROFERIR SENTENCIA CONDENATORIA** en contra del señor JFMJ, de las condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor material del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, establecido en el artículo 210 del Código Penal, modificado por el artículo 6º de la Ley

1236 de 2008, y agravado por el ordinal 4 del artículo 211 del mismo Código, de acuerdo con las consideraciones que preceden.

TERCERO.- IMPONER al señor JFMJ., identificado con la Cédula de Ciudadanía número ... de Pasto (N) la pena principal de CIENTO TREINTA (130) MESES DE PRISIÓN, y en igual término se fija la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

CUARTO.- NEGAR la concesión de sustitutos, subrogados y beneficios penales al condenado.

QUINTO.- Para la ejecución de la sanción privativa de la libertad impuesta a JFMJ, se dispone librar boleta de captura ante las autoridades correspondientes.

SEXTO.- Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para los procesados y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales, en los términos explicados anteriormente.

En caso de interposición tanto de la impugnación especial como el recurso extraordinario de casación, la Secretaría del Tribunal dará cabal cumplimiento en lo que le corresponde, a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su comunicado 05/19.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario